



Universidade do Minho
Escola de Direito

Antero Dinis Ramos Veiga

Lei aplicável ao contrato de trabalho do trabalhador destacado:
análise da jurisprudência da União Europeia

Lei aplicável ao contrato de trabalho do trabalhador destacado:
Análise da jurisprudência da União Europeia

Antero Veiga

Uminho | 2022

janeiro de 2022



Universidade do Minho
Escola de Direito

ANTERO DINIS RAMOS VEIGA

**Lei aplicável ao contrato de trabalho do trabalhador
destacado: análise da jurisprudência da União
Europeia**

Dissertação de Mestrado.
Mestrado em Direito da União Europeia.

Trabalho efetuado sob a orientação de:
Professora Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira

DIREITOS DO AUTOR E CONDIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos. Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada. Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição

CC BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Agradecimentos

A elaboração de um trabalho nunca é algo de solitário, nele se cruzam os mestres do passado e do presente e companheiros de viagem.

A todos o meu agradecimento, de forma mais próxima aos Srs. Professores do Curso de Mestrado em Direito da União Europeia da Universidade do Minho e a todos os colegas que comigo o frequentaram, pela aprendizagem e pela camaradagem.

Agradeço à minha família o apoio e incentivo que sempre recebi.

Profundo agradecimento à Senhora Professora Teresa Alexandra Coelho Moreira por ter aceitado ser minha orientadora, sem cujas críticas e correções este não seria possível.

Agradeço a todos, colegas e amigos, que de uma ou outra forma me incentivaram.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração. Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Lei aplicável ao contrato de trabalho do trabalhador destacado: análise da jurisprudência da União Europeia

Resumo

O presente trabalho trata a questão da lei aplicável ao contrato do trabalhador destacado do país onde habitualmente exercer funções, para um outro país. Analisam-se as normas de conflito constantes da Convenção de Roma e do Regulamento Roma I, para determinação da lei aplicável ao contrato em geral, e as exceções que constam dessas mesmas normações, as denominadas leis de aplicação imediata do país do foro e as do país com o qual a situação apresente uma conexão mais estreita, no dizer da Convenção de Roma, do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, no dizer do Regulamento Roma I; mas sobretudo a exceção que resulta da Diretiva destacamento que estabelece a aplicação ao contrato das normas do país de acolhimento relativas às matérias ali referenciadas, independentemente da lei aplicável ao contrato.

Per correremos os pressupostos para aplicação da diretiva, ou melhor, das normas de transposição da diretiva constantes do ordenamento jurídico do país de acolhimento, ao contrato do trabalhador aí destacado. Importará desenvolver conceitos como o de destacamento bem como as várias modalidades de prestação de serviços em que o mesmo pode ocorrer. Apontaremos algumas situações específicas que levantam questões próprias de enquadramento, máxime o destacamento no setor dos transportes. Veremos ainda as matérias abrangidas pela diretiva, e as possibilidades de regulamentação dos Estados-Membros quanto às matérias aí previstas e quanto a outras matérias, fazendo uma incursão pelas normas de aplicação imediata, respetiva interpretação pelo Tribunal de Justiça e entendimento quanto à sua possibilidade e em que termos em contexto europeu.

Apreciaremos em que termos entre nós pode ser fundamentada a aplicação, quer das normas de transposição da diretiva, quer de outras normas de aplicação imediata de outros Estados-Membros. Terminamos com uma visão sobre o nossa lei relativa ao destacamento de trabalhadores. Tais análises serão efetuadas à luz do entendimento que o Tribunal de Justiça foi firmando.

Palavras-Chave: Diretiva destacamento; Lei aplicável; Trabalhador destacado

Applicable Law to the employment contract of the posted workers: jurisprudence of the European Union analysis

Abstract

The present work addresses the issue of the applicable law to the workers contract who are posted from the country where they usually works, to another country. It analyzes the conflict rules contained in the Rome Convention and in the Rome I Regulation for determining the applicable law to the contract in general, and the exceptions contained in these same rules, the so-called laws of immediate application of the country of the forum and those of the country with which the situation is most closely connected, in line with the Rome Convention, the country in which the obligations arising from the contract must be or have been performed, according to the Rome I Regulation; but above all the exception resulting from the Workers Displacement Directive which establishes the application to the contract of the rules of the host country regarding the matters referred to therein, regardless of the law applicable to the contract.

We will go through the assumptions for the application of the directive, or rather, of the directive's transposition rules contained in the legal system of the host country, to the contract of the workers displaced there. It is important to develop concepts such as displacement as well as the various forms of provision of services in which it may occur. We will point out some specific situations which raise issues of their own, most notably the displacement of workers in the transport sector. We will also look at the matters covered by the directive, and the possibilities for Member States to regulate the matters provided for therein and in relation to other matters, making an incursion into the rules of immediate application, the respective interpretation by the Court of Justice and understanding as to its possibility and under what terms in a European context.

We will assess under what terms the application of both the directive's transposition norms and other immediate application norms of other Member States can be grounded among us. We will end with an assessment of our law on the workers posted. This analysis will be carried out in the light of the understanding that the Court of Justice has reached.

Keywords: Workers Displacement Directive; Applicable law; posted worker

Índice

1 INTRODUÇÃO	1
1.1. A necessidade de uma regulamentação europeia no que respeita às normas de conflitos - Norma de conflito/norma de Direito da União.....	4
1.2. A necessidade de uma regulamentação europeia específica no que respeita ao trabalho transnacional intracomunitário.....	8
2. CONVENÇÃO DE ROMA DE 1980 E REGULAMENTO (CE) Nº 593/2008 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 17 DE JUNHO DE 2008, (ROMA I)....	14
2.1 Aplicação no tempo	16
2.2 O regime de Conflitos	18
2.2.1 Capacidade das partes:	20
2.2.2 Forma:	21
2.2.3 Validade substancial do contrato ou cláusula contratual:.....	24
2.2.4 Lei aplicável à substância.....	25
2.2.4.1 Princípio da liberdade de escolha	25
2.2.4.2 Manifestação da vontade.....	26
2.2.4.3 Limitação à vontade das partes	29
2.2.5 As regras supletivas de determinação da lei aplicável ao contrato – <i>lex causae</i> :	33
2.2.6 Âmbito da <i>lex causae</i>	41
3. ANÁLISE DA DIRETIVA 96/71/CE ALTERADA PELA DIRETIVA (UE) 2018/957	43
3.1. O nº 1 do artigo 3º da diretiva como grau máximo de proteção.	45
3.2. O regime da Diretiva:	54
3.2.1 Conceito de trabalhador destacado.	56
3.2.1.1 Conceito de “disponibilização de trabalhador”	60
3.2.1.2 O tempo de destacamento	65
3.2.1.3 Os critérios da Diretiva de execução	69
3.2.2 Noção de salário mínimo	71
3.2.3 Destacamentos enquadráveis nas al. a) e b) do artigo 1º	78
3.2.4 Destacamentos enquadráveis na al. c) do artigo 1º	81
3.2.5 Regime excecional para destacamentos de curta duração e outras situações específicas	83
3.2.5.1 Destacamentos de curta duração	83
3.2.5.2 Destacamento imediato após contratação.	85
3.2.5.3 Residência do trabalhador no País de origem durante o destacamento	87
3.2.5.4 Repartição de tempos e locais de trabalho.	90
3.2.6 O caso específico dos transportes:	93
3.2.7 Deslocações não abrangidas pela Diretiva destacamento.....	105
3.2.7.1 Ligação insuficiente com o Estado-Membro de acolhimento	106
3.2.7.2 Outras situações	108
4. NORMA IMPERATIVA E DIRETIVA.....	110

4.1. Fundamento de aplicação de norma de outro Estado-Membro.	113
4.1.1 <i>A norma do artigo 9º, 3 do Regulamento Roma I como norma legitimadora.....</i>	<i>114</i>
4.1.2 <i>O direito da União como fonte legitimadora.....</i>	<i>119</i>
4.2. Interpretação restritiva	120
4.3. As normas de aplicação imediata na Convenção de Roma de 80 e no Regulamento Roma I.....	133
4.3.1 <i>Exceção de ordem pública.....</i>	<i>138</i>
4.3.2 <i>As normas de ordem pública comunitária.....</i>	<i>139</i>
5. A LEI NACIONAL.....	140
6. PROTEÇÃO INFORTUNÍSTICA NO DESTACAMENTO.....	145
6.1 O regime da lei portuguesa de acidentes de trabalho.....	149
CONCLUSÃO.....	152
LISTA BIBLIOGRÁFICA	155

1 Introdução

Ao tribunal a quem seja colocada uma questão relativa a um contrato de trabalho com elementos de conexão a várias jurisdições, põe-se desde logo a questão de saber qual a lei aplicável ao mesmo, de acordo com as regras de conflito aplicáveis no país do foro. Tratando-se de um trabalhador destacado, determinada a lei aplicável de acordo com aquelas regras, põe-se ainda a questão de saber quais as normas de aplicação imediata de outro ou outros sistemas jurídicos, que independentemente da lei aplicável ao contrato, possam ser chamadas a regular determinados e específicos aspetos da relação contratual. Estamos sobretudo a pensar em determinadas normas de aplicação imediata do país de acolhimento.

Não basta o país de acolhimento estabelecer a aplicabilidade ao contrato de trabalho do trabalhador acolhido de determinadas normas. É o tribunal do país do foro, que apreciando e dirimindo o conflito de acordo com a regras do DIP e/ou de outras normas ou princípios autorizantes que possam legitimar a aplicação das mesmas, vai determinar qual a lei aplicável à situação nas suas diferentes questões. Tais regras podem ter origem em um ou mais que um ordenamento jurídico, para questões diferentes.

Tratando-se de um contrato de trabalho com elementos de contacto com duas ou mais jurisdições, denominadas relações plurilocalizadas, o tribunal competente deve determinar qual a lei aplicável ao contrato, com recurso às regras de direito internacional privado. Deve ainda determinar quais as áreas relativamente às quais, independentemente da lei aplicável, serão ou poderão ser aplicadas regras imperativas de outras jurisdições com que a relação tem conexão. Referimo-nos às normas de “aplicação imediata” aludidas no artigo 7º da Convenção de Roma¹, e 9º do Regulamento Roma I², e é o caso sintomático, no espaço europeu, das regras do país de acolhimento imperativamente aplicáveis à relação do trabalhador destacado.

O sistema criado pela Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, alterada pela Diretiva UE 2018/957 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de julho, em conjugação com o

¹ Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, Jornal Oficial n° C 027 de 26/01/1998, p. 0034-0046

² Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), Jornal Oficial n° L 177 de 04/07/2008, p. 0001-0016

sistema de conflitos do DIP e as regras relativas às normas de “aplicação imediata”, pode levar a que ao contrato sejam aplicadas em concomitância normas de dois ou mais regimes jurídicos, embora em áreas distintas.

O presente trabalho aborda a questão da lei aplicável ao contrato do trabalhador destacado e suas exceções, designadamente as decorrentes da diretiva referida. Ao contrato será aplicável a lei que segundo as regra de conflitos dever aplicar-se, exceto relativamente às matérias abrangidas pela diretiva, bem como relativamente às áreas em que seja permitido aos Estados-Membros o estabelecimento de outras condições, conforme n.ºs 7, 9 e 10 do art.º 3º da Diretiva 96/71/CE³, bem como artigos 7º e 9º respetivamente da Convenção de Roma e do Regulamento (CE) n.º 593/2008. Relativamente a tais matérias serão aplicáveis as pertinentes normas do Estado de acolhimento, sem prejuízo de regime mais favorável da lei aplicável ou constantes do contrato⁴. O direito nacional nos artigos 6º a 8º trata apenas, em transposição da diretiva, de prever quais as regras aplicáveis ao contrato de trabalho do trabalhador acolhido, com origem em Estado, membro ou não da União Europeia, não cuidando de estabelecer um regime relativamente ao trabalhador destacado noutra Estado. Esta opção levanta a questão relativa aos fundamentos a que juiz nacional pode recorrer para justificar a aplicação de norma de outra jurisdição que não o do ordenamento aplicável ao contrato. Veremos que a interpretação que por vezes é dada ao artigo 8º do Cód. do Trabalho, designadamente no sentido de prever a aplicação das condições de trabalho mencionadas no n.º 1, do artigo 7º, aplicáveis no país de destino, carece de fundamento.

A questão do direito aplicável ao contrato do trabalhador destacado reveste entre nós claro interesse prático, em virtude dos muitos trabalhadores destacados com conexão com o nosso regime jurídico, quer enquanto trabalhadores destacados no nosso país, mas sobretudo enquanto trabalhadores destacados

³ Na redação da Diretiva (UE) 2018/957 mantém-se na sua essência os termos da permissão. A referência no n.º 10 do artigo 3º, a que o estabelecimento de condições de trabalho e emprego relativas a matérias que não as referidas no n.º 1, por razões de ordem pública, deve ocorrer no “respeito pelos Tratados”, pretenderá salientar, na prática, não só que o conceito de “ordem pública” será o do direito europeu e não o de cada Estado-Membro, ressaltando a primazia dos fins e objetivos da comunidade, na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Relativamente à não referência às convenções, a mesma resulta do facto de o segundo paragrafo do n.º 1 do artigo 3º, que alude às “convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral”, deixar de referir “que digam respeito às atividades referidas no anexo”, deixando de haver essa limitação, aplicando-se agora a todos os setores de atividade abrangidos pela diretiva, as condições de trabalho relativas às matérias previstas na diretiva e fixadas em instrumento e regulamentação coletiva de aplicação geral. Justificasse assim a alteração no n.º 10. Quanto ao n.º 9, conjugado com o n.º 1-B, introduz alterações mais sensíveis que serão adiante abordadas em 4.2.4.

⁴ Importa ainda considerar as normas de aplicação imediata do país do foro, quando não seja aplicável a *lex fori*, conforme artigo 7º da Convenção de Roma e 9º do Regulamento (CE) n.º 593/2008.

a partir do nosso país para território de outro Estado-Membro, com repercussão considerável no mercado interno, por respeitar a uma das liberdades fundamentais, a liberdade de prestação de serviços.

Tal interesse resulta ainda ao nível da União, no facto de o exercício desta liberdade, na sua componente de direito de o prestador efetuar a prestação com os seus trabalhadores, destacando-os, contender com a necessidade de no âmbito do exercício dessa liberdade serem não só respeitados os princípios de uma sã concorrência, evitando-se o *dumping social*, como serem respeitados os direitos do trabalhador destacado.

Com o crescimento das relações internacionais, sobretudo a partir da revolução industrial, a necessidade de uma articulação das jurisdições tornou-se evidente e cada vez mais premente, tendo em vista regular as situações, os contratos, com pontos de contacto com várias delas. Os contratos internacionais colocam três questões essenciais em caso de litígio. A determinação da jurisdição competente, a determinação da lei aplicável e o reconhecimento da decisão de um tribunal estrangeiro que haja conhecido do mesmo⁵. Razões de previsibilidade e certeza jurídica, imprescindíveis ao mercado e no relacionamento entre os sujeitos, demandam um entendimento entre as várias jurisdições, sob pena de prejuízo quer para as relações em geral, quer para a parte mais fraca da relação. Prejuízo para a relação em geral, pela incerteza gerada quanto ao direito que será aplicado, como também quanto à possibilidade de execução da sentença que venha a ser proferida. Prejuízo para a parte mais fraca, porque com menos capacidade de acesso à informação e menos possibilidades económicas de aproveitamento das divergências entre as várias jurisdições. Trata-se do risco de ocorrer escolha do foro mais benéfico, *forum shopping*, no entendimento do demandante com maior capacidade de influenciar as cláusulas do contrato, em face da concorrência de jurisdições.

Com a evolução da sociedade e uma crescente preocupação com os direitos das pessoas, com a passagem a uma visão mais preocupada com a garantia efetiva desses direitos e por via disso com a dignidade humana, afirmada nas constituições dos Estados, o direito internacional privado, de mero disciplinador da relação entre as diversas ordens jurídicas, relativamente a situações conflituosas plurilocalizadas ou pluriconectadas, vai adquirindo uma matriz mais substancial de tutela de outros interesses, quer de natureza pública quer privados, sendo de ressaltar a proteção dos mais fracos.

⁵ Luís de Lima Pinheiro, «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, coord. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, e Susana Aires de Sousa, vol. 4 (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 833–900, p. 834.

Nicole Rinaldi⁶ alude ao movimento de renovação por que passa este ramo do direito, voltando-se à tutela dos mais fracos, com fins de proteção da pessoa humana.

A estas razões acrescem outras no espaço comunitário.

1.1. A necessidade de uma regulamentação europeia no que respeita às normas de conflitos - Norma de conflito/norma de Direito da União

Se esta necessidade de regulamentação se verifica em todos os casos de situações plurilocalizadas, de situações que mantêm contacto com diversos ordenamentos jurídicos, no espaço europeu acrescem-lhe outras razões, que implicam, a necessidade de uma regulamentação própria no quadro do direito da União.

Não se trata ao nível da União de regular simplesmente o conflito de normas tendo em vista dar mais previsibilidade e segurança jurídica às partes envolvidas. Os instrumentos de direito derivado da União têm em vista a construção da comunidade, depois União, não apenas como um mercado interno⁷, mas, com afirmação progressivamente mais relevante, de uma união política de um espaço de cidadãos, visando-se o desenvolvimento de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, conforme artigo 3º do TUE.

Tais objetivos refletem-se e exigem atuação conjunta ao nível das normas de DIP⁸. Os objetivos da União implicaram progressivamente a cooperação judicial, a denominada europeização das regras relativas à competência para apreciação dos litígios e reconhecimento e execução das decisões proferidas pelos tribunais dos diversos Estados-Membros no espaço da União, mas igualmente e como um todo

⁶ Nicole Rinaldi de Barcellos, «Competência Judicial Internacional em Matéria de Contratos Individuais de Trabalho na União Europeia: Europeização das Regras de Conflito no Regulamento Bruxelas I Reformulado», *Revista Brasileira de Direito Internacional* 4, n. 1 (21 de Agosto de 2018): 1–21, <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0219/2018.v4i1.4308>, p. 7.

⁷ Artigo 26º, 2 do TFUE, ex. art.º 14º do TUE, consistindo num espaço sem fronteiras internas e assentando nas quatro liberdades, de circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais.

⁸ Ver considerando 1 do regulamento Roma I.

necessário àqueles objetivos, as regras de conflitos, a determinação das normas aplicáveis aos contratos e atos jurídicos⁹.

Tal movimento foi assumido e recebeu forte impulso com a revisão do Tratado da Comunidade Europeia operado pelo Tratado de Amsterdão¹⁰ que nos artigos 61^o, c) e 65, b)¹¹ atribuiu competências à comunidade em tais matérias, permitindo o progressivo abandono no espaço comunitário de um paradigma de tais normas baseado no direito interno¹², para uma normação de base essencialmente comunitária.

Com o Tratado de Lisboa, a competência dos órgãos da União Europeia em matéria de direito internacional privado passou a estar incluída no Título V da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que tem por objeto o chamado “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”. Veja-se atualmente o artigo 81^o, n^o 2, alínea c), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A fase da unificação do DIP ao nível europeu passa da fase intergovernamental para uma nova fase, passando a constituir direito comunitário. Assume-se assim e no espaço europeu um verdadeiro “direito europeu internacional” transmutando-se de direito cooperativo a direito integrativo como “meio de alcançar o mercado interno”¹³, e os objetivos de criação de um espaço de liberdade, de segurança e de

⁹ Aludindo ao processo de europeização, em que as preocupações de justiça e proteção dos mais fracos passa a constituir um elemento não desprezível, Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Ensaios - Vol. I* (Coimbra: Almedina, 2002), pp. 85-106. Também Rinaldi de Barcellos, «Competência Judicial Internacional em Matéria de Contratos Individuais de Trabalho na União Europeia: Europeização das Regras de Conflito no Regulamento Bruxelas I Reformulado», p. 7.

¹⁰ O Tratado de Amsterdão, de 1997, introduziu no Tratado CE – concretamente na Parte III (“As políticas da Comunidade”) – um novo Título IV, “Vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à circulação de pessoas” (artigos 61^o a 69^o), onde se atribui à Comunidade competência para adotar medidas legislativas no sector da cooperação judiciária, tendo em vista a criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça.

¹¹ A al. b) do art.º 61 referia que a fim de criar progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o Conselho adotará, “medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, previstas no artigo 65º”. Este normativo na sua al. b) refere que as medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil que tenham uma incidência transfronteiriça, e na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno, terão por objetivo, nomeadamente, “promover a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição”.

¹² Os Estados, no entanto, haviam celebrado diversos instrumentos internacionais sobre a matéria.

¹³ Geraldo Rocha Ribeiro, «A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas Sobre o Problema da Interpretação do Âmbito Objectivo dos Regulamentos Comunitários», *Julgat* 27, n. 3 (2014): 265–92, <http://julgar.pt/a-europeizacao-do-direito-internacional-privado-e-direito-processual-internacional/>, pp. 266ss.

justiça. Esta norma foi entendida como atribuindo uma competência genérica em matéria de direito internacional privado.¹⁴

Os instrumentos essenciais desde direito europeu internacional são o Regulamento (CE) n° 44/2001 do Conselho de 22 de dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, reformulado pelo Regulamento (UE) n° 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012¹⁵; o Regulamento (CE) n° 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental¹⁶; o Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)¹⁷; o Regulamento (CE) n° 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II)¹⁸ e o Regulamento (UE) n° 1259/2010 do Conselho de 20 de dezembro de 2010 que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial¹⁹, bem como os instrumentos que a UE enquanto unidade celebra com países terceiros²⁰.

Estas normas, volvidas em instrumento da concretização da União, nas suas diversas dimensões, recebem o cunho dos princípios norteadores da construção europeia, designadamente os princípios constantes dos artigos 4º, máxime al. j) do TUE, 67.º (ex. 61º), 81.º (ex. 65º), 9º do TFUE. Sobre esta influência e sobre a relevância do DIP para tais objetivos, veja-se o livro verde²¹ relativo à transformação

¹⁴ Luís de Lima Pinheiro, «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução», p. 577, referenciando este entendimento em relação aos artigos 61º, c) e 65, b) do Tratado de Amesterdão. Ainda o mesmo autor, Luís Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado - Volume I - Introdução e Direito de Conflitos - Parte Geral*, 2.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2014), pp. 210ss.

¹⁵ Jornal Oficial n° L 12 de 16/01/2001, p. 1 ss. e Jornal Oficial n° L 351 de 20/12/2012, p. 0001 – 0032.

¹⁶ Jornal Oficial n° L 338 de 23/12/2003, p. 1-29

¹⁷ Jornal Oficial n° L 177 de 04/07/2008, p. 6-16.

¹⁸ Jornal Oficial n° L 199 de 31/07/2007, p. 40-49.

¹⁹ , Jornal Oficial n° L 343 de 29/12/2010, p. 10-16.

²⁰ Como por exemplo a Convenção de Lugana, relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n° L 339, de 21/12/2007, p. 3-41, aprovada por Decisão 2009/430/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2008, Jornal Oficial n° L 147, de 10/6/2009, p. 1-4.

²¹ Comissão das Comunidades Europeias, «Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização: COM(2002) 654 Final» (2002), <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20040121/020654EN.pdf>, pp 9ss.

da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização. Refere-se na pág. 9:

“Na União europeia não poderá existir um verdadeiro mercado interno que garanta a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos bens e dos capitais, sem um espaço comum de justiça em que cada cidadão possa, de igual forma, fazer valer os seus direitos, tanto no seu Estado-Membro de residência como em qualquer outro Estado-Membro.”

Compreende-se assim que os órgãos comunitários tenham entendido os preceitos 61º a 69º do TUE introduzidos pelo tratado de Amsterdão, como “atribuindo uma competência legislativa genérica em matéria de direito internacional privado, que prescinde de um nexos efetivo com o funcionamento do mercado comum, e os Estados-Membros não contestaram este entendimento.”²²

Os princípios e conceitos de DIP foram europeizados. Como refere Geraldo²³ o carácter autónomo e próprio da construção do mercado interno “molda a compreensão e funcionamento do método do DIP”. Pretendendo-se uma regulamentação uniforme em todo o espaço comunitário, tais conceitos e princípios, devem ser interpretados de forma uniforme, consequentemente de acordo com os cânones do direito da União, competindo ao Tribunal de Justiça garantir a uniformidade interpretativa. Isto não obstante o carácter fragmentário com que o processo legislativo comunitário tem vindo a ser conduzido.²⁴

Estas normas, nas matérias abrangidas, constituem verdadeiro “direito de conflitos geral dos Estados-Membros”²⁵, conforme artigos 1º e 2º do regulamento (CE) nº 593/2008, sendo aplicáveis sempre que se verifiquem os pressupostos da sua aplicação, desde que ocorra um conflito de leis e ainda que resulte pelas regras de conexão ser aplicável lei de um Estado não membro.

A diretiva constitui direito da União; visando um regime que ao tempo que interfere com a lei aplicável, tal como determinada nos termos do regulamento (ou da convenção nos casos em que seja esta

²² Luís da Lima Pinheiro, «Um Direito Internacional Privado Comum ? :Texto revisto da comunicação apresentada no Congresso Internacional “25 Anos na União Europeia – 25 Anos de Instituto Europeu”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Novembro de 2011» (Lisboa, 2011), 1-7, https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Um_Direito_Internacional_Privado_Comum.pdf, p.3

²³ Geraldo Rocha Ribeiro, «A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas Sobre o Problema da Interpretação do Âmbito Objectivo dos Regulamentos Comunitários», p. 271.

²⁴ Como dá nota Geraldo Rocha Ribeiro, «A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas Sobre o Problema da Interpretação do Âmbito Objectivo dos Regulamentos Comunitários», p. 271 ss, aludindo às falhas do modelo europeu, que cresceu de forma fragmentária, desprovido de um enquadramento geral.

²⁵ Luís de Lima Pinheiro, «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução», p. 578.

aplicável), e nessa medida constituindo o seu artigo 3º regra especial de conflitos, substancia e persegue políticas da União; visando dar cumprimento aos tratados, designadamente no que tange à livre prestação de serviços, proteção do trabalhador²⁶ e concorrência leal, tal como flui dos seus considerandos. Regime inicialmente com foco na realização do mercado interno, veja-se o considerando 3 da Diretiva 96/71/CE, progressivamente foi-se afirmando como objetivo mais vasto, a promoção de um verdadeiro espaço de cidadania, promovendo a “justiça e a proteção sociais”. Veja-se o considerando 3 da Diretiva (UE) 2018/957 onde se refere a “promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana” e considerando 4 aludindo a uma verdadeira convergência social.

1.2. A necessidade de uma regulamentação europeia específica no que respeita ao trabalho transnacional intracomunitário.

Refere o artigo 26º do TFUE, no seu nº 2, que o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.

Entre as liberdades fundamentais consagradas nos tratados conta-se a Liberdade de prestação de serviços.

Respeita este direito à liberdade de qualquer empresa ou profissional prestar serviços em qualquer Estado-Membro, garantindo a mobilidade de profissionais e empresas prestadores de serviços, liberdade consagrada no artigo 26º do TFUE com desenvolvimento nos artigos 56º a 62º do mesmo tratado. Relativamente à livre prestação de serviços em matéria de transportes vejam-se os artigos 58º e 90º a 100º do TFUE.

²⁶ Objetivo que subjaz ao artigo 6º da Convenção de Roma de 80, e correspondente norma do Regulamento Roma I. Quanto a este objetivo de assegurar uma proteção adequada ao trabalhador, perseguido por esta norma, vd. acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011, Voogsgeerd, Processo C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, considerando 35.

As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União, que operem legalmente num Estado-Membro, podem exercer de forma contínua, uma atividade económica estável noutro Estado-Membro, artigo 49.º do TFUE, bem como podem oferecer e prestar serviços noutros Estados-Membros, de forma temporário, artigo 56.º do TFUE.

É no âmbito da prestação de serviços transnacional que se colocam as questões relativas ao regime jurídico aplicável ao contrato de trabalho do trabalhador da empresa prestadora de serviços por esta destacado para prestar atividade no território de outro Estado-Membro, no exercício do direito de livre prestação de serviços, consagrado no artigo 56º do TFUE. Para o trabalhador, a sua “mobilização” ocorre não no exercício da liberdade de livre circulação de trabalhadores, mas antes ao abrigo da liberdade de prestação de serviços por parte da sua entidade empregadora.

Esta liberdade levantou e levanta dois problemas essenciais, que demandaram uma regulamentação específica ao nível da União Europeia, com repercussão ao nível das normas aplicáveis à relação de trabalho. Um dos problemas relaciona-se com a questão do *dumping social* e outro com a proteção dos trabalhadores destacados.

Quanto ao *dumping social*, parece-nos que o que está verdadeiramente em causa no espaço europeu e no que se reporta à necessidade de perseguir os objetivos traçados na Diretiva, serão sobretudo as condições de concorrência livre²⁷ e não propriamente o *dumping social* tal como é entendido normalmente, enquanto prática empresarial consistente na agressão aos direitos do trabalhador, seja agressão direta, seja agressão por fuga ao direito do trabalho²⁸, tendo em vista obter uma vantagem no mercado por via da diminuição dos custos de mão de obra; ou mão de obra oriundos de países desprovidos de uma proteção efetiva ao trabalhador ou com níveis de proteção muito baixos, aquém dos limiares da dignidade humana. Estará mais em causa, no contexto europeu, a utilização num determinado Estado de trabalhadores estrangeiros destacados, “mais baratos” que os trabalhadores nacionais, considerando o conjunto do custo do trabalho, salário, condições de trabalho, seguros,

²⁷ Prática dos salários do país de origem inferiores aos salários do mercado local onde o trabalho é desenvolvido.

²⁸ Não que o *dumping social* neste sentido não esteja nas preocupações da União Europeia, pretende-se apenas significar que não foi esse o objetivo da diretiva, o *dumping* que a diretiva pretende evitar tem a ver com a concorrência de mão-de-obra vinda de países com mais baixos salários, mas salários legais nos respetivos países. Sobre as preocupações quanto ao *dumping social* enquanto prática ilícita empresarial, vd. Parlamento Europeu, «Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de setembro de 2016, sobre o “dumping” social na União Europeia: (2015/2255(INI))», Jornal Oficial n.º C 204 de 13/6/2018, pp. 111–122 (2016), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016IP0346>, designadamente considerandos A, H e Q.

remuneração de horas extras, férias etc.²⁹, mas cujas condições nos respetivos países são as legais, será este o sentido de *dumping social* a que se reportam os considerandos da diretiva.

A problemática do *dumping social* associado à deslocação de trabalhadores é geral, sendo suscetível de “falsear a concorrência no mercado local”³⁰, problemática que se reveste de maior gravidade no espaço do mercado comum europeu, dadas as desigualdades entre os mercados integrados e as liberdades de circulação de trabalhadores e de prestação de serviços consagradas no tratado.

Quanto ao problema relativo à proteção do trabalhador, a preocupação decorre do facto de o trabalhador nessa situação estar, por regra, desinserido do seu meio, mais sujeito à exploração, designadamente quanto a cargas horárias, condições de trabalho, alojamento e alimentação. Disso dá nota o considerando 5 da Diretiva 96/71³¹ referindo além da concorrência leal, a garantia do respeito pelos direitos dos trabalhadores, e o considerando 1 da Diretiva 2014/67/EU³².

Além das razões claramente assumidas, outras têm sido apontadas:

O advogado-geral Alber nas conclusões apresentadas em 29 de setembro de 1999, processo Mazzoleni³³, no ponto 51 dá nota de que nas discussões políticas estiveram presentes preocupações relacionadas com proteção da economia nacional, referindo a preocupação com uma concorrência em condições de igualdade. Outra vertente menos assumida, nas palavras de Júlio Gomes³⁴, é a proteção dos trabalhadores dos países de acolhimento, garantindo no seu Estado alguma contenção da concorrência,

²⁹ Vd. Gothardo Backx Van Buggenhout, «Destacamento De Trabalhadores Na União Europeia», *Revista Jurídica Portuguesa* 27 (2020): 46-69, [https://doi.org/https://doi.org/10.34625/issn.2183-5705\(27\)2020](https://doi.org/https://doi.org/10.34625/issn.2183-5705(27)2020), pp. 50 ss., no sentido de que “em razão das grandes diferenças económicas entre seus Estados-Membros, evidentemente poderia conduzir a um *dumping social* e a uma distorção da concorrência, se a regra de aplicação da lei ao trabalhador destacado fosse sempre a do país de origem”.

³⁰ Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Ensaios - Vol. I*, pp. 85-86.

³¹ Vejam-se no mesmo sentido os considerandos 1 e 4 da Diretiva (UE) 2018/957 do Parlamento Europeu e do Conselho de 28 de junho de 2018, que altera a Diretiva 96/71/CE, o ponto 3 da proposta de Diretiva relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, COM (91) 230 final, Jornal Oficial n.º C 225 de 30/8/1991, p. 6-9.

³² Diretiva 2014/67/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, respeitante à execução da Diretiva 96/71/CE relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 relativo à cooperação administrativa através do Sistema de Informação do Mercado Interno («Regulamento IMI»).

³³ Conclusões do advogado-geral Alber apresentadas em 29 de setembro de 1999, Mazzoleni, processo C-165/98, ECLI:EU:C:1999:461.

³⁴ Júlio Manuel Vieira Gomes, «Algumas reflexões sobre o Destacamento de Trabalhadores na Jurisprudência do Tribunal de Justiça», *Revista de Direito e de Estudos Sociais Ano LIII (XXVI da 2.ª série) 3/4* (2012): 43–79; ainda, Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Ensaios - Vol. I*, p. 90, referindo o prejuízo para trabalhadores e para as empresas do país de acolhimento, bem como para a paz social.

por via do destacamento temporário, de trabalhadores oriundos de países com menores condições de trabalho, o que pode, pelo menos em determinadas áreas de atividade mais propícias ao trabalho por parte de trabalhadores destacados, determinar um enfraquecimento do poder negocial dos trabalhadores locais e a prazo uma diminuição dos níveis de proteção nacional. A lei alemã, por exemplo assume o intento de preservar o emprego e manter a ordem e a função pacificadora da autonomia de negociação coletiva³⁵.

Encontram-se ainda indicações no sentido da necessidade de evitar que os Estados-Membros utilizassem de forma abusiva o artigo 7º da Convenção de Roma, produzindo um variado número de normas de aplicação imediata, potenciadores, sob o manto da prossecução do interesse público, da introdução de regimes protetores restritivos das liberdades fundamentais da União, em suma, prosseguindo interesses pessoais. Para evitar tal utilização abusiva tornar-se-ia necessária proceder a uma coordenação das legislações. Sobre esta, referindo a necessidade de prever um núcleo comum daquilo que sejam regras imperativas relativas à proteção mínima, veja-se o considerando 13³⁶.

Tal necessidade resulta patente das diversas questões colocadas em via prejudicial ao Tribunal de Justiça antes da diretiva, tendo o tribunal que fixar limites às pretensões dos Estados-Membros fixando critérios quanto à admissibilidade de normas de aplicação imediata, que no quadro do mercado único, por regra, envolvem restrição a alguma liberdade fundamental da União, e ademais, sem controlo, dado o número de Estados-Membros, implicariam uma proliferação não controlada de regimes relativamente a áreas fundamentais para a consolidação do mercado único³⁷.

³⁵ Na Lei Alemã de Trabalhadores Destacados (AEntG) o parágrafo 1 diz: “Os objetivos da lei são criar e fazer cumprir condições mínimas de trabalho adequadas para trabalhadores transfronteiriços que trabalham regularmente na Alemanha e garantir condições justas e funcionais de concorrência, estendendo as normas legais dos acordos coletivos da indústria. Isso deve, ao mesmo tempo, preservar o emprego sujeito a contribuições previdenciárias e manter a ordem e a função pacificadora da autonomia de negociação coletiva”.

³⁶ A propósito, Júlio Manuel Vieira Gomes, «Algumas reflexões sobre o Destacamento de Trabalhadores na Jurisprudência do Tribunal de Justiça», p. 57, refere que “a pretensão da diretiva de facilitar ou promover as prestações de serviços internacionais só se compreende se tivermos em conta dois fatores: por um lado, a diretiva veio eliminar, ao menos parcialmente, o referido caos e restringir a liberdade dos Estados de acolhimento de aplicarem a seu bel-prazer normas jurídicas nacionais aos trabalhadores destacados nos seus respetivos territórios. Por outro lado, a diretiva veio uniformizar, não os conteúdos materiais, mas as matérias ou domínios em que as normas jurídicas do Estado de acolhimento são aplicadas aos trabalhadores destacados, contribuindo assim, para uma maior certeza e previsibilidade que são, obviamente, vantajosas para os prestadores de serviços”.

³⁷ Gothardo Backx Van Buggenhout, «Destacamento De Trabalhadores Na União Europeia», p. 43ss., refere como escopo da diretiva, minimizar o impacto do complexo sistema jurídico e económico, com diversas normas laborais em choque.

Assim a diretiva relativa ao destacamento de trabalhadores, a Diretiva 96/71/CE, entretanto alterada, procurou responder a essas preocupações³⁸ e à sua relação de tensão com a liberdade fundamental da livre prestação de serviços, e ao objetivo que lhe subjaz de construção do mercado interno, determinando que os Estados-Membros devem prever nas suas leis, e relativamente a determinadas matérias específicas, a aplicação das suas normas ao contrato de trabalho do trabalhador acolhido, concomitantemente com as normas da lei aplicável ao contrato de trabalho, determinada de acordo com as normas gerais relativas ao conflito de leis. Ou seja, independentemente da lei aplicável, e para as questões abrangidas pela diretiva, salvo regime mais favorável constante da lei aplicável ou do contrato, serão aplicáveis as regras do país de acolhimento.

Trata-se de uma matéria que implica naturalmente uma tensão entre as economias e mercados de trabalho estaduais, entre os países essencialmente fornecedores de mão de obra por via do destacamento, por regra com condições laborais não tão vantajosas como as dos países de destino. Enquanto aqueles preferem a aplicação das suas normas e uma limitação das normas de aplicação obrigatória dos países de acolhimento, os países que por esta via são essencialmente recetores de mão de obra, preferem a aplicação das suas normas e/ou uma ampla margem para criação de normas de aplicação necessária, ao “trabalho” executado no seu espaço de aplicação. Esta tensão verifica-se igualmente entre os Estados-Membros, sobretudo os mais ricos e a “União”, enquanto entidade autónoma, designadamente com o princípio da livre prestação de serviços, pelos limites que o direito da União e a jurisprudência do Tribunal de Justiça impõem aos Estados quanto às limitações possíveis a tal liberdade.

Estas tensões eram obviamente anteriores à diretiva, com os Estados essencialmente recetores de trabalhadores destacados a manter ou a introduzir normas nos seus ordenamentos jurídicos tendo em vista a proteção dos empregos dos seus nacionais e das suas economias nacionais. Tal deu azo ao Tribunal de Justiça para desenvolver importante jurisprudência que veio a ser marcante nas regras da diretiva, baseando-se nas liberdades comunitárias, designadamente na livre prestação de serviços, como importante liberdade para a concretização do mercado interno, no sentido de impedir essa tentação

³⁸ Como refere o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de dezembro de 2007, Laval, processo C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, considerandos n.ºs 74 e 76, a diretiva tem um duplo objetivo, visa “garantir uma concorrência leal entre as empresas nacionais e as empresas que realizam uma prestação de serviços transnacional, na medida em que impõe a estas últimas que reconheçam aos seus trabalhadores, no que diz respeito a uma lista limitada de matérias, as condições de trabalho e de emprego fixadas no Estado-Membro de acolhimento. Por outro lado, esta disposição visa garantir aos trabalhadores destacados a aplicação das regras de proteção mínima do Estado-Membro de acolhimento quanto às condições de trabalho e de emprego relativas a essas matérias, enquanto exercem uma atividade laboral, a título temporário, no território do referido Estado-Membro.”

Estadual limitadora, no que respeita à aplicação pelos Estados-Membros de determinadas normas do seu ordenamento, aos trabalhadores aí destacados temporariamente por empresas estabelecidas noutra Estado-Membro.

Na linha do que vinha sendo decidido pelo Tribunal de Justiça a diretiva procura equilibrar os vários interesses e conter o instinto protetor dos países mais ricos em relação à concorrência da mão de obra mais barata dos países com menores condições de trabalho³⁹. Importa ver agora o regime geral relativo à lei aplicável ao contrato de trabalho.

³⁹ Adiante voltaremos à diretiva, capítulo 4º, pp. 42ss.

2. Convenção de Roma de 1980 e Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, (Roma I)

Os instrumentos relativos à determinação da lei aplicável são a Convenção de Roma⁴⁰, de 19 de Junho de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, que entrou em vigor em 1 de Abril de 1991 e o Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho⁴¹, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

A Convenção de Roma surge na sequência da Convenção de Bruxelas de 68, Convenção Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial⁴², que pretendeu assegurar a simplificação dos procedimentos para reconhecimento e execução recíprocos das decisões judiciais, tendo em vista dar cumprimento ao artigo 220° do TR de 57.

A convenção visa dar resposta às preocupações da então CEE relativamente às regras do DIP, e tendo em vista prosseguir “no domínio do direito internacional privado, a obra de unificação jurídica já empreendida na Comunidade nomeadamente em matéria de competência judiciária e de execução de decisões”, como se refere no preâmbulo da Convenção de Roma. A convenção foi celebrada como um complemento da Convenção de Bruxelas. A sua conjugação promove a certeza e a previsibilidade sobre o foro ou foros competentes, o regime aplicável aos contratos plurilocalizados, na medida em que sejam por ela abrangidos, e facilita a execução das decisões, assim favorecendo as relações económicas transnacionais e igualmente diminuindo os custos inerentes a essas transações, sendo um poderoso instrumento para o desenvolvimento do mercado interno.

Tendo em conta os objetivos perseguidos, os conceitos constantes destes instrumentos devem ser interpretados de forma autónoma, como conceitos próprios, de forma diferente da significação dos mesmos em cada um dos Estados-Membros, naturalmente diversas entre si, e que não garantiriam a uniformidade interpretativa e consequentemente a uniformidade e igualdade na aplicação dos instrumentos. Só assim não será quando resulte o contrário da(s) própria norma(s). Relativamente à

⁴⁰ Jornal Oficial n° C 27 de 26/1/1998, p. 34-53. A convenção foi aberta à assinatura pelos então 9 países da Comunidade Económica Europeia (CEE) tendo sido posteriormente subscrita por todos os novos membros da comunidade.

⁴¹ Jornal Oficial n° L 177 de 4/7/2008, p. 6-16.

⁴² Depois substituída, exceto para a Dinamarca, pelo Regulamento Bruxelas I.

Convenção de Bruxelas, mas entendimento válido para estas normações, vejam-se os acórdãos Bertrand, Shearson Lehman Hutton, Benincasa, Gabriel, Engler⁴³. Quanto à Convenção de Roma, acórdão Heiko Koelzsch⁴⁴.

Relativamente à relação com outras normas de direito da União com repercussão ao nível do direito aplicável, tal como resulta destes instrumentos, ambos preveem essa possibilidade e a prevalência dessas normas. Trata-se das normas que regulem matérias abrangidas por estes instrumentos, mas em aspetos específicos, constituindo em relação a estes, normas especiais ou excecionais. É o que se passa com a Diretiva destacamento, cujo artigo 3º regula matéria específica do contrato de trabalho.

O artigo 20º da convenção referia:

“Artigo 20º Primado do direito comunitário

A presente convenção não prejudica a aplicação das disposições que, em matérias especiais, regulam os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais e que são ou venham a ser estabelecidas em atos das instituições das Comunidades Europeias ou nas legislações nacionais harmonizadas em execução desses atos.”

O regulamento no artigo 23º refere:

“Relação com outras disposições do direito comunitário

À exceção do artigo 7º, o presente regulamento não prejudica a aplicação das disposições do direito comunitário que, em matérias específicas, regulem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais.”

Não obstante a diferente redação e epígrafe, o sentido é o mesmo, veja-se o considerando 40 do regulamento, que refere que, *“deverá ser evitada a dispersão por vários instrumentos das normas de conflitos de leis e as divergências entre essas regras. Porém, o presente regulamento não deverá excluir a possibilidade de, em matérias específicas, se incluírem normas de conflitos de leis relativas a obrigações contratuais em disposições de direito comunitário.*

⁴³Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de junho de 1978, Bertrand, processo 150/77, ECLI:EU:C:2005:33; acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 1993, Shearson Lehmann Hutton, processo C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15; acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1997, Benincasa, processo C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337; acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2002, Rudolf Gabriel, processo C-96/00, ECLI:EU:C:2002:436; acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de janeiro de 2005, Engler, processo C-27/02, ECLI:EU:C:2005:33.

⁴⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2011, Heiko Koelzsch, processo C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151.

O presente regulamento não deverá prejudicar a aplicação de outros instrumentos que contenham disposições destinadas a contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, na medida em que estas não possam ser aplicadas em conjugação com a lei designada pelas regras do presente regulamento. A aplicação das disposições da lei aplicável designada pelas regras do presente regulamento não deverá restringir a livre circulação de bens e serviços regulada por instrumentos comunitários como a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico»).

2.1 Aplicação no tempo

A Convenção de Roma, subscrita inicialmente por Bélgica, Dinamarca, Alemanha, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda entrou em vigor em 1 de abril de 1991, sendo aplicável em Portugal a partir de 1 de setembro de 1994⁴⁵.

Continua a aplicar-se nas relações com a Dinamarca já que a esta não se aplica o regulamento que entre os Estados-Membros substituiu a convenção⁴⁶, e aos contratos celebradas antes da entrada em vigor do Regulamento Roma I, como resulta do artigo 28º deste regulamento.

⁴⁵ Convenção Relativa à Adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa à Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, o Primeiro Protocolo Relativo à Interpretação pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias da Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais e o Segundo Protocolo Que Atribui Determinadas Competências em Matéria de Interpretação da Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, ratificada por decreto presidencial 1/94 de 3/2, DR. n° 28/1994, Série I-A de 1994-02-03. Aderiram posteriormente, República da Áustria, República da Finlândia e Reino da Suécia, início de vigência em 1/2/2000, convenção aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n° 51/99, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n° 153/99; e República Checa, República da Estónia, República de Chipre, República da Letónia, República da Lituânia, República da Hungria, República de Malta, República da Polónia, República da Eslovénia e República Eslovaca, início de vigência em 1/5/2007, convenção aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n° 67/2006; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n° 123/2006.

⁴⁶ Considerando 46 do regulamento (CE) n° 593/2008: “Nos termos dos artigos 1º e 2º do Protocolo relativo à posição da Dinamarca, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, a Dinamarca não participa na aprovação do presente regulamento e não fica a ele vinculada nem sujeita à sua aplicação”.

O Regulamento Roma I é aplicável nos termos do seu art.º 28º aos contratos celebrados a partir de 17/12/2009⁴⁷. Esta norma impede a aplicação do princípio do efeito imediato, nos termos da qual a norma nova seria imediatamente aplicável aos efeitos jurídicos futuros decorrentes de tal contrato⁴⁸.

O momento da celebração do contrato, para efeitos de verificar qual dos dois instrumentos é o aplicável, deve ser determinado de acordo com conceito próprio de direito da União, conforme o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão Grigorios Nikiforidis. Veja-se o considerando 28, aludindo às “exigências tanto da aplicação uniforme do direito da União como do princípio da igualdade”, sustentando que quando uma disposição do direito da União não contenha nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros, para determinar o seu sentido e alcance, devem normalmente ter em toda a União, uma interpretação autónoma e uniforme^{49 50}.

Importa, no entanto, atentar no entendimento do Tribunal de Justiça no sentido de que, tendo ocorrido alterações no contrato em data posterior à entrada em vigor do regulamento, deve verificar-se se pela sua amplitude a mesma é suscetível de permitir se considere ter ocorrido a celebração de um novo contrato.

Refere o acórdão no considerando 39:

“À luz das considerações precedentes, há que responder à primeira questão que o artigo 28º do Regulamento Roma I deve ser interpretado no sentido de que uma relação contratual laboral que teve início antes de 17 de dezembro de 2009 está abrangida pelo âmbito de aplicação deste regulamento unicamente na medida em que tal relação, em consequência do consentimento das partes, manifestado após essa data, foi objeto de uma alteração de tal amplitude que se deve considerar que foi celebrado um novo contrato após a referida data, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar.”

⁴⁷ O regulamento estabelece no seu artigo 24º que “o presente regulamento substitui, entre os Estados-Membros, a Convenção de Roma, com exceção dos territórios dos Estados-Membros que são abrangidos pelo âmbito de aplicação territorial da Convenção e que ficam excluídos do presente regulamento por força do artigo 299º do Tratado”.

⁴⁸ Conclusões do advogado-geral M. Szpunar apresentadas em 20 de abril de 2016, Grigorios Nikiforidis, Processo C-135/15, ECLI:EU:C:2016:281, nº 33 e 34, e considerando 33 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 2016, Grigorios Nikiforidis, processo C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774.

⁴⁹ Ainda acórdãos de 17 de julho de 2008, Kozłowski, processo C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437, considerando 42, e Acórdão de 24 de maio de 2016, Dworzecki, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346, considerando 28, naquele referidos.

⁵⁰ Opinião diferente sustentou o advogado geral nas conclusões apresentadas nesse processo, invocando os termos do artigo 10º do regulamento e desenvolvendo razões, nos pontos 35 a 45.

Importa assim, caso tenham ocorrido alterações no contrato e caso a caso, verificar se e para efeitos do artigo 28º do Regulamento, se deve considerar celebrado um novo contrato.

Saliente-se que esta conclusão não interfere nem impede a relevância do momento da celebração do contrato, tal como resultar da lei aplicável ao contrato⁵¹, para outros efeitos, designadamente para efeito de direitos atribuídos pela lei aplicável ao contrato, ou aplicável a certos aspetos do contrato⁵², como a título de exemplo a determinação da antiguidade e outros direitos com esta relacionados. Aquele conceito de direito da União, vale apenas para efeito de determinar ou não a aplicação do Regulamento Roma I versus Convenção de Roma de 80.

2.2 O regime de Conflitos

Vejamos o regime dos instrumentos referidos, dando nota daquilo que os separa, partindo da análise do regulamento, por ser o instrumento com mais larga aplicação atualmente.

Relembremos antes de mais que em todas as questões relativas à aplicação da convenção ou do regulamento, os critérios interpretativos devem ser uniformes nos diversos Estados, constituindo conceitos próprios, a menos que o contrario resulte dos próprios instrumentos, tendo o Tribunal de Justiça competência para se pronunciar sobre a interpretação destes atos⁵³. Note-se, contudo, que a Convenção de Roma não é direito da União, não assentando os poderes do Tribunal de Justiça para sua interpretação no processo de reenvio previsto no Tratado, mas antes no protocolo relativo à interpretação da convenção, anexo a esta e tendo em vista esse fim, o qual parece não obrigar os Estados ao reenvio, sendo uma mera faculdade. Consta deste protocolo, no seu artigo 2º, que “qualquer órgão jurisdicional abaixo referido pode solicitar ao Tribunal de Justiça que decida a título prejudicial sobre uma questão suscitada em processo pendente e que incida sobre a interpretação das disposições contidas nos instrumentos referidos no artigo 1º, sempre que esse órgão jurisdicional considere que uma decisão

⁵¹ Artigo 10º do regulamento.

⁵² Normas de aplicação imediata e normas que sejam aplicáveis por impossibilidade de derrogação por acordo.

⁵³ Trata-se de conceitos autónomos, que não devem ser interpretados de acordo com o ordenamento jurídico do Foro. NS. acórdão Heiko Koelzsch, considerando 32.

sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa: (...)”. Esta circunstância aliada ao facto de apenas as entidades referidas no protocolo poderem suscitar o reenvio, conduziu a interpretações de facto diversas entre os vários Estados-Membros, o que constituiu um dos motores do movimento que culminou no regulamento, na transformação da regulamentação em direito da União.

Importa também ter presente que a interpretação destes instrumentos deve fazer-se em sintonia com a Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, devendo os conceitos comuns ser interpretados de forma uniforme, salvo se as particularidades de cada instrumento impuserem interpretações diferentes⁵⁴.

Ambos os instrumentos têm carácter universal (artigo 2.º em ambos os instrumentos), ou seja, como refere o normativo, a lei que deles resultar como aplicável, será a lei a aplicar ainda que não seja a lei de um Estado-Membro. Constituem assim o direito de conflitos geral dos países em que se aplicam.

Relativamente à relação com outras convenções o regime é algo diverso, já que nos termos do regulamento, os Estados-Membros a que o mesmo se aplica, ficam em princípio inibidos após a aprovação do regulamento, em celebrar convenções internacionais sobre a matéria abrangida por este. É o que resulta do artigo 25º que estabelece⁵⁵:

1. O presente regulamento não prejudica a aplicação das convenções internacionais de que um ou mais Estados-Membros sejam parte na data de aprovação do presente regulamento e que estabeleçam normas de conflitos de leis referentes a obrigações contratuais.
2. Todavia, entre Estados-Membros, o presente regulamento prevalece sobre as convenções celebradas exclusivamente entre dois ou vários Estados-Membros, na medida em que estas incidam sobre matérias regidas pelo presente regulamento.

⁵⁴ Acórdão Koelzsch, considerando 33; acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2009, ICF, processo n.º C-133/08, ECLI:EU:C:2009:617, considerando n.º 22, aludindo a que “decorre do preâmbulo da Convenção de Roma que esta foi celebrada com o objetivo de prosseguir, no domínio do direito internacional privado, a obra de unificação jurídica iniciada pela adoção da Convenção de Bruxelas”.

⁵⁵ Se o considerando 41 do regulamento refere o respeito devido aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados-Membros, na data da aprovação, o considerando 42 refere a possibilidade de os Estados-Membros celebrarem em nome próprio acordo com países terceiros, mas apenas em casos “individuais e excecionais” relativamente a matérias setoriais e mediante o cumprimento de procedimentos e condições, a fixar em instrumento comunitário.

Já a convenção permitia essa celebração, como resulta dos termos do artigo 21º; “A presente convenção não prejudica a aplicação das convenções internacionais de que um Estado contratante seja ou venha a ser parte.”

Em ambos os instrumentos se proíbe o reenvio. Refere o artigo 20º do regulamento (15º da convenção) que se entende por “aplicação da lei de um país designada pelo presente regulamento a aplicação das normas jurídicas em vigor nesse país, com exclusão das suas normas de direito internacional privado, salvo disposição em contrário no presente regulamento”. Não podem aplicar-se normas de um outro ordenamento jurídico para que reenviem as normas de DIP da lei que segundo o regulamento rege o contrato.

Em ambos os instrumentos, as suas regras são aplicáveis nas situações entre conflitos de e com sistemas jurídicos dentro do mesmo Estado – art.º 22º do regulamento (19º da convenção) – os denominados ordenamentos jurídicos plurilegislativos. Contudo se o conflito for meramente interno, entre as diferentes unidades territoriais de um mesmo Estado, a aplicação do regulamento ou convenção não é obrigatório, como resulta do nº 2 do normativo, dependendo, pois, de opção a efetuar por esse Estado-Membro.

Determinado o estado do foro, o julgador competente deve então partir para a averiguação da norma ou normas aplicáveis ao caso concreto. Importa referir a questão relativamente a três vertentes, a capacidade das partes, a forma do contrato e a sua substância.

2.2.1 Capacidade das partes:

O regulamento não regula especificamente esta matéria, excluída do seu âmbito de aplicação pelo artigo 1, nº 2 al. a), ressalvando-se contudo o disposto no seu artigo 13º.⁵⁶

Não obstante pode dizer-se que o regulamento acolhe uma posição que combina a posição tradicional, no sentido de a capacidade das partes ser regulada pela lei pessoal⁵⁷, ajustada com a posição adotada

⁵⁶ O regime da convenção é idêntico – artigo 1º, 2 a) e artigo 11º.

⁵⁷ tradicionalmente as opções eram entre duas grandes correntes ou combinações de ambas, a nacionalidade ou o domicílio. Sobre o assunto Luís de Lima Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado - Volume II - Direito de Conflitos - Parte Especial*, 4.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2015), pp. 38 ss.

pelos tribunais ingleses e norte-americanos no sentido de se atender a lei do contrato⁵⁸. Neste sentido o artigo 13º refere que num contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa singular considerada capaz segundo a lei desse país só pode invocar a sua incapacidade que resulte da lei de outro país se, no momento da celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por negligência.

Se o contraente ou seu representante pretenderem opor a incapacidade que decorre da sua lei pessoal, têm o ónus de demonstrar que no momento da celebração do contrato, o outro contraente conhecia essa incapacidade ou a poderia ter conhecido agindo com o grau de diligência que na situação se impunha, que lhe era exigível.

2.2.2 Forma:

Quanto à forma, ao modo como os comportamentos declarativos devem manifestar-se exteriormente, rege o artigo 11º do regulamento nos seguintes termos:

“Validade formal

1. Um contrato celebrado por pessoas ou pelos seus representantes que se encontrem no mesmo país aquando da sua celebração é válido quanto à forma, se preencher os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, determinada nos termos do presente regulamento, ou pela lei do país em que é celebrado.
2. Um contrato celebrado por pessoas ou pelos seus representantes que se encontrem em países diferentes aquando da sua celebração é válido quanto à forma, se preencher os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, determinada nos termos do presente regulamento, ou pela lei do país em que se encontre qualquer das partes ou os seus representantes aquando da sua celebração, ou pela lei do país em que qualquer das partes tenha a sua residência habitual nessa data.

⁵⁸ Carlos Adolfo T. Duarte, «A lei aplicável ao contrato internacional de trabalho», *Revista de Ciência Política* 29, n. 3 (1986): 89–102, <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60196/58513>, p. 91.

3. Um ato jurídico unilateral relativo a um contrato celebrado ou a celebrar é formalmente válido, se preencher os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância do contrato, determinada nos termos do presente regulamento, ou pela lei do país em que esse ato é praticado ou pela lei do país em que a pessoa que o praticou tenha a sua residência habitual nessa data.

(...)”

A novidade em relação à convenção está na consideração da lei do país de residência habitual nas situações referidas nos n.ºs 2 e 3.

No regulamento, como na convenção, regula a *lex causae* e *lex loci actus*, sendo suficiente a validade formal do contrato ou ato⁵⁹ em qualquer destas leis.

Assim o contrato é formalmente válido se de acordo com a lei do país que rege a substância o for e ainda no caso de ser válido de acordo com a lei do país onde o contrato é celebrado. A regra clássica nos termos da qual a lei do local onde é celebrado o contrato rege a forma deste – *Locus regit actum* -, é conjugada com a lei aplicável à substância, lei do contrato, se apesar da invalidade decorrente de acordo com a lei do local de celebração, de acordo com esta ele fosse válido.

Nos termos do n.º 2 do artigo 11.º do regulamento, se o contrato é celebrado entre pessoas ou seus representantes, que se encontram em países diferentes, verifica-se da validade do contrato à luz da lei da substância e à luz de cada uma das leis dos países em que os celebrantes se encontram, bastando que o mesmo seja formalmente válido à luz de uma delas, para se considerar formalmente válido.

Pretendeu-se o aproveitamento do contrato, o *favor negotii*, que o regulamento veio ainda reforçar, já que nos termos deste, caso os contraentes ou seus representantes se encontrem em países distintos, o contrato é ainda válido, se não o sendo à luz de qualquer daqueles ordenamentos atrás referidos, o for à luz da lei do país de residência habitual à data da celebração, de qualquer dos intervenientes. Igual acréscimo se fez relativamente aos atos jurídicos relativos a um contrato, conforme nos 2 e 3 do artigo 11.º do regulamento.

⁵⁹ Trata-se dos atos jurídicos relativos a um contrato abrangido pela convenção, como por exemplo a oferta, a aceitação, denúncia, declaração de resolução.

Note-se no mesmo do sentido de *favor negotii* o facto de a alteração da lei aplicável à substância, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º, em ambos os instrumentos, não afetar a validade formal do contrato. Giuliano e Lagarde⁶⁰ defendem que pode ocorrer que tal sucessão de leis substantivas tornem o contrato válido.

Quanto à forma refere-se no relatório Lagarde⁶¹, que o artigo 7.º da convenção, correspondente ao 9.º do regulamento, relativo a norma de aplicação imediata, pode levar à anulação do regime do artigo 9.º da convenção, correspondente ao 11.º do regulamento. Dá-se como exemplo uma cláusula de não concorrência inserida num contrato de trabalho, para a qual não sendo exigida forma especial num dos países, em resultado da aplicação daquela norma relativa à forma, seja exigida imperativamente determinada forma, em país com o qual o contrato mantém ligação estreita, como por exemplo o país de execução do contrato, aplicável por força do artigo 7.º da convenção (9.º do regulamento).

Igual reparo pode fazer-se no caso de escolha da lei do contrato, quanto a exigências imperativas quanto à forma relativamente a determinadas cláusulas ou formas contratuais, da lei do país que seria aplicável na falta de escolha, se tiver como consequência “privar o trabalhador da proteção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo”, usando a expressão do regulamento. A cláusula ou contrato que seria válido formalmente por aplicação do artigo 11.º do regulamento, não será assim considerado por violar norma de aplicação necessária da lei que seria aplicável na falta de escolha.

Em tais casos, tratando-se da intervenção de uma norma de aplicação imediata de lei não relativa ao ordenamento aplicável ao contrato, sempre se imporá uma aplicação ponderada tendo em conta o objetivo de *favor negotii* presente na convenção e no regulamento, a natureza e o objeto da norma em causa, bem como as consequências que resultariam da sua aplicação ou da sua não aplicação. Importa no domínio laboral verificar se a proteção suplementar daí decorrente para o trabalhador se justifica no quadro das circunstâncias concretas relativas quer ao momento pré-contratual quer da celebração quer de execução deste.

⁶⁰ Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», Jornal Oficial n.º C 282 de 31/10/1980, pp. 1–50 (1980), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=FR), p. 30, referem que “ Il résulte de ce texte que, dans cette hypothèse de conflit mobile, il suffit que le contrat soit valide en la forme selon l'une ou l'autre des lois successivement appelées à régir le fond du contrat”. Referem ainda que caso o contrato esteja sujeito a várias leis, nos termos do artigo 3.º, 1 e 4.º, 1, é razoável aplicar a “lei” aplicável à parte do contrato a que a forma tem uma ligação mais estreita.

⁶¹ Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p. 31.

2.2.3 Validade substancial do contrato ou cláusula contratual:

Quanto à existência e validade substancial do contrato regula o artigo 10º do regulamento, o 8º da convenção.

Em ambos os instrumentos se segue um processo idêntico. Pressupõe-se a validade do contrato ou disposição, para determinar a lei aplicável à substância, e depois é de acordo com esta lei que se verificam os aspetos relativos à formação do contrato e sua validade substancial, ou de qualquer das suas cláusulas.

O direito aplicável assim determinado é aplicável igualmente no que respeita à existência e validade do consentimento das partes quanto à cláusula relativa à escolha da lei aplicável⁶².

No nº 2 prevê-se uma regra especial, assim um contraente pode invocar a lei do país em que tenha residência, para demonstrar que não deu o seu acordo, se for de concluir tendo em conta as circunstâncias do caso, pela irrazoabilidade da consideração da lei que resulta do número anterior, para determinar o valor do comportamento desse contraente. Visam-se neste número apenas os aspetos relativos à declaração de vontade, à existência e validade do consentimento. Será o caso paradigmático do valor do “silêncio”, que em alguns ordenamentos pode ter determinados efeitos declarativos, e noutros não. A norma abarca qualquer tipo de declaração, conforme dá nota Guiliano e Lagarde⁶³, mas a sua aplicação nunca poderá ter como efeito tornar válida a declaração se a mesma não for válida à luz do direito aplicável determinado nos termos do nº 1.

O regime do artigo 8º da convenção, correspondente ao 10º do regulamento, refere-se no relatório Guiliano e Lagarde, pág. 28, é aplicável por analogia aos atos jurídicos abrangidos pelo instrumento.

⁶² Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p. 28.

⁶³ Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p. 28, “ L'application du paragraphe 2 pourra aboutir à une décision déliant une partie qui aurait été liée en vertu du paragraphe 1, mais elle ne pourra jamais produire l'effet contraire de déclarer un contrat conclu contrairement à la loi qui le régit.” Consideração válida para o regulamento.

2.2.4 Lei aplicável à substância

Sobre a lei aplicável aos contratos regem em geral os artigos 3º e 4º quer do regulamento quer da convenção. Os artigos seguintes dispõem quanto a determinados contratos de forma específica, como é o caso do contrato de trabalho no artigo 8º do regulamento, correspondente ao artigo 6º da convenção. Assim e quanto ao contrato de trabalho há que levar em consideração os artigos 3º e 8 do regulamento.

2.2.4.1 Princípio da liberdade de escolha

O princípio geral seguido pelos instrumentos é o da liberdade de escolha da lei aplicável ao contrato – artigo 3º -, podendo mesmo as partes alterar essa escolha durante a execução do contrato. Neste caso não é afetada a validade formal do contrato, nos termos do artigo 11º, nem podem resultar prejudicados os direitos de terceiros, conforme parte final do nº 2 do artigo 3º.

O princípio encontra justificação na sua eficácia do ponto de vista da “proteção da confiança recíproca”, respondendo de forma eficaz às necessidades de previsibilidade certeza e segurança jurídicas⁶⁴, assentando na presunção de que as partes sabem acautelar os seus interesses e estabelecer as soluções que lhes são mais adequadas. O princípio constitui a “pedra angular do sistema”, conforme refere o considerando 11º do Regulamento Roma I.

As partes podem escolher a lei aplicável a todo ou parte do contrato. Se a escolha incidir apenas sobre parte do contrato, a lei aplicável às restantes vertentes será a que resultar das normas supletivas do regulamento sobre a lei aplicável ou convenção se for esta a aplicável.

Se as partes escolherem várias leis para várias partes do contrato, escolha múltipla, a mesma deve ser coerente, incidindo sobre elementos do contrato que podem ser regulados por leis diferentes sem dar origem a resultados contraditórios. Caso as escolhas sejam incoerentes, deve então aplicar-se o critério

⁶⁴ Luís de Lima Pinheiro, «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução», p. 590.

supletivo⁶⁵. De igual forma se passará se as partes escolherem uma lei para uma parte do contrato, aplicando-se quanto às restantes partes a lei que resultar das regras supletivas do regulamento, e ocorrer uma incoerência que não seja resolúvel por via da interpretação da vontade das partes, o que caso a caso e em face das concretas circunstâncias deve se resolvido.

Nada obsta, contudo, a que se respeite a vontade das partes relativamente àquelas escolhas que não se mostrem incoerentes. Poderá atender-se a alguma ou algumas das escolhas, expurgada a lei escolhida com elas incoerente, se resultar das circunstâncias do caso, quer anteriores, contemporâneas ou posteriores à sua escolha, que as partes sempre teriam pretendido a aplicação dessa(s) lei(s) se tivessem previsto a incoerência e contradição⁶⁶.

Nos termos do n° 2 do normativo a escolha pode ocorrer em qualquer momento, bem como pode depois ser alterada. Ocorrendo alteração da lei aplicável, seja da lei previamente escolhida, seja, por falta de escolha inicial, da lei aplicável nos termos do regulamento, ficam acautelados os direitos de terceiros, conforme parte final do referido número 2. A alteração também não afeta a validade formal do contrato, na aceção do disposto no artigo 11°.

2.2.4.2 Manifestação da vontade

O n° 1 do artigo 3° do regulamento refere que a escolha “deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso”. A Convenção de Roma tinha na versão portuguesa uma redação pelo menos aparentemente mais exigente, referindo (mesma norma), que a “escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa”. As diferenças de redação das várias versões, quer no regulamento⁶⁷ quer na

⁶⁵ Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p. 17, entendimento válido para o atual regulamento.

⁶⁶ Importará uma análise à vontade das partes, às declarações de vontade de acordo com a lei aplicável a esta.

⁶⁷ A título de exemplo, a versão espanhola, “resultar de manera inequívoca; Dinamarca, “klart fremgå”; Alemanha, sich eindeutig”, Itália, “risulta chiaramente”; França, “résulte de façon certaine”; Holanda, “blijkt duidelijk”.

convenção⁶⁸ não ajudam ao esclarecimento da norma. Vemos na convenção expressões que apontam no sentido da razoável certeza, suficiente clareza, maneira certa, forma inequívoco. No regulamento temos, resultar de modo inequívoco, claramente declarada, suficientemente claro. Destas diferenças linguísticas dá nota Luís Pinheiro⁶⁹.

Como indícios a atender, refere-se a utilização de modelo contratual baseado num determinado ordenamento jurídico, a referência efetuada no contrato a normas de determinado sistema jurídico, a escolha expressa efetuada num contrato conexo ou em relações anteriores, se puder concluir-se não ter ocorrido mudança de atitude das partes⁷⁰.

Um indício relevante tem sido indicado, referimo-nos à atribuição da competência a determinada jurisdição. Tendo em conta os termos quer do regulamento quer da convenção, não parece que da simples existência de uma escolha de foro possa concluir-se pela escolha da lei aplicável ao contrato⁷¹. Tal escolha constitui um indício, a par de outros a analisar pelo julgador tendo em vista determinar se ocorre escolha tácita da lei aplicável⁷². Daquela pode concluir-se por esta, se em conjugação com o demais acordado e as demais circunstâncias do caso, apontarem com clareza no sentido de que as partes pretenderam submeter o contrato a essa lei, devendo ponderar-se que à escolha do foro e à escolha da *lex causae* subjazem interesses e objetivos diferentes, devendo verificar-se por que razão e que circunstâncias terão levado as partes a fazer uma escolha expressa do foro e a não indicarem expressamente a lei aplicável.

⁶⁸ A título de exemplo, a versão espanhola, “resultar de manera cierta”; Dinamarca, “rimelig sikkerhed”; Alemanha, “hinreichender Sicherheit” França “résulter de façon certaine” Italiano, “risultare in modo ragionevolmente certo”; holandês, “voldoende duidelijk”.

⁶⁹ Luís de Lima Pinheiro, «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução», p. 596.

⁷⁰ Sobre o assunto e quanto à convenção, Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», pp. 16 e 17; Ainda, Luís de Lima Pinheiro, «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução», pp. 596 ss.; Isabel Magalhães Collaço, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado: Aspetos Fundamentais, Vol. I* (Lisboa: Império, 1954), p.132 ss.

⁷¹ No relatório Giuliano e Lagarde, p. 16, refere-se, aludindo-se ao direito inglês, como um caso frequente de inferência da lei escolhida tacitamente, o da escolha do foro, referindo-se que esta dedução não é decisiva e pode ser revertida com base em qualquer interpretação oposta que possa ser dada das outras disposições do contrato e de todos os outros elementos relacionados e relevantes. Refere-se a necessidade para se fazer tal inferência de que a mesma seja compatível com as demais disposições do contrato ou com o todo as circunstâncias da causa, p. 17.

⁷² Neste sentido aponta o considerando 12 do regulamento. Refere este, “o facto de as partes terem convencionado que um ou vários órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro têm competência exclusiva para decidir de quaisquer litígios decorrentes do contrato deverá ser **um dos fatores** a ter em conta para determinar se a escolha da lei resulta de forma clara” - realçado nosso.

Importa sopesar todos os indícios de forma a que se possa concluir com razoável segurança no sentido de que as partes pretenderam submeter o contrato a determinada lei. Não se trata de buscar qualquer vontade hipotética⁷³, que está fora dos intentos do normativo, mas sim uma vontade real e efetiva, embora não de forma expressa. Tem que se concluir que as partes quiseram ou pressupuseram que essa seria a lei aplicável ao contrato, ou como se refere no relatório Guiliano e Lagarde, pág. 17, “*le juge puisse, en considération de l'ensemble des circonstances de la cause, constater que les parties ont fait un véritable choix de la loi encore qu'il ne soit pas expressément déclaré dans le contrat*”.

Nada parece obstar a que a cláusula relativa à lei aplicável não tenha sido previamente negociada, constando de um “contrato de adesão”, seja ela uma cláusula geral ou não⁷⁴.

A validade substancial de tal cláusula deverá, como as restantes, ser apreciada à luz do direito que seria aplicável, por força do regulamento, se o contrato ou a disposição fossem válidos, conforme artigo 10º.

Quanto aos deveres informativos da empregadora quanto a tal cláusula e que eventualmente intercorram nessa análise, importa ter em atenção a existência de um instrumento comunitário a Diretiva 91/533/CEE do Conselho, de 14 de Outubro de 1991, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho, entretanto revogada com efeitos a partir de 1/08/2022 pela Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, cujo prazo de transposição termina a 1 de agosto de 2022.

A diretiva visou “uma melhor proteção dos trabalhadores contra um eventual desconhecimento dos seus direitos e oferecer uma maior transparência no mercado de trabalho”, conforme considerandos, obrigando a empregadora a levar ao conhecimento do trabalhador os elementos essenciais do contrato. Na aplicação das normas nacionais relativas ao dever de informação deve levar-se em linha de conta o princípio da interpretação conforme ao direito da União.

⁷³ Comissão das Comunidades Europeias, «Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I): COM(2005) 0650 Final» (2005), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM%3A2005%3A0650%3AFIN>, p. 4.

⁷⁴ Não se tratará de cláusula geral se faltar à cláusula pré-formulada e unilateralmente fixada a característica de generalidade e indeterminação, destinada a ser usada em múltiplos contratos, será o caso de uma cláusula inserta em contrato de adesão, mas para valer apenas nesse contrato. Vd. António Pinto Monteiro, «Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (Coimbra: Coimbra Editora, 2001), 1103–32.

Entre nós ver os artigos 104º e 105º do CT. Como resulta do artigo 105º do CT o regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se aos aspetos essenciais do contrato de trabalho que não resultem de prévia negociação específica. Basta que se trate de cláusula não negociada, ainda que não se trate de cláusula geral, para ser aplicável o regime do D.L. nº 446/85, de 25 de outubro.

O artigo 5º do DL nº 446/85, de 25 de outubro, refere o dever de comunicação, com adequada antecedência, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas; referindo o artigo 6º que o contraente que recorra a tais cláusulas, deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspetos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique, prestando todos os esclarecimentos.

Do artigo 8º al. c) resulta que as cláusulas devem ser claras de modo a poderem ser percebidas por um declaratório normal colocado na posição do real declaratório. O artigo 16º por sua vez refere as exigências de boa fé. Tal como com a primeira escolha, o acordo na subordinação a uma lei diferente, em alteração, pode ocorrer de forma implícita ou tácita⁷⁵. Se o acordo no sentido de alterar a lei aplicável ocorrer já na pendência do processo, referem Guiliano e Lagarde, relatório, p. 18, que a questão dos limites ou modificação a essa escolha em tal condição é abrangida pelo direito processual nacional e é apenas de acordo com essa lei que tal questão terá que ser decidida.

A escolha da lei aplicável ao contrato ou parte dele é inteiramente livre, não tendo que ocorrer qualquer conexão com esse ordenamento jurídico, nem tendo as partes que justificar a sua opção⁷⁶.

2.2.4.3 Limitação à vontade das partes

É entendimento maioritário que as partes estão limitadas à escolha de um ordenamento estadual, não podendo escolher regras não estaduais⁷⁷. Este entendimento encontra no que respeita ao regulamento,

⁷⁵ Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p.18, referindo a submissão às mesmas regras.

⁷⁶ Luís de Lima Pinheiro, «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução», p. 591, onde refere que a exigência de um laço efetivo com o ordenamento escolhido “não corresponde às necessidades do comércio internacional”, aludindo a que o modelo evita as dificuldades de averiguação do “interesse sério e torna mais certa a determinação do direito aplicável”, com vantagem para a certeza e previsibilidade.

⁷⁷ Quanto à Convenção de Roma, Rui Manuel Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (Coimbra: Almedina, 1991), pp. 511 ss.

apoio nos trabalhos preparatórios. Na proposta do regulamento constava no artigo 3º um nº 2 do seguinte teor: “As partes podem igualmente escolher como lei aplicável os princípios e regras de direito material dos contratos, reconhecidos a nível internacional ou comunitário”, norma que veio a ser abandonada⁷⁸.

Limitações várias resultam ainda dos instrumentos em análise, quer em geral, quer para certos tipos de contratos, como o contrato de trabalho. A liberdade de escolha neste tipo de contrato sofre limitações, de forma algo sensível, em virtude da “vulnerabilidade” de um dos contraentes, o trabalhador, parte mais fraca na relação⁷⁹.

Tal vulnerabilidade tem implicações na liberdade contratual real do trabalhador e resulta como uma condição inerente ao modelo económico, que coloca nas mãos do proprietário dos meios de produção uma enorme vantagem negocial, com um poder de escolha muito maior que aquele de que o trabalhador dispõe. O trabalhador dispõe de um leque de possibilidades bem menor, variável ainda em função da sua qualificação, da mão de obra disponível no mercado, sabendo-se que o próprio modelo, fruto do desenvolvimento, engendra sempre algum excesso de mão de obra. A esta diversa capacidade negocial acresce o diferente poder quer económico quer cultural, resultando uma desigual capacidade de perseguir os interesses pessoais. A situação de necessidade do rendimento do trabalho para o sustento pessoal e familiar constitui importante elemento de fraqueza no trato negocial em causa. A acrescentar a esta desigualdade, neste tipo contratual o trabalhador disponibiliza a sua pessoa, a sua força de trabalho, prestando a sua prestação sob autoridade da empregadora. O empregador tentará maximizar as suas vantagens, retirando o máximo proveito do trabalhador pelo menor custo, numa lógica em que a força do trabalho é por si encarada como mercadoria, tentando rentabilizar ao máximo a prestação laboral. Esta vulnerabilidade justifica uma atenção especial e um regime especialmente protetor.

⁷⁸ Constava da proposta, COM (2005) 0650 final, exposição de motivos 4.2, em justificação, “A fim de reforçar ainda mais a autonomia da vontade, princípio fundamental da Convenção, o nº 2 autoriza as partes a escolherem como direito aplicável um direito não estatal. A formulação adotada destina-se a autorizar, nomeadamente, a escolha dos princípios UNIDROIT, dos Principles of European Contract Law ou de um eventual futuro instrumento comunitário opcional, proibindo, ao mesmo tempo, a escolha da *lex mercatoria*, insuficientemente precisa, ou de codificações privadas não suficientemente reconhecidas pela comunidade internacional. A exemplo do nº 2 do artigo 7.º da Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias, o texto indica como proceder quando certos aspetos do direito dos contratos não são expressamente resolvidos pelo direito não estatal escolhido.”

⁷⁹ Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p. 25, referem a necessidade de estabelecer uma proteção mais adequada à parte mais fraca da relação contratual. No considerando 23 do regulamento refere-se a necessidade, nos contratos celebrados com partes vulneráveis, de as proteger através de normas de conflitos de leis que sejam mais favoráveis aos seus interesses do que as normas gerais.

O artigo 3º do regulamento, também 3º na convenção, nos nºs e 3 e 4, estabelecem limitações em geral, contudo em matéria de contrato laboral não é necessário chamá-las à colação, dado o regime específico do artigo 8º do regulamento, 6º da convenção.

No nº 3 prescreve-se que caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo.

Ainda em termos gerais, o regulamento introduziu o nº 4, nos termos do qual, caso no momento da escolha pelas partes da lei aplicável, todos os outros elementos relevantes da situação se situem, num ou em vários Estados-Membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-Membro não prejudica a aplicação, se for caso disso, das disposições de direito comunitário não derogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro.

Os limites estabelecidos de forma geral visam evitar que as partes por via da escolha da lei aplicável, em muitas circunstâncias no tráfico internacional resultantes de cláusulas gerais predefinidas por uma das partes, sem efetiva pré negociação, se subtraíam às normas imperativas da lei com a qual o contrato está exclusivamente ligado. O nº 4 parece ter pretendido evitar a fuga a regras europeias, quando as conexões relevantes se situam todas no espaço da União, situação que, por se tratar de conexão com mais que um Estado, não cabia na previsão do nº 3. É que, situando-se todos os elementos relevantes num único Estado-Membro, o nº 3 bastaria, já que os Estados-Membros estão obrigados a aplicar o Direito da União, às situações em que este reclama aplicação.

No nº 3 ressalvam-se as normas não derogáveis por acordo do ordenamento jurídico com que o contrato apresenta conexão em todos os seus elementos relevantes. A convenção fala em “conexão exclusiva”, mas o sentido não deve ser diverso. Os elementos relevantes podem colher-se das próprias normas de conflitos⁸⁰, atendendo aos elementos que estas relevam para efeitos de conexões relevantes nas várias atribuições, tendo em conta a natureza do contrato em causa. O elemento de conexão que consiste na “escolha da lei aplicável pelas partes” não é considerado para este efeito. Seja, devem considerar-se “todos os elementos relevantes” não considerando para este efeito como elemento de conexão a escolha das partes de lei aplicável. Refira-se que tal ordenamento não tem que ser o de um Estado-Membro, como resulta do artigo 2º.

⁸⁰ Conclusões do advogado-geral M. Szpunar apresentadas em 2 de março de 2017, *Vinyls Italia*, processo C-54/16, ECLI:EU:C:2017:164, ponto 149.

Como já referimos no caso dos contratos de trabalho estas limitações são absorvidas pela limitação específica constante do n.º 1 do artigo 8.º. Não é aqui necessária aquela conexão exclusiva, valendo a conexão que definiria a lei aplicável na falta de escolha. A escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho, não pode ter como consequência privar o trabalhador da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que seria aplicável, na falta de escolha.

Estão abrangidas todas as disposições aplicáveis à relação laboral, desde que se trate de disposições imperativas, legais ou convencionais⁸¹, não apenas as normas atinentes ao contrato sua execução e vicissitudes, mas também as normas relativas a condições de saúde, higiene e segurança no trabalho⁸².

No que tange ao artigo 8.º, 1, 2.ª parte do regulamento e 6.º n.º 1 da convenção, e tendo em conta o número elevado de normas não derogáveis por acordo neste ramo do direito, tudo se passa como se a lei aplicável fosse a que resulta do regulamento, funcionando a lei escolhida pelas partes apenas para as matérias supletivas, relativamente às quais as partes podem escolher livremente o regime.

Outra limitação resulta das normas de aplicação imediata ou necessária a que se reporta o artigo 9.º do Regulamento, artigo 7.º da convenção⁸³.

Enquadram-se aqui as normas de aplicação imediata do país de destacamento, se não for essa a lei aplicável. Refere o considerando 34 do Regulamento Roma I que a “regra relativa aos contratos individuais de trabalho não deverá afetar a aplicação das normas de aplicação imediata do país de destacamento, prevista pela Diretiva 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”. A aplicação de tais regras não prejudica, contudo, a aplicação de condições mais favoráveis, designadamente as resultantes da lei escolhida ou da lei aplicável nos termos do regulamento, ou constantes do contrato. O considerando 17 da diretiva aponta neste sentido referindo que as regras imperativas de proteção mínima em vigor no país de acolhimento não devem impedir a aplicação de condições de trabalho e emprego mais favoráveis aos trabalhadores, o que o n.º 7 do artigo 3.º prescreve, referindo que o disposto nos n.ºs 1 a 6 não obsta à aplicação de condições de emprego e trabalho mais

⁸¹ Como as normas dos IRCT que na falta de escolha seriam aplicáveis quer diretamente, por filiação, quer por terem sido declaradas de aplicação geral, relativamente às matérias não derogáveis por acordo.

⁸² Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p. 25.

⁸³ De que falaremos infra em 5.3.

favoráveis aos trabalhadores⁸⁴. Esta comparação de regimes deve efetuar-se “por cada uma das matérias”, como tempos de trabalho, remunerações, férias, etc.⁸⁵.

Enquadram-se aqui ainda as normas de aplicação imediata do país do foro – n.º 2 do artigo 9.º do regulamento, n.º 2 do artigo 7.º da convenção. Entre nós o artigo 8.º do código do trabalho consagra, como veremos no capítulo 6.º, uma regra de salvaguarda relativamente aos trabalhadores destacados a partir do território nacional, quando a lei aplicável ao contrato não seja a lei nacional.

2.2.5 As regras supletivas de determinação da lei aplicável ao contrato – lex causae:

Os n.ºs 2 a 4 do artigo 8.º referem as regras alternativas, pelo critério da conexão, para determinar a lei aplicável ao contrato. (6.º da convenção⁸⁶). O regulamento tal como a convenção usa a técnica das presunções de conexão mais estreita⁸⁷; contudo, o julgador deve considerar aplicável a lei de outro país que não o que resultar da consideração de tais presunções (n.ºs 2 e 3), se resultar do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com esse outro país.

A regra é a de que o contrato é regulado pela lei do país em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato. No regulamento aditou-se a expressão, “ou, na sua falta, a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato”, indo de encontro à jurisprudência do Tribunal de Justiça. A norma do regulamento, sem novidade, esclarece na sua parte final, que não se considera que o país onde o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho mude quando o trabalhador estiver temporariamente empregado noutro país. Assim o destacamento de

⁸⁴ Entre nós o artigo 7.º n.º 1 do CT transpõe esta regra referindo que as condições a que o trabalhador destacado em Portugal tem direito não prejudica o regime mais favorável que resulta da lei, entenda-se da lei aplicável ao contrato, ou dos termos do próprio contrato.

⁸⁵ Ana Luísa Oliveira et al., «Mobilidade Transnacional de Trabalhadores e empresas: Guias Práticos», ed. ACT - Autoridade para as Condições do Trabalho, 2017, [https://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/crc/PublicacoesElectronicas/Relacoesdetrabalho/Documents/Guia_Pratico_-_Mobilidade_Transnacional_de_Trabalhadores_e_Empresas_Final.pdf](https://www.act.gov.pt/(pt-PT)/crc/PublicacoesElectronicas/Relacoesdetrabalho/Documents/Guia_Pratico_-_Mobilidade_Transnacional_de_Trabalhadores_e_Empresas_Final.pdf), p. 17.

⁸⁶ A norma foi concebida tendo em vista uma regulamentação mais adequada em matérias em que os interesses de um dos contratantes não se colocam ao mesmo nível que os do outro, e garantir deste modo uma proteção mais adequada à parte que deve ser considerada, de um ponto de vista socioeconómico, como a parte mais fraca na relação contratual, Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p. 25

⁸⁷ Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado - Volume II - Direito de Conflitos - Parte Especial*, p.365.

trabalhador, dada a sua natureza, não interfere por si com a lei do contrato, sem prejuízo da aplicabilidade das normas ditas de “aplicação imediata”, tais como as estabelecidas no país de acolhimento em cumprimento da Diretiva de Destacamento, e por esta assim consideradas.

No considerando 36 esclarece-se que “a prestação de trabalho noutra país deverá ser considerada temporária caso se pressuponha que o trabalhador retomará o seu trabalho no país de origem, após o cumprimento das suas tarefas no estrangeiro. A celebração de um novo contrato de trabalho com o empregador originário ou com um empregador pertencente ao mesmo grupo de empresas que o empregador originário não deverá impedir que se considere que o trabalhador presta temporariamente o seu trabalho noutra país.”

Caso não seja possível determinar qual o local em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho, o contrato é regulado pela lei onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador.

O processo normal será verificar do preenchimento da previsão do n.º 2, e só se não se conseguir determinar por via dela a lei aplicável, recorrer-se à previsão do n.º 3.

Contudo, estes critérios cedem, deixando de se aplicar se resultar do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com um país diferente do que resulta da aplicação daqueles critérios, sendo em tal caso aplicável a lei desse país. É o que resulta do n.º 3 do artigo 8.º do regulamento, parte final do n.º 2 do artigo 6.º da convenção.

A escolha da lei aplicável, em aplicação deste normativo, n.º 4 do artigo 8.º do regulamento ou seu correspondente na convenção, não deve ter por oriente a escolha da lei mais favorável ao trabalhador, mas sim aquela que apresenta conexão mais estreita com o contrato. Neste sentido o Tribunal de Justiça no processo Anton⁸⁸, considerando n.º 34.

A determinação em função de uma conexão mais estreita deve ser cuidadosa, desde logo porque as normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º do regulamento satisfazem as exigências de previsibilidade e segurança que se persegue, considerando 36 do mesmo acórdão. A conexão mais estreita deve resultar patente e manifesta de tal forma que a aplicação da lei desse Estado não fira aqueles objetivos perseguidos pela convenção e pelo regulamento e que têm servido de fundamento às aproximações efetuadas pelo Tribunal de Justiça.

⁸⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de setembro de 2013, Anton Schlecker, processo C-64/12 ECLI:EU:C:2013:551.

O julgador deve ter em consideração os elementos que “caracterizam a relação de trabalho e apreciar qual ou quais, no seu entender, são os mais significativos”, não relevando o simples facto da quantidade de elementos de conexão com outro país - considerando 40 do mesmo acórdão.

No considerando 41 refere-se que deve atender-se como elementos significativos designadamente aos seguintes:

- O país onde o assalariado paga os impostos e taxas relativos aos rendimentos da sua atividade;
- O país onde está inscrito na segurança social e nos vários regimes de reforma, de seguro de doença e de invalidez;
- As demais circunstâncias do processo, tais como, nomeadamente, os parâmetros relativos à fixação do salário ou das restantes condições de trabalho.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça decidiu que apesar de o trabalho ser prestado de forma habitual duradoura e ininterrupta, no mesmo país, no caso durante anos, não implica que não possa considerar-se aplicável a lei de outro Estado, que tenha conexão mais estreita com o contrato – Vd. referido acórdão Anton com a seguinte decisão:

O artigo 6.º, n.º 2, da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta a assinatura em Roma, em 19 de junho de 1980, deve ser interpretado no sentido de que, mesmo no caso de um trabalhador prestar o seu trabalho, em cumprimento do contrato de trabalho, habitualmente e de forma duradoura e ininterrupta no mesmo país, o juiz nacional pode, em aplicação do último parágrafo desta disposição, afastar a lei do país onde habitualmente é prestado o trabalho, quando resulte de todas as circunstâncias que há uma conexão mais estreita entre o referido contrato e outro país.

O considerando 20 do regulamento, embora a propósito do artigo 4º, refere quanto à determinação desta conexão que, “se o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 4.º, uma cláusula de salvaguarda deverá estabelecer que é aplicável a lei desse outro país. **Para determinar qual é esse país, deverá ser tido em conta, nomeadamente, se o contrato em questão está estreitamente ligado a outro contrato ou a uma série de contratos**”, o que poderá revestir interesse em certos casos envolvendo cedência de trabalhador, nas suas várias formas legais ou factuais - realçado nosso.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se por várias vezes sobre a questão da determinação da lei aplicável, no que se refere à relação entre as als. a) e b) do n.º 2 do artigo 6.º da convenção, correspondentes aos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º do regulamento.

Refere o tribunal que na determinação da lei aplicável deve em primeiro lugar abordar-se o critério do lugar de prestação habitual do trabalho do n.º 2, referindo este critério como prioritário e o critério do n.º 3, relativo ao país onde se situa o estabelecimento, como critério subsidiário, apenas devendo relevar nos casos em que não é possível determinar o lugar onde o trabalhador presta habitualmente o trabalho – Acs. Heiko Koelzsch, n.º 43, Voogsgeerd, n.ºs 32, 35 e 39 e Anton n.º 32. Assim, a integração no primeiro dos critérios impede que se considere o segundo.

Segundo o Tribunal de Justiça, “o critério do país em que o trabalhador «presta habitualmente o seu trabalho», consagrado no n.º 2, alínea a), do artigo 6.º desta convenção, deve ser interpretado de forma lata”. No acórdão Anton Schlecker, relativo à Convenção de Roma, o Tribunal de Justiça, ao analisar a relação entre as regras que figuram no artigo 6.º, n.º 2, alíneas a) e b), da Convenção de Roma, declarou que o critério do país onde o trabalhador «presta habitualmente o seu trabalho», deve ser interpretado de forma lata, ao passo que o critério da sede do «estabelecimento que contratou o trabalhador», previsto no n.º 2, alínea b), do mesmo artigo, só devia ser aplicado quando o juiz do foro não estivesse em condições de determinar o país da prestação habitual do trabalho. Vejam-se ainda os considerandos 35 do acórdão Voogsgeerd e 43 do acórdão Heiko Koelzsch.

Já quanto ao critério relativo ao país onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador o Tribunal de Justiça refere que deve ser interpretado de forma estrita.

Quanto ao conceito de prestação habitual de trabalho, o Tribunal de Justiça, com base nas questões que lhe foram sendo colocadas, relativas a relações laborais com trabalho plurilocalizado, habitualmente exercido em vários locais e países, desenvolveu um conceito no sentido de que a circunstância de o trabalhador exercer funções em mais que um país não afasta por si a consideração da al. a) do n.º 2 do artigo 6.º da convenção, correspondente ao 8.º, n.º 2 do regulamento, desde que possa determinar-se com qual deles o trabalho apresenta uma conexão significativa⁸⁹.

⁸⁹ Acórdão Heiko Koelzsch, considerando 44.

O Tribunal defendeu o mesmo critério que desenvolveu relativamente ao artigo 5º ponto 1 da Convenção de Bruxelas de 68 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução e Decisões em matéria civil e comercial⁹⁰, designadamente nos acórdãos Mulox IBC⁹¹, Rutten⁹², Weber⁹³.

o critério do país da prestação habitual do trabalho deve ser entendido no sentido de que faz referência ao lugar no qual ou a partir do qual o trabalhador exerce efetivamente as suas atividades profissionais e, na falta de centro de negócios, ao lugar onde este exerce a maior parte das suas atividades⁹⁴. A letra do dispositivo 8º do regulamento acolhe e conjuga-se com este entendimento, ao aditar a expressão, tendo em conta o que constava da convenção, “ou, na sua falta, a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato.”

O Tribunal de Justiça tem referenciado que deve considerar-se a natureza do trabalho, os elementos que caracterizam essa atividade, local e suas especificidades, e demais circunstâncias de cada caso.

Como indícios a que o julgador deve recorrer o Tribunal de Justiça tem concretizado alguns, em função das concretas questões laborais que subjazem aos reenvios que lhe têm sido endereçados.

⁹⁰ A interpretação dos vários instrumentos deve ser coerente, acórdão Heiko Koelzsch, considerando 33 e acórdão ICF, considerandos 22 e 23. Neste sentido ainda o considerando 7 do regulamento; “o âmbito de aplicação material e as disposições do presente regulamento deverão ser coerentes com o Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I)”. A importância dessa coerência é referida no livro verde, Comissão das Comunidades Europeias, COM(2002) 654 Final, pp. 16 e 17.

⁹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 1993, Mulox IBC, processo C-125/92, ECLI:EU:C:1993:306, considerando 24, no sentido de que exercendo trabalho em vários países, deve considerar-se o país onde ou a partir do qual o trabalhador cumpre principalmente as suas obrigações para com a sua entidade patronal. Refere o Tribunal de Justiça no considerando 25 que deve ter-se em consideração a circunstância de “o cumprimento da missão confiada ao assalariado ter sido assegurado a partir de um escritório situado num Estado contratante, onde o trabalhador havia fixado residência, a partir do qual exercia as suas atividades e aonde regressava após cada deslocação profissional. Além disso, o órgão jurisdicional nacional poderia tomar em consideração o facto de que, no momento da ocorrência do litígio nele pendente, o assalariado efetuava o seu trabalho exclusivamente no território desse Estado contratante. Na ausência de outros fatores determinantes, deve presumir-se que este local constitui, para efeitos da aplicação do artigo 5º, ponto 1, da convenção, o lugar de cumprimento da obrigação que fundamenta um pedido baseado num contrato de trabalho.”

⁹² Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de janeiro de 1997, Rutten, processo C-383/95, ECLI:EU:C:1997:7, no sentido de que exercendo o trabalhador funções em vários países, importa determinar o lugar com o qual apresenta um nexo de conexão mais significativo, considerando 22, referindo o lugar em que o trabalhador fixou o centro efetivo das suas atividades profissionais e/ou a partir do qual cumpre na realidade o essencial das suas obrigações para com a entidade patronal, considerando 23.

⁹³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de fevereiro de 2002, Herbert Weber, processo C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122, relativo a trabalho efetuado parcialmente efetuado numa instalação colocada sobre a plataforma continental adjacente a um Estado contratante e parcialmente no território de outro Estado contratante, inexistindo um centro efetivo das atividades profissionais. O Tribunal de Justiça refere em tal situação, “o lugar em que o trabalhador cumpriu a maior parte do seu tempo de trabalho por conta da entidade patronal.” Considerandos 45 a 50.

⁹⁴ Acórdão Koelzsch, já referido, nº 45 e acórdão Voogsgeerd, nº 37.

Relativo ao setor marítimo o tribunal pronunciou-se no acórdão Voogsgeerd, alusivo a trabalhador contratado na sede de uma empresa estabelecida num Estado-Membro, a Bélgica, com empresa sediada no Luxemburgo, empresas com ligação entre si, tendo sido acordado como *lex contractus* a lei Luxemburguesa. O trabalhador exercia funções a bordo de navio da empresa luxemburguesa que operava no mar do Norte. O trabalhador pretendia a aplicação de determinada norma imperativa de direito Belga, sustentando designadamente que se deslocava para Antuérpia para assistir ao carregamento dos navios e aí recebia instruções transmitidas através da empresa aí sediada.

O Tribunal de Justiça refere a natureza do trabalho marítimo e alude aos seguintes indicadores a ponderar:

- Estado em que se situa o lugar a partir do qual o trabalhador efetua as suas missões de transporte e recebe instruções sobre as mesmas e organiza o seu trabalho.
- Lugar em que se encontram as ferramentas de trabalho - considerando 38.

Nos considerando 39 e 44 refere que, “se resultar destas observações que o lugar a partir do qual o trabalhador efetua as suas missões de transporte e recebe igualmente instruções sobre as mesmas é sempre o mesmo, deve considerar-se que esse lugar é aquele em que presta habitualmente o seu trabalho, na aceção do artigo 6.º, n.º 2, alínea a).”

Quanto ao setor dos transportes internacionais, o tribunal pronunciou-se no acórdão Heiko Koelzsch, relativo a trabalhador contratado como motorista de transportes internacionais, por empresa sediada no Luxemburgo, com escolha da lei Luxemburguesa. A empresa era filial de uma sociedade dinamarquesa. A empresa dedica-se ao transporte de flores e outras plantas, a partir da Dinamarca e com destino essencialmente para a Alemanha, em camiões estacionados neste país. Neste país, a empresa que contratou o trabalhador não dispõe de sede social nem escritórios. Os camiões estão registados no Luxemburgo e os motoristas inscritos na segurança social luxemburguesa.

O tribunal refere os mesmos elementos aludidos no acórdão Voogsgeerd, considerando 49, aludindo ainda aos locais “onde o transporte é habitualmente efetuado, os locais de descarga da mercadoria bem como o lugar aonde o trabalhador regressa após as suas missões”, concluindo que, “na hipótese em que o trabalhador exerce as suas atividades em mais de um Estado contratante, o país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, na aceção desta

disposição, é aquele onde ou a partir do qual, tendo em conta todos os elementos que caracterizam a referida atividade, o trabalhador cumpre o essencial das suas obrigações para com o seu empregador.”

Relativamente a trabalho efetuado em diversos países, uma referência ao acórdão Rutten, atrás aludido, relativo à Convenção de Bruxelas, mas aqui aplicável, onde se refere como local atendível, relativamente a trabalhador que executa serviço em vários Estados, o Estado em que o trabalhador fixou o centro efetivo das suas atividades profissionais, adiantando que, para a “determinação concreta desse lugar, importa ter em linha de conta a circunstância de o trabalhador efetuar a maior parte da sua prestação laboral num dos Estados contratantes onde tem escritório a partir do qual organiza as suas atividades por conta da sua entidade patronal e a que volta após cada viagem ao estrangeiro por razões profissionais” - considerando 23 e 27. Na mesma linha o acórdão Weber, referindo que na falta de escritório que constitua esse centro de interesses, deve-se atender ao lugar em que o trabalhador cumpriu a maior parte das suas funções.

Segundo Luís Pinheiro⁹⁵, a exposição de motivos da proposta da comissão, “já permite afirmar que o critério do lugar a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho abrange o pessoal que trabalha a bordo de aeronaves, « se existir uma base fixa a partir da qual o trabalho é organizado e em que o pessoal exerça outras obrigações face ao empregador (registo, controlo de segurança)»”.

Por fim uma referência ao acórdão Pugliese⁹⁶ pela originalidade da situação em causa.

O acórdão trata de uma situação em que o local de prestação do trabalho era apenas um, mas diferente do local constante do contrato celebrado com a demandada, tratando-se do local de trabalho determinado num outro contrato de trabalho celebrado com outra entidade. O Tribunal de Justiça referiu que a questão de saber se o local onde o trabalhador cumpre as suas obrigações em relação a uma entidade patronal pode ser considerado o local em que exerce habitualmente o seu trabalho, para efeitos da aplicação do artigo 5.º, ponto 1 da convenção, num litígio relativo a outro contrato de trabalho, depende da medida em que os dois contratos estejam ligados, referindo um eventual interesse da primeira (demandada) na execução do segundo contrato. No considerando 24 alude-se a uma apreciação global tomando em

⁹⁵ Luís de Lima Pinheiro, «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução», p. 623; e mesmo autor em *Direito Internacional Privado - Volume II - Direito de Conflitos - Parte Especial*, p. 366 em nota.

⁹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de abril de 2003, Pugliese, processo C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219.

consideração a totalidade das circunstâncias do caso concreto. Podem, designadamente, constar entre os fatores a atender:

- O facto de a celebração do segundo contrato ter sido prevista quando da celebração do primeiro;
- O facto de o primeiro contrato ter sido alterado tendo em conta a celebração do segundo contrato;
- O facto de existir uma relação orgânica ou económica entre as duas entidades patronais;
- O facto de existir um acordo entre as duas entidades patronais prevendo um quadro de coexistência de ambos os contratos;
- O facto de a primeira entidade patronal manter um poder de direção sobre o trabalhador;
- O facto de a primeira entidade patronal poder decidir quanto à duração da atividade do trabalhador junto da segunda entidade patronal.

O Tribunal de Justiça nas suas abordagens invoca como fundamentos, a preocupação de assegurar uma proteção adequada ao trabalhador enquanto parte contratual mais fraca perseguida pelos instrumentos – Convenção Bruxelas e Convenção de Roma de 68 e regulamentos que as substituíram -, referindo que deve ser garantida a aplicação da lei do Estado onde o trabalhador exerce as suas atividades profissionais, onde “exerce a sua função económica e social”, por ser nesse que o ambiente profissional e político influencia a atividade de trabalho.

Em apoio deste entendimento o 23º considerando do regulamento vem referir que “no caso dos contratos celebrados com partes consideradas vulneráveis, é oportuno protegê-las através de normas de conflitos de leis que sejam mais favoráveis aos seus interesses do que as normas gerais.” O Tribunal de Justiça tem referenciado que a interpretação desta disposições devem inspirar-se “nos princípios do *favor laboratoris*”⁹⁷.

Quanto ao conceito de estabelecimento para efeitos do nº 3 do artigo 8º do regulamento, correspondente à b) do nº 2 do artigo 6º, no acórdão Voogsgeerd, perguntado sobre o conceito de «estabelecimento que contratou o trabalhador», devia ser interpretado num sentido estrito como o estabelecimento que celebrou o contrato de trabalho, ou ao invés pode ser interpretado no sentido de estabelecimento da empresa à qual o trabalhador está vinculado para efeitos da prestação efetiva do seu trabalho; o tribunal

⁹⁷ Como exemplo o considerando 46 do acórdão Heiko Koelzsch.

respondeu que o conceito corresponde ao “estabelecimento que procedeu à contratação do trabalhador e não àquele ao qual ele está vinculado para efeitos da prestação efetiva” - considerando 52 -, “ referindo que a utilização do termo «contratou» no artigo 6.º, nº 2, alínea b), da Convenção de Roma visa manifestamente apenas a celebração deste contrato ou, no caso de uma relação laboral de facto, o nascimento da relação laboral e não as modalidades de prestação efetiva do trabalhador”⁹⁸. O Tribunal continuou, no considerando 47, referindo que só um critério estrito relativamente a este elemento de conexão, por ser residual, garante a previsibilidade quanto à lei aplicável.

Contudo como o tribunal esclarece no considerando 54 do mesmo acórdão, o conceito de “estabelecimento” não tem que preencher requisitos formais, tais como ter personalidade jurídica, podendo tratar-se de uma realidade de facto. O termo abarca a estrutura estável de uma empresa, uma unidade económica, desde que dotada de estabilidade e que faça parte integrante da estrutura da “empresa” que contratou o trabalhador⁹⁹.

2.2.6 Âmbito da lex causae

No Regulamento o artigo 12º refere:

1. A lei aplicável ao contrato por força do presente regulamento regula nomeadamente:
 - a) A interpretação;
 - b) O cumprimento das obrigações dele decorrentes;
 - c) Nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respetiva lei de processo, as consequências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações, incluindo a avaliação do dano, na medida em que esta avaliação seja regulada pela lei;

⁹⁸ Considerando nº 46.

⁹⁹ uma presença puramente passageira num Estado de um agente de uma empresa proveniente de um outro Estado para fins da contratação de trabalhadores não poderia ser considerada um estabelecimento que liga o contrato a esse Estado – acórdão Voogsgeerd, considerando 55 -. Admite o Tribunal de Justiça neste acórdão, considerando 56, que uma “representação permanente” possa constituir “estabelecimento” na aceção desta norma.

d) As diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade;

e) As consequências da invalidade do contrato.

2. Quanto aos modos de cumprimento e às medidas que o credor deve tomar no caso de cumprimento defeituoso, deve atender-se à lei do país onde é cumprida a obrigação.

A norma não introduz alterações em relação à Convenção no seu artigo 10º.

Importa referir que a norma não pretende esgotar as matérias que são reguladas pela lei aplicável, como resulta do termo “nomeadamente”.

3. Análise da Diretiva 96/71/CE alterada pela Diretiva (UE) 2018/957

O trabalho transnacional e, no concreto caso, o destacamento de trabalhadores, levanta questões relacionadas com a lei aplicável ao contrato e à relação de trabalho. Como refere a Diretiva 96/71/CE, no considerando 6, “a transnacionalização da relação de trabalho levanta problemas quanto à legislação que lhe é aplicável e que convém, no interesse das partes, prever as condições de trabalho aplicáveis à relação de trabalho em causa”.

Quer o regulamento, quer a convenção, preveem a possibilidade de em concomitância com as normas aplicáveis ao contrato, serem aplicadas, em determinadas matérias, normas de natureza imperativa da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita, o que o Tribunal de Justiça ainda antes da diretiva reconheceu, introduzindo-lhes balizas, como decorrência dos objetivos e obrigações decorrentes dos Tratados. A Diretiva destacamento constitui um instrumento de harmonização quanto às matérias a considerar ao abrigo de tal possibilidade. O considerando 10 da diretiva refere expressamente o artigo 7º da convenção e o considerando 34 do regulamento alude às matérias previstas na diretiva, como sendo relativas a normas de aplicação imediata¹⁰⁰.

A diretiva volve-se então, designadamente o seu artigo 3º, numa norma especial de conflito¹⁰¹, seja diretamente, seja por via da respetiva transposição, com fundamento na norma do artigo 9º do regulamento, artigo 7º quanto à convenção¹⁰².

¹⁰⁰ Refere o considerando, “a regra relativa aos contratos individuais de trabalho não deverá afetar a aplicação das normas de aplicação imediata do país de destacamento, prevista pela Diretiva 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”.

¹⁰¹ Neste sentido os pontos 50, 51 e 56 das Conclusões do advogado-geral Wahl apresentadas em 18 de setembro de 2014 no processo C-396/13, ECLI:EU:C:2014:2236. No ponto 56 refere Wahl que “os créditos salariais em causa no processo principal estão abrangidos pela norma especial de conflito prevista no artigo 3º nº 1, da Diretiva 96/71, o que é confirmado pelo facto de esta disposição fazer referência à lei do Estado Membro para o qual os trabalhadores são destacados...”. No mesmo sentido, conclusões da advogada-geral Trstenjak apresentadas em 13 de setembro de 2007, comissão/Luxemburgo, processo C-319/06, ECLI:EU:C:2007:516, na nota 8, onde refere, aludindo ao artigo 6º, 2, a) da convenção, que “esta disposição é modificada pela Diretiva 96/71, no sentido de que para as condições de trabalho e emprego nela enunciadas se aplica a lei do local em que o trabalho é efetivamente prestado, a menos que a lei substantiva aplicável ao contrato de trabalho, nos termos do artigo 6.o da Convenção de Roma, preveja condições mais favoráveis”. Refere que a diretiva é concretização do artigo 7º da ^{mesma} convenção.

¹⁰² Questão que abordaremos em 5.1.

Resulta do artigo 23º do regulamento, 20º na convenção, que a normação de tais instrumentos não prejudica a aplicação das disposições do direito da União, em matérias específicas, regulem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais. O artigo 20º da convenção, que não fazia parte do direito da União, com a epígrafe “Primado do Direito Comunitário”, prescrevia:

A presente convenção não prejudica a aplicação das disposições que, em matérias especiais, regulam os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais e que são ou venham a ser estabelecidas em atos das instituições das Comunidades Europeias ou nas legislações nacionais harmonizadas em execução desses atos.

Já o Regulamento refere no artigo 23º:

Relação com outras disposições do direito comunitário

À exceção do artigo 7º, o presente regulamento não prejudica a aplicação das disposições do direito comunitário que, em matérias específicas, regulem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais.

As normas dos países de acolhimento que estejam a coberto da diretiva, são assim aplicáveis aos contratos dos trabalhadores destacados, sem prejuízo da aplicação da lei que resultar aplicável nos termos do regulamento ou convenção quanto às demais matérias, e sem prejuízo de outras normas de aplicação obrigatória poderem ser igualmente aplicadas.

A diretiva não uniformiza nem harmoniza conteúdos materiais, os quais naturalmente variam de Estado para Estado, tratando-se antes de uma “uniformização de matérias” relativas ao contrato de trabalho, que os Estados devem garantir aos trabalhadores destacados no seu território – artigo 3º da diretiva -. O elenco de matérias referenciadas, na interpretação do Tribunal de Justiça, é taxativo.

Como vimos, constituiu preocupação assumida da União “garantir condições equitativas para as empresas e assegurar o respeito pelos direitos dos trabalhadores “. Para o efeito estabelecesse, como refere o considerando 14 da diretiva, um «núcleo duro» de regras de proteção claramente definidas que o prestador de serviços deve observar, independentemente da duração do destacamento do trabalhador.

Fixam-se algumas exceções, conforme resulta do considerando 15º, que refere que; “em certos casos delimitados de trabalhos de montagem e/ou instalação de um bem, convém prever a não aplicação das disposições relativas ao salário mínimo e à duração mínima das férias anuais remuneradas”. Refere-se

ainda no considerando 16 a possibilidade de derrogação, em certas condições, quando a duração do destacamento não exceda um mês e em caso de reduzido volume dos trabalhos a efetuar.

3.1. O nº 1 do artigo 3º da diretiva como grau máximo de proteção.

A diretiva não harmoniza as disposições matérias aplicáveis ao contrato de trabalho, mas apenas harmoniza as matérias relativamente às quais os Estados-Membros podem fazer aplicar as suas normas ao trabalho desenvolvido no seu território, no âmbito de prestações de serviços transnacionais. De outra parte consagra uma exceção ao regime do regulamento (da convenção quanto às relações com a Dinamarca), regulando a lei aplicável ao contrato de trabalho, quanto a essas matérias¹⁰³. A Proposta de Diretiva, COM(91) 230 final¹⁰⁴, na nota 24 refere, “ o artigo 3º, que constitui a disposição fundamental da presente proposta, não pretende harmonizar as disposições materiais dos Estados-Membros relativamente à legislação laboral e às condições de trabalho, mas sim coordenar as suas normas de conflito de leis a fim de determinar as disposições imperativas em vigor no país de acolhimento que deverão ser observadas pelas empresas que destaquem trabalhadores para executar trabalho a título temporário nesse país. Neste sentido a presente proposta não é um instrumento de direito do trabalho, mas sim uma proposta atinente ao direito internacional privado do trabalho intimamente relacionada com a livre prestação de serviços”.

O Tribunal de Justiça, confrontado com a interpretação da diretiva, veio a consagrar o entendimento de que a mesma consagra níveis de proteção máximo, não podendo os Estados-Membros exigir às empresas destacadoras o cumprimento de normas e garantias não enquadráveis na previsão da diretiva¹⁰⁵,

¹⁰³ Refere-se nos considerandos, “a presente proposta de diretiva pretende esclarecer esse ponto ao especificar o conjunto de regras abrangidas pelo artigo 7º da convenção, ou seja, a «regulamentação da ordem pública» que constituem o núcleo da proteção mínima garantida ao trabalhador destacado”.

¹⁰⁴ Comissão das Comunidades Europeias, «Proposta de Diretiva do Conselho relativa ao destacamento de Trabalhadores no âmbito de prestação de Serviços: Com(91) 230 Final» (1991), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0230&from=PT>.

¹⁰⁵ Na proposta de diretiva, no seu ponto 17, alude-se a que a proposta pretendia esclarecer o que sejam as disposições diretamente aplicáveis referidas no artigo 7º da Convenção de Roma, referindo que “pretende esclarecer esse ponto ao especificar o conjunto de regras abrangidas pelo artigo 7º da convenção, ou seja, a «regulamentação da ordem pública» que “constituem o núcleo da proteção mínima garantida ao trabalhador destacado”, e continua no ponto 18, referindo o objetivo de clarificar o artigo 7º da convenção e estabelecer um núcleo de disposições imperativas estabelecidas por lei ou convenção coletiva *erga omnes* - COM(91) 230 Final.

relativamente às matérias por esta tratadas, e é, relativamente a condições de trabalho e de emprego previstas no artigo 3º, 1, e não outras¹⁰⁶. Quanto a tais matérias, expressamente previstas na diretiva, os Estados podem e devem¹⁰⁷, impor as suas normas imperativas.

Em termos práticos o comando do nº 10 primeiro parágrafo e nº 7 do artigo 3º, não obstante os seus dizeres¹⁰⁸, ficam reduzido às matérias não abrangidas no nº 1 do mesmo normativo, ou seja às normas de “aplicação imediata” relativas a matérias não relacionadas com o contrato de trabalho, com as condições do trabalho, ficando relegado para normas como por exemplo as relativas a obrigações acessórias tendo em vista a fiscalização. Ainda assim tais normas, por entender o tribunal constituírem derrogação à liberdade de prestação de serviços, estão sujeitas a determinados requisitos, que o próprio Tribunal de Justiça foi consolidando¹⁰⁹. O nº 7 do artigo 3º, bem como o nº 10 do mesmo artigo, são por alguns interpretado no sentido de permitir aos Estados ir além das matérias referidas no nº 1 do artigo, que constituiriam regras internas mínimas, cujo respeito seria imposto pela diretiva, sem prejuízo da consagração pelos Estados de outras regras, designadamente as consideradas segundo o direito internacional como regras de “aplicação imediata”. O Advogado-geral Yves Bot defendeu nas conclusões apresentadas no processo C-346/06¹¹⁰:

“Por outro lado, e é este o aspeto relevante para o presente processo, o artigo 3º, nº 7, da Diretiva 96/71 permite igualmente, no nosso entender, aos Estados-Membros do lugar onde a prestação é executada melhorar, quanto às matérias visadas no artigo 3º, nº 1, desta diretiva, o nível de proteção social que pretendam garantir aos trabalhadores ocupados no seu território, o que poderão então aplicar aos trabalhadores destacados no mesmo. Esta disposição autoriza, pois, em princípio, a aplicação de uma proteção nacional reforçada.”

¹⁰⁶ Gothardo Backx Van Buggenhout, «Destacamento de Trabalhadores na União Europeia», p. 59, dá nota das dificuldades em solucionar os conflitos em matéria de destacamento entre Estados, referenciando as diversas tensões, p. 57 ss.

¹⁰⁷ Relativamente a algumas situações a diretiva concede faculdade aos Estados-Membros de regularem ou não. Assim artigos 3º, nº 3, 4, 5, 9.

¹⁰⁸ Refere o nº 10 “A presente diretiva não obsta a que, no respeito pelo Tratado, os Estados-Membros imponham às empresas nacionais e de outros Estados, de forma igual: - Condições de trabalho e emprego relativas a matérias que não as referidas no nº 1, na medida em que se trate de disposições de ordem pública, (...). O nº 7 refere que “o disposto nos nºs 1 a 6 não obsta à aplicação de condições de emprego e trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.”

¹⁰⁹ Como adiante veremos em 5.2.1.

¹¹⁰ Conclusões apresentadas em 20 de setembro de 2007, processo C-346/06, ECLI:EU:C:2007:541.

Em nota refere a opinião de Nicolas Moizard¹¹¹. Apóia ainda o seu entendimento no considerando 34º da Diretiva 2004/18, do qual consta:

“Em situações transfronteiras, em que os trabalhadores de um Estado-Membro prestam serviços noutro Estado-Membro para a realização de um contrato público, a Diretiva 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, *enuncia as condições mínimas que devem ser respeitadas no país de acolhimento relativamente aos trabalhadores destacados. Se a legislação nacional contiver disposições nesse sentido, o incumprimento dessas obrigações poderá ser considerado como falta grave ou como uma infração que afeta a moralidade profissional do operador económico em questão, passível de acarretar a exclusão desse operador do processo de adjudicação de um contrato público. (Itálico nosso).*”

No acórdão Ruffert¹¹², processo a que respeitam as conclusões referidas, o Tribunal de Justiça, não seguiu este entendimento.

Considerou-se no acórdão que a diretiva destacamento interpretada à luz do artigo 49º CE se opõe a que um Estado-Membro ou autoridade deste, legisle no sentido de obrigar as entidades adjudicantes a “só adjudicar contratos de empreitada de obras públicas a empresas que, no momento da apresentação das propostas, se obriguem por escrito a pagar aos seus trabalhadores, em contrapartida da execução das prestações em causa, pelo menos, a remuneração prevista na convenção coletiva aplicável no lugar de execução destas.”

O acórdão, refere que uma disposição legislativa como a que estava em causa¹¹³, “na medida em que ela própria não fixou uma remuneração salarial mínima”, não pode ser considerada uma disposição legislativa, na aceção diretiva (considerando 24), e constatando que a convenção coletiva cuja aplicação estava em causa, sendo, suscetível de ser declarada de aplicação geral, não o fora nos termos do procedimento existente para o efeito no Estado em causa, concluiu que tal norma não era conforme ao

¹¹¹ Nicolas. Moizard, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée: L'exemple du droit du travail français* (Aix en Provence: Presses universitaires d'Aix Marseille, 2000).

¹¹² Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de abril de 2008, Ruffert, processo C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189.

¹¹³ Tratava-se de uma Lei relativa à adjudicação de contratos públicos, do Land da Baixa Saxónia (Niedersächsische Landesvergabegesetz), contendo regras sobre a adjudicação de contratos públicos com valor mínimo de 10 000 euros, que impunha que as entidades adjudicantes só podiam adjudicar contratos de obras públicas e no âmbito do transporte público local de passageiros a empresas que pagassem os salários fixados em convenções coletivas aplicáveis no lugar da execução da prestação.

direito da União.

Expressamente e quanto à previsão do nº7 do artigo 3º da diretiva, refere no considerando 32 que, “esta remuneração salarial não poderia ser considerada uma condição de emprego e trabalho mais favorável aos trabalhadores, na aceção do artigo 3º, nº 7, da Diretiva 96/71”, adiantando no considerando 33:

“Mais concretamente, a referida disposição não pode ser interpretada no sentido de que permite ao Estado-Membro de acolhimento fazer depender a realização de uma prestação de serviços no seu território do respeito de condições de trabalho e de emprego que vão além das regras imperativas de proteção mínima. Com efeito, quanto às matérias referidas no seu artigo 3º, nº 1, primeiro parágrafo, alíneas a) a g), a Diretiva 96/71 prevê expressamente o grau de proteção cujo respeito o Estado-Membro de acolhimento tem o direito de exigir às empresas estabelecidas noutros Estados-Membros a favor dos seus trabalhadores destacados para o seu território. Além disso, tal interpretação equivaleria a privar de efeito útil a referida diretiva (acórdão Laval un Partneri, já referido, nº 80).”

O entendimento do tribunal foi objeto de críticas, entre outros, Dockès¹¹⁴, Fausto Vecchio¹¹⁵, que criticam designadamente as orientações seguidas nos acórdãos Laval , Viking , Ruffert e Luxemburgo . Referem no essencial que o Tribunal de Justiça contorna a diretiva, ou esquece a norma do nº 7 do artigo 3º, referindo Dockès ser a diretiva suficientemente protetora, permitindo aos Estados que façam beneficiar os trabalhadores aí destacados das suas disposições de ordem pública.

A interpretação do Tribunal de Justiça, vista à luz do tratado e objetivos então tidos em vista, realização do um mercado interno, abolição dos obstáculos à livre circulação de serviços; bem como à luz dos específicos objetivos da diretiva, garantir uma concorrência leal e o respeito pelos direitos dos trabalhadores, mostra-se ajustada, no que concerne à consideração das matérias elencadas no artigo 3º nº 1 como taxativas. Isto, sem prejuízo da validade das críticas relativamente às orientações dos acórdãos, no que se refere a outros aspetos, como as restrições à ação coletiva dos trabalhadores e aos

¹¹⁴ Emmanuel Dockès, «L'Europe antisociale», *Revue de Droit du Travail* 3 (2009): 145–50, <https://www.dalloz.fr/lien?famille=revues&doctype=REVTRAV%2FCHRON%2F2009%2F0045>.

¹¹⁵ Fausto Vecchio, «Dopo Viking, Laval e Ruffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?», em *Per costruire l'unità. Studi sull'Italia e l'integrazione europea di fronte alla nuova governance mondiale in occasione del 150 anniversario dell'unità di Italia*, ed. Filadelfio Basile e Manuela Pilato (Bari: Cacucci Editore, 2010), 399–414, https://www.academia.edu/3873556/Dopo_Viking_Lavall_e_Ruffert_verso_una_nuova_composizione_tra_libertà_economiche_europee_e_diritti_sociali_fondamentali.

poderes dos Estados-Membros na forma como concretizam as obrigações decorrentes da diretiva.

O considerando 13 da diretiva aponta no sentido da taxatividade, referindo que “as legislações dos Estados-Membros devem ser coordenadas de modo a prever um núcleo de regras imperativas relativas à proteção mínima a observar no país de acolhimento pelas entidades patronais que destaquem trabalhadores para trabalharem temporariamente no território do Estado-Membro onde os serviços são prestados; que essa coordenação só pode ser assegurada pelo direito comunitário”.

Não se tratando de um conjunto de matérias taxativo, não poderia com propriedade falar-se em “coordenação”, nem teria muito sentido aludir-se a que a mesma só pode ser assegurada pelo direito da União, pois tal implicaria uma proliferação descoordenada de normas de aplicação imediata, criadas a gosto de cada Estado-Membro. saliente-se ainda que estamos face a um ramo do direito em que a atribuição de natureza imperativa às suas normas é comum, abrangendo grande parte delas. O que se pretendeu foi estabelecer um núcleo de matérias facilmente apreensíveis pelos prestadores de serviços, e que estes ficam obrigados a respeitar, conforme considerando 14, facilitando-lhes o acesso ao mercado único.

O n.º 10.º do art.º 3.º da diretiva, ao tempo que refere que a diretiva não obsta a que os Estados-Membros imponham às empresas nacionais e às empresas de outros Estados, de forma igual, condições de trabalho e emprego relativas a matérias que não as referidas no n.º 1, na medida em que se trate de disposições de ordem pública, e condições de trabalho e emprego fixadas nas convenções coletivas ou decisões arbitrais na aceção no n.º 8, relativas a atividades não previstas no anexo; ressalta com clareza que tal prerrogativa deve respeitar os Tratados. Os objetivos dos tratados, com a interpretação aberta que alguns pretendem, ficariam comprometidos, designadamente a livre prestação de serviços, tornando inútil a diretiva, como salienta Júlio Gomes¹¹⁶.

Quanto aos acórdãos Laval, Rüffert e Viking¹¹⁷, as decisões são criticáveis, dadas as suas concretas

¹¹⁶ Júlio Manuel Vieira Gomes, «Algumas reflexões sobre o Destacamento de Trabalhadores na Jurisprudência do Tribunal de Justiça», pp. 51 ss.

¹¹⁷ Um comentário a estes dois acórdãos em, Helena Telino Neves e Raphaella Viana Silva Asfora, «Comentário aos Acórdãos Viking e Laval : o direito de greve na União Europeia», *Revista Eletrônica de direito do Centro Universitário Newton Paiva* 28 (2016): 68–78, <https://revistas.newtonpaiva.br/redcup/dir28-07-comentarios-aos-acordaos-viking-e-laval-o-direito-de-greve-na-uniao-europeia/>. Ainda, referindo que as restrições impostas ao direito à greve vão muito além do aceitável relativamente a um direito fundamental, forçando os sindicatos a realizar um complexa tarefa de ponderação quanto à legalidade da sua ação, Elisa Saccà, «Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno “da sciopero” e innovazioni legislative (indotte)» (C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2010), <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Nuovi-scenari-nazionali-del-caso-Laval-Lordinamento-svedese-tra-responsabilit-per-danno-da-sciopero-/404.aspx>, p. 30. A mesma crítica em Neves e Asfora, obra referida, pp. 76ss.

particularidades. Assim no caso Laval a particular circunstância de que na lei do país de acolhimento não havia determinação de salários mínimos, mas um sistema próprio envolvendo os parceiros sociais¹¹⁸, a decisão redundou na prática na permissão de um destacamento em condições de concorrência desiguais com as empresas locais, além do que seria a normal vantagem económica decorrente da aplicação dos mínimos resultantes da diretiva. No caso Viking a decisão constituiu uma limitação aos direitos coletivos dos trabalhadores, que deste modo e em face dos intentos da sua empregadora em alterar o pavilhão com a consequente contratação de trabalhadores nesse país e aplicação das suas regras laborais, com nível de proteção menores em relação aquele que os trabalhadores dessa embarcação já possuíam, se vêm impedidos de encetar uma ação coletiva. No caso concreto parece-nos que a ação encontrava justificação na “proteção de uma razão imperiosa de interesse geral, como a proteção dos trabalhadores”, já que os próprios empregos estavam em risco. Os acórdãos estabelecem limites ao direito à greve de natureza comunitária, criando, sobretudo no caso Viking, um constrangimento que pode impedir na prática a defesa dos direitos dos trabalhadores¹¹⁹. Quanto ao caso Ruffert¹²⁰, a norma era também aplicável às empresas nacionais, determinando a aplicação de uma convenção mas apenas para os concursos públicos (Lei relativa à adjudicação de contratos públicos, do Land da Baixa Saxónia, para, para adjudicações de valor superior a 10.000 euros), deixando de fora o setor privado, onde os níveis remuneratórios podiam ser inferiores. Contudo não vemos razão para limitar o Estado quanto à possibilidade de fazer tal exigência, desde que limitada às matérias referenciadas na diretiva, de acordo com a interpretação do Tribunal de Justiça, apenas as das alíneas do nº 1 do artigo 3º. Como salienta Vecchio¹²¹, a paridade com as empresas nacionais era garantida.

Voltando à questão da taxatividade das matérias, como refere entre nós Júlio Gomes¹²², uma interpretação no sentido de permitir aos Estados-Membros; mediante a emissão de normas imperativas de qualificação

¹¹⁸ Sobre as particularidades do regime Sueco, onde as associações de trabalhadores têm uma posição central, Helena Telino Neves e Raphaella Viana Silva Asfora, «Comentário aos Acórdãos Viking e Laval : o direito de greve na União Europeia», pp. 73 ss.

¹¹⁹ VD. art.º 151º do TCE e o artigo 28º da CDFUE; “Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respetivas organizações, têm, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções coletivas aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a ações coletivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve”.

¹²⁰ Fausto Vecchio, «Dopo Viking, Laval e Ruffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?», p. 6. O autor manifesta a sua perplexidade pelo esquecimento do nº 7 do artigo 3º da diretiva, e critica a consideração de que a norma em causa constituía uma restrição à livre prestação de serviços, dado não criar qualquer vantagem para as empresas locais.

¹²¹ Fausto Vecchio, «Dopo Viking, Laval e Ruffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?», p. 8

¹²² Júlio Manuel Vieira Gomes, «Algumas reflexões sobre o Destacamento de Trabalhadores na Jurisprudência do Tribunal de Justiça», p. 51.

unilateral e diversa de Estado para Estado; alargar o leque de matérias relativas às condições de trabalho, tornaria a diretiva um instrumento inútil, não contribuindo para uma “livre prestação de serviços”, permitindo regulamentações protecionistas, e por outro, dificultando aos operadores económicos a previsibilidade das regras a aplicar. Argumenta o autor¹²³, que em muitos países, como acontece entre nós, é atribuída natureza imperativa e consideradas de ordem pública numerosas normas laborais. A possibilidade de aplicação de todas as normas de ordem pública do Estado de acolhimento não só dificultaria a previsibilidade quanto às normas aplicáveis, como seria restritiva à livre prestação de serviços.

Tendo em conta os interesses que se pretendem equilibrar, designadamente a proteção do princípio fundamental da livre prestação de serviços, considerada como uma das liberdades fundamental para a realização do mercado interno, a proteção do trabalhador destacado, e a proteção da concorrência, a jurisprudência do Tribunal de Justiça mostra-se adequada.

Relativamente à proteção da concorrência, a imposição às entidades prestadoras de serviços dos mínimos que são aplicados no Estado-Membro de destino, naquilo que constitui a parte essencial das obrigações das empregadoras para com os seus trabalhadores, naquilo que constitui o grosso dos custos do trabalho, enquanto elemento de produção, constitui, numa economia e mercado baseado na iniciativa privada, garantia adequada. O prestador oriundo de outro Estado é colocado numa posição semelhante a muitos dos prestadores desse Estado no que àquelas obrigações respeita, acrescentando-lhe os custos inerentes ao deslocamento e eventual instalação dos seus funcionários, se ocorrer deslocamento físico da residência normal do trabalhador.

Quanto à proteção dos trabalhadores destacados, importa que num espaço como o que pretende ser o europeu, os Estados se respeitem mutuamente, respeitem os níveis de desenvolvimento económico de cada um e os níveis de proteção que de acordo com as respetivas economias dispensam aos seus trabalhadores. A invocação de uma Europa antissocial traduz de algum modo uma ideia paternalista relativamente a alguns Estados com economias mais frágeis e que não têm condições de propiciar os mesmos níveis de condições que Estados com economias mais desenvolvidas e mais fortes. Criar obstáculos à prestação de serviços por empresas dessas economias, não só é colocar grande parte das empresas desses países fora do mercado único, como redundaria na prática numa desproteção desses trabalhadores, pois que, a serem exigíveis todos os níveis de proteção dos países de acolhimento, a

¹²³ Júlio Manuel Vieira Gomes, «Algumas reflexões sobre o Destacamento de Trabalhadores na Jurisprudência do Tribunal de Justiça», p. 53.

prestação de serviços transfronteiriço por parte de empresas dos países com economias mais frágeis seria fortemente impedido, já que sempre cresceriam as despesas inerentes ao destacamento. Daí resultaria que tais trabalhadores afinal não colheriam os benéficos de tal destacamento, ainda que poucos fossem. Sabemos que em termos práticos os trabalhadores destacados têm por regra uma melhoria nos seus rendimentos, o que aliás a diretiva garante, conquanto trabalhem com níveis em alguns aspetos inferiores aos dos colegas dos países de acolhimento e relativamente aos salários, com níveis inferiores a muitos desses trabalhadores, já que o tratamento igual em matéria salarial é pautado pelos níveis mais baixos desse país, para aquela função. Tenha-se ainda em atenção as regras de salvaguarda garantidas no regulamento (e na convenção) nos artigos 8, n.º 1 e considerando 17.º da Diretiva 96/71/CE.

O elenco das matérias relativamente às quais os Estados-Membros, nos termos da diretiva, exigem a aplicação das suas normas abrange como é fácil constatar, as matérias mais relevantes da relação contratual laboral. Não se nega a vantagem competitiva que as empresas destacadoras têm nos mercados com maiores níveis de proteção, fruto dos níveis de proteção mais baixos aplicáveis à relação contratual com os trabalhadores destacados, contudo tal ganho, aplicadas que sejam as normas que resultem da transposição da diretiva, não assume o relevo que alguns pretendem. Note-se aliás que além do cumprimento daquelas matérias mais relevantes, a empresa destacadora tem outros custos inerentes ao destacamento, inclusive não relacionados com o contrato de trabalho, despesas que o prestador local não tem.

Tudo considerado, e tendo em conta que no mercado único deve existir uma verdadeira integração das economias dos Estados-Membros, tendo em vista a prazo a sua aproximação, a não eliminação total das vantagens das empresas estabelecidas nos países de economias menos desenvolvidas¹²⁴, não prejudica tal integração. Estas vantagens; desde que não envolvam *dumping social* nem causem dano sensível à concorrência, o que a diretiva desde que cumprida acautela, de forma mais intensa na sua nova formulação; constituem a prazo um meio de fortalecer o mercado interno, tornando-o mais igualitário.

A deslocação de capital que a prestação de serviços por parte de empresas oriundas de países com economias menos desenvolvidas implica, demandará a prazo uma maior homogeneização das economias, com repercussão nos níveis de proteção social desses países, e não só devido a essa deslocação financeira, mas ainda devido a toda a interação social e cultural que ocorre no destacamento.

¹²⁴ Designadamente permitindo-lhes atuar nas economias mais desenvolvidas sujeitas apenas aos mínimos de proteção aí existentes.

O contacto dos trabalhadores com outros níveis de proteção social, demandando uma maior consciencialização dos trabalhadores, torna-os portadores nos respetivos Estados de maiores exigências quanto aos seus direitos¹²⁵.

Por outro, com a diretiva pretendeu-se assegurar a segurança jurídica, possibilitar às empresas a determinação antecipada das condições de trabalho aplicáveis, sem custos excessivos que seriam incompreensíveis num mercado único. É importante para uma empresa que pretende destacar trabalhadores, saber previamente quais as matérias relativamente às quais terá que adaptar a sua prestação, desde logo para efeitos de determinação dos custos, e é importante, num espaço que se pretende como um mercado único, que a “circulação” dos serviços seja fácil.

Se cada Estado-Membro tiver normações obrigatórias abrangendo um leque de matérias diferente em cada um, seria uma tarefa difícil e sempre dispendiosa apurar das regras aplicáveis ao serviço transfronteiriço, o que sem dúvida afastaria muitas empresas desse mercado, sobretudo as pequenas e médias empresas.

Tal situação implicaria uma quebra no equilíbrio entre os direitos de livre prestação de serviços, essencial ao mercado único, e o interesse dos Estados-Membros em fazerem aplicar as leis por si consideradas de ordem pública ao trabalho executado no seu território, leis frequentemente motivadas pelos interesses Estaduais de proteção dos seus trabalhadores e das suas empresas, e fruto de pressões de uns e outras. A uniformidade de matérias que a interpretação do Tribunal de Justiça engendrou impunha-se. Desta forma assegurou-se que em matéria de liberdade de prestação de serviços não se caísse num caos legislativo no espaço económico europeu, por força das diferentes opções de cada Estado-Membro, tendo dado um impulso claro à concretização do mercado interno nesta área¹²⁶.

¹²⁵ Na Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de setembro de 2016, sobre o «*dumping*» social na União Europeia (2015/2255(INI)), JO C 204 de 13.6.2018, p. 111–122, refere-se no considerando Y alude-se à facilitação de partilha de competências e de experiências profissionais como decorrência do destacamento.

¹²⁶ Sobre as dificuldades em atingir uma legislação harmoniosa, dadas as diversidades culturais e económicas, vd. Gothardo Backx Van Buggenhout, «Destacamento de Trabalhadores na União Europeia», p. 43.

3.2. O regime da Diretiva:

Já vimos que a consagração das garantias referidas na diretiva, conjugadas com o Regulamento Roma I, ou a Convenção de Roma se for a aplicável, implica que num caso concreto relativo a um trabalhador destacado possam ser aplicáveis regras, conquanto para questões diversas, de mais que um ordenamento jurídico nacional. A aplicação de tais regras depende de o Estado-Membro ter efetuado a transposição das diretivas, salvo se o seu ordenamento já regulava as matérias em termos conformes a esta, ou que a regulamentação existente permita a sua interpretação em conformidade com a diretiva, por via do princípio da interpretação conforme.

Quanto à diretiva de alteração, entre nós não se mostra ainda efetuada a transposição, estando o processo em curso¹²⁷. Tendo já terminado o prazo de transposição, nas situações em que a norma atual o permita, deve a sua interpretação fazer-se em conformidade com a nova diretiva. Do acórdão Carbonari parece retirar-se a obrigação de interpretação conforme do direito nacional, mesmo antes do termo da transposição da diretiva, a partir do início da vigência do instrumento comunitário¹²⁸.

¹²⁷ No Diário da República n.º 199/2020, Série I de 2020-10-13, foi publicada a lei de autorização n.º 61/2020.

¹²⁸ Acórdão do Tribunal de 25 de fevereiro de 1999, Carbonari, processo C-131/97, ECLI:EU:C:1999:98. Refere-se na decisão que “o órgão jurisdicional nacional está, no entanto, obrigado, quando aplica disposições do direito nacional anteriores ou posteriores a uma diretiva, a interpretá-las, tanto quanto possível, à luz da letra e da finalidade dessa diretiva”. No considerando 49 refere-se que “compete, portanto, ao órgão jurisdicional nacional apreciar se o conjunto das disposições de direito nacional, e, mais especificamente, relativamente ao período posterior à sua entrada em vigor, as disposições de uma lei promulgada para transpor a Diretiva 82/76, pode ser interpretado, desde a entrada em vigor dessas disposições, à luz da letra e da finalidade dessa diretiva, para alcançar o resultado visado por esta”. Acórdão do Tribunal de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer, processos apensos C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, referindo no considerando 115 que “ embora o princípio da interpretação conforme do direito nacional, imposto desta forma pelo direito comunitário, diga respeito, em primeira linha, às disposições internas introduzidas para transpor a diretiva em causa, o mesmo não se limita, contudo, à exegese dessas disposições, exigindo antes que o órgão jurisdicional nacional tome em consideração todo o direito nacional para apreciar em que medida este pode ser objeto de uma interpretação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela diretiva”. Sobre o princípio da interpretação conforme ainda, acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de março de 2019, Pawlak, processo C-545/17, ECLI:EU:C:2019:260, referindo que “ao aplicar o direito nacional, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, em toda a medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva, para alcançar o resultado por esta fixado e a conformar-se, desta forma, com o artigo 288º, terceiro parágrafo, TFUE. A exigência de uma interpretação conforme do direito nacional é inerente ao sistema do Tratado na medida em que permite ao órgão jurisdicional nacional assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União quando este decide do litígio sobre o qual se pronuncia”. Nos considerados 84 e 85 refere-se que o juiz deve levar em conta o conjunto das regras interpretativas do direito nacional e decidir se é possível interpretar em conformidade sem incorrer em interpretação *contra legem* dessa disposição nacional. A interpretação conforme, teria limite nos princípios gerais do direito da União, designadamente o da segurança jurídica, não podendo conduzir a interpretação *contra legem*; acórdão de 22 de janeiro de 2019, Cresco Investigation, processo C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43, considerando 74; acórdão de 19 de janeiro de 2010, Küçükdeveci, processo C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, considerando 48; acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2018, Förderung der Wissenschaften, processo C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, considerando 59 e 60; acórdão de 13 de novembro de 1990, Marleasing, processo C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, considerando 8 a 14; acórdão do Tribunal de Justiça de 14

A diretiva aplica-se a todos os destacamentos para o espaço da União, mais rigorosamente para o espaço económico europeu¹²⁹, independentemente de este ser efetuado por Estado-Membro ou Estado terceiro. As regras do país de acolhimento relativas às matérias abrangidas pela diretiva, e outras de ordem pública¹³⁰, devem ser aplicadas pelo tribunal do foro concomitantemente com as regras do ordenamento jurídico aplicável nos termos do regulamento, e com salvaguarda das regras de aplicação imediata do país do foro.

A aplicação far-se-á consoante a questão, a matéria sobre que a norma reclame aplicação. Relativamente a cada uma das matérias *sub judice*, importa verificar qual a lei mais favorável em concreto, se a lei do país de acolhimento, se a lei aplicável ao contrato, entrando ainda em linha de conta com as normas de aplicação imediata do foro, mas apenas na medida e de acordo com os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça. Não pode aplicar-se relativamente a uma mesma matéria normas de um e outro regime simultaneamente. Tudo sem prejuízo do regime contratualmente fixado se mais favorável e relativo a matéria sobre a qual as partes possam acordar.

Assim e por exemplo, no caso de estar em causa o montante salarial, não pode aplicar-se o valor mensal previsto num dos regimes, pelo número de meses ano previsto num outro regime. Relativamente a tal matéria deve ser aplicado apenas o regime que no seu todo resulta mais favorável. Da aplicação da diretiva (das normas que a transpõem e do seu regime) não pode resultar um terceiro regime, diferente, quer do resultante da lei aplicável ao contrato, quer do aplicável no país de acolhimento, que assim apenas se aplicaria aos destacados, o que geraria uma situação nova de desigualdade. Trata-se de questão a resolver em concreto, face às particularidades de cada caso.

de julho de 1994, Dori, processo C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, constando no ponto 2 da decisão, “na falta de medidas de transposição da diretiva no prazo fixado, os consumidores não podem basear nela própria um direito de rescisão contra comerciantes com quem tenham celebrado um contrato, e invocar esse direito perante os tribunais nacionais. Todavia, o órgão jurisdicional nacional, ao aplicar disposições do direito nacional anteriores ou posteriores à diretiva, é obrigado a interpretá-las, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva”. No considerando 26 deste mesmo acórdão refere-se, “por outro lado, e segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 10 de abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n. 26), a obrigação dos Estados-Membros, decorrente de uma diretiva, de alcançar o resultado por ela prosseguido, bem como o seu dever, por força do artigo 5.º do Tratado, de tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar o cumprimento dessa obrigação, impõem-se a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais. Como resulta dos acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n. 8), e de 16 de dezembro de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Colect., p. I-6911, n. 20), ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à diretiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189º, terceiro parágrafo, do Tratado”.

¹²⁹ Por força do artigo 1º, nº 4 e considerando 18.

¹³⁰ Que abordaremos no capítulo 5.

Importa ainda referir a possibilidade de no jogo entre a lei aplicável ao contrato e a lei do país de acolhimento, poderem em concreto, embora se trate de hipóteses menos frequentes, interferir outros ordenamentos jurídicos. Assim e desde logo importa ter em atenção a previsão do artigo 7º, nº 2 da Convenção de Roma, 9º, nº 2 do Regulamento Roma I, relativos às normas de aplicação imediata do país do foro, com os condicionamentos que resultam da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Serão ainda de chamar à colação, se forem mais favoráveis, as normas imperativas do ordenamento jurídico que seria aplicável caso não tivesse havido acordo quanto à lei aplicável, conforme artigo 6º, nº 1 da convenção o artigo 8º, nº 1 do regulamento¹³¹.

A Diretiva 96/71/CE foi alterada pela Diretiva (UE) 2018/957, que entrou em vigor a 29 de julho de 2018, com prazo de transposição até 30 de julho de 2020.

Esta diretiva teve em vista reforçar a proteção dos trabalhadores destacados, tocando determinadas áreas como; as condições de alojamento; quanto ao regime dos trabalhadores destacados por “colocação à disposição de uma utilizadora”, máxime, por empresas de trabalho temporário; Tempos máximos de destacamento com regime diverso entre destacamento inferior a 12 meses ou superiores; maior concretização do conceito de remuneração, e no desenvolvimento da preocupação com a fiscalização, com um aprofundamento das medidas de acompanhamento e de controlo.

3.2.1 Conceito de trabalhador destacado.

A Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro¹³², relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, alterada pela Diretiva UE 2018/957 do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada a 9/7/2018, JO L 173 de 9.7.2018, p. 16-24, traça no essencial o regime “excepcional” em relação à então Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, relativamente à lei aplicável ao contrato de trabalho do

¹³¹ No regulamento utiliza-se a expressão, “disposições não derogáveis por acordo”.

¹³² A diretiva devia ter sido transposta para o direito nacional até 16 de dezembro de 1999.

trabalhador destacado no âmbito do espaço europeu¹³³, passando nas situações abrangidas pelo regulamento a referir-se a este.

O regime do destacamento pressupõe que o Estado-Membro em que é temporariamente prestado o trabalho não é o Estado da lei aplicável ao contrato, nos termos da Convenção de Roma, atualmente o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)¹³⁴. Assim se por força de escolha das partes a lei aplicável ao contrato for a lei do Estado-Membro onde a prestação de serviços ocorre, não sendo embora o local de prestação habitual do trabalho, não é necessário invocar-se o regime da diretiva para aplicar a lei desse Estado-Membro. Já o será se tal escolha se limitar a uma parte do contrato e na medida em que não abranja algumas das matérias do núcleo duro fixado na diretiva.

O artigo 1.º, 1 da diretiva refere que “a presente diretiva é aplicável às empresas estabelecidas num Estado-Membro que, no âmbito de uma prestação transnacional de serviços e nos termos do n.º 3, destaquem trabalhadores para o território de um Estado-Membro”¹³⁵.

Conforme n.º 3 do mesmo artigo abrange as seguintes situações:

a) O Trabalho é exercido num Estado-Membro diferente daquele em que habitualmente presta trabalho, por conta e sob direção, da sua entidade patronal, que presta diretamente o serviço ao destinatário dessa prestação, – al. a).

¹³³ Referimo-nos a Estado-Membro e espaço europeu, mas importa considerar os acordos celebrados nos termos do artigo 217.º do TFUE (ex. 310 do TCE). Os termos utilizados devem ser adaptados para o espaço económico europeu (Islândia, a Noruega e o Liechtenstein); acordo assinado em 2 de maio de 1992 e que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1994, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:21994A0103\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:21994A0103(01)); nos termos do anexo XVIII, disponível em <https://www.efta.int/legal-texts/eea/annexes-to-the-agreement>, e protocolo 1 relativo às adaptações, disponível em <https://www.efta.int/legal-texts/eea/protocols-to-the-agreement>. Em moldes diferentes em relação à Suíça veja-se o “ Acordo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Confederação Suíça, por outro, sobre a livre circulação de pessoas - Ata final - Declarações comuns - Informação sobre a entrada em vigor dos sete acordos com a Confederação Suíça nos sectores da livre circulação de pessoas, dos transportes aéreos e terrestres, dos contratos públicos, da cooperação científica e tecnológica, do reconhecimento mútuo em matéria de avaliação da conformidade e no sector do comércio de produtos agrícolas”, assinado em 21 de junho de 99 em vigor desde em 1 de Junho de 2002, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1600431162508&uri=CELEX:22002A0430\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1600431162508&uri=CELEX:22002A0430(01)).

¹³⁴ Salvo para a Dinamarca. Nas relações com esta continua a aplicar-se a Convenção de Roma de 80.

¹³⁵ Conquanto a diretiva no artigo 1.º refira ser aplicável às empresas estabelecidas num Estado-Membro que, no âmbito de uma prestação transnacional de serviços e nos termos do n.º 3, destaquem trabalhadores para o território de um Estado-Membro, em boa verdade a aplicação abrange qualquer destacamento para o espaço europeu, pois que nos termos do n.º 4 do artigo 1.º, “as empresas estabelecidas num Estado que não seja um Estado-Membro não podem beneficiar de um tratamento mais favorável do que as empresas estabelecidas num Estado-Membro”.

b- O trabalho é prestado num Estado-Membro diferente daquele em que habitualmente o trabalhador presta trabalho, sob as ordens e autoridade de um estabelecimento ou empresa pertencentes ao mesmo grupo da entidade patronal, estabelecido nesse Estado-Membro¹³⁶, mas mantendo-se a vinculação laboral entre a empresa “disponibilizadora” e o trabalhador - al. b) ¹³⁷;

Entre nós de participações recíprocas (art.º 485.º do CSC); de domínio (art.º 486.º do CSC); de grupo (art.º 488.º ss. do CSC) – artigo 6º, 1, al. b) do C.T.

c – O trabalho é prestado num Estado-Membro diferente daquele em que habitualmente presta trabalho, sob ordens e autoridade de uma empresa utilizadora, que exerce atividade nesse Estado-Membro, mantendo-se a relação de trabalho entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporária, ou empresa que põe um trabalhador à disposição – al c)¹³⁸.

A Diretiva (UE) 2018/957 introduziu um novo número, visando esclarecer determinadas ocorrências, que abrange as seguintes situações:

- A situações em que um trabalhador é posto à disposição de uma empresa utilizadora, do mesmo Estado-Membro, não constituindo essa disponibilização em si um destacamento, empresa essa que depois destaca¹³⁹ o trabalhador para outro Estado-Membro, no âmbito de uma prestação de serviços, mantendo-se o vínculo com a empresa disponibilizadora.

- A situações em que um trabalhador é posto à disposição de uma empresa utilizadora, de um outro Estado-Membro, empresa essa que depois destaca o trabalhador para um outro Estado-Membro, no âmbito de uma prestação de serviços, mantendo-se o vínculo com a empresa disponibilizadora.

¹³⁶ Neste sentido o considerando 39 do acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de fevereiro de 2011, *Vicoplus*, processos apensos C-307/09, C-308/09 e C-309/09, ECLI:EU:C:2011:64, “por outro lado, a alínea b) do mesmo número visa o destacamento de um trabalhador assalariado de uma empresa que faz parte de um grupo para o território de um Estado-Membro, num estabelecimento ou numa empresa do mesmo grupo”.

¹³⁷ Consta da proposta de Diretiva, COM (91) 230 final, ponto 22, que a previsão da al. b) pretende evitar que uma empresa se subtraia ao cumprimento da diretiva, para o que teria apenas que “abrir um estabelecimento ou uma filial noutra Estado-Membro e colocar alguns dos seus trabalhadores nesse estabelecimento ou filial para executar trabalho temporário”, cujos contratos estariam sujeitos ao direito do país de origem nos termos da convenção de Roma.

¹³⁸ Na Diretiva (UE) 2018/957, versão portuguesa, a expressão “empresa que põe um trabalhador à disposição” foi substituído por “agência de colocação”.

¹³⁹ Em qualquer das suas modalidades, als. a) b) e c), refere a norma, ou seja, tal prestação tanto pode consistir numa prestação em que o destacamento funciona como acessório (al. a), como numa disponibilização de mão de obra interna/intragrupo (al. b), como numa disponibilização de mão de obra para um outro utilizador do Estado de acolhimento.

O destacamento efetuado pela utilizadora para quem os trabalhadores foram disponibilizados pela empresa de trabalho temporário ou por empresa que coloca um trabalhador à disposição, pode consistir em qualquer uma das modalidades de prestação de serviços. A norma refere as als. a) b) e c), ou seja, a prestação de serviços tanto pode consistir numa prestação em que o destacamento funciona como acessório da prestação de serviços (al. a); como numa disponibilização de mão de obra interna/intragrupo (al. b), caso em que a utilizadora disponibiliza o trabalhador a empresa em relação de grupo consigo; como numa disponibilização de mão de obra para um outro utilizador do Estado de acolhimento (al. c). Neste último caso a prestação de serviços é a própria disponibilização de mão de obra, no caso sucessiva.

Considera-se em tal situação que a empresa “destacadora” é a empresa de trabalho temporário ou agência de colocação, a empresa que disponibilizou a mão de obra e que ao trabalhador se encontra vinculada por contrato de trabalho. Esta norma tem implicações práticas, pois o regime aplicável a estes destacamentos efetuados por empresas de trabalho temporário ou empresa que coloca um trabalhador à disposição, é diverso.

A al. c) do n° 3 da diretiva tal como encontra atualmente redigida, utilizando a expressão “agência de colocação”, anteriormente já utilizada em algumas versões, como por exemplo a Inglesa, parece remeter para as situações em que o trabalhador é disponibilizado por uma empresa que se dedica a essa atividade de disponibilizar mão de obra de forma profissional, sendo esse o seu objeto¹⁴⁰. A Proposta de Diretiva 96/71/CE, referia no ponto 21, “agências de emprego temporário que coloquem trabalhadores junto de empresas que operam...”, o que parecia apontar no mesmo sentido. Por outro e nos termos da diretiva, em princípio não está abrangida a disponibilização/cedência por parte de empresas do mesmo grupo, quando se enquadre na al. b). Pareceria assim que o critério distintivo seria formal.

Não foi esse o sentido seguido pelo Tribunal de Justiça. E em boa verdade, as diferenças nas várias versões, utilizando algumas como a Francesa, Portuguesa, Holandesa, Alemã, Italiana e Sueca, uma expressão menos restritiva e capaz de abarcar todas as situações de disponibilização de mão de obra,

¹⁴⁰ Entre nós apenas as empresas de trabalho temporário, pois que as agências de colocação entre nós não fazem parte das relações de trabalho que decorrem dessa colocação, vd. Decreto-Lei n° 260/2009, Diário da República n° 187/2009, Série I de 2009-09-25.

mesmo por empresas não especializadas, que não têm como seu objeto essa disponibilização, já apontava no sentido de um critério substancial¹⁴¹.

Da alteração da redação da al. c) do artigo 1º da diretiva, patente em algumas versões, como a Portuguesa, que substituiu a expressão “empresa que põe um trabalhador à disposição”, por “agência de colocação”, não pode retirar-se qualquer ilação no sentido de uma alteração de entendimento. Pretendem traduzir a mesma realidade. Várias versões mantêm-se essencialmente idênticas, veja-se a francesa (*entreprise qui met un travailleur à disposition*), alemã, holandês, sueca, numa versão com semelhanças à versão portuguesa antes da alteração. Outras mantêm as mesmas designações, como as versões da Bulgária, Eslovénia, Inglesa, Finlândia, Grega, Bósnia, Letónia. Alteraram os termos, por exemplo Espanha, Portugal, Itália. A respeito desta divergência linguística, diga-se que segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça¹⁴², a redação utilizada numa das versões linguísticas de uma disposição do direito da União não pode servir de base única à interpretação dessa disposição e também não lhe pode ser atribuído caráter prioritário em relação às outras versões linguísticas. Com efeito, as disposições do direito da União devem ser interpretadas e aplicadas de maneira uniforme, à luz das versões existentes em todas as línguas da União. Em caso de divergência entre as diversas versões linguísticas de um texto do direito da União, a disposição em questão deve ser interpretada em função da economia geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento. O critério é substancial, importando verificar da real existência de uma disponibilização transfronteiriça de mão de obra, ainda que a empresa disponibilizadora não tenha como seu objeto a prestação de tal serviço de disponibilização de mão de obra.

3.2.1.1 Conceito de “disponibilização de trabalhador”

¹⁴¹ Sobre o assunto, Conclusões da advogada-geral Sharpston apresentadas em 15 de janeiro de 2015 no processo C-586/13, *Martin Meat*, ECLI:EU:C:2015:15, ponto nº 22.

¹⁴² Acórdãos do Tribunal de Justiça de 27 de março de 1990, *Cricket St Thomas*, processo C-372/88, ECLI:EU:C:1990:140, considerandos 18 e 19; de 12 de novembro de 1998, *Institute of the Motor Industry*, processo C-149/97, ECLI:EU:C:1998:536, considerando 16; de 3 de março de 2011, *Comissão/Países Baixos*, processo C-41/09, ECLI:EU:C:2011:108, considerando 44; de 15 de novembro de 2012, *Kurcums Metal*, processo C-558/11, ECLI:EU:C:2012, considerando 48.

Para verificação das situações a integrar na al. c) do n° 3 do artigo 1° da diretiva, ao invés de tentarmos caracterizar que tipo de empresas podem considerar-se abrangidas em tal alínea, talvez se mostre mais útil definir o que seja “disponibilizar um trabalhador”, para efeitos de tal alínea.

A interpretação do Tribunal de Justiça aponta no sentido de que o que caracteriza a disponibilização para efeitos do direito da união - al. c) referida -, é não tanto a natureza da empresa disponibilizadora, tratar-se de empresa de trabalho temporário ou agência de colocação, mas antes a substância do contrato celebrado entre a “cedente” e a cessionária.

No acórdão Vicoplus, foi solicitado ao Tribunal de Justiça orientação quanto aos critérios tendo em vista o enquadramento de uma situação na al. c) do n° 1 da diretiva, perguntando-se ainda sobre “a importância a atribuir à natureza da atividade principal que a empresa prestadora de serviços em questão exerce no seu Estado-Membro de estabelecimento.”

O tribunal reafirmou o entendimento de que a “disponibilização de mão de obra” constitui uma prestação de serviços. O objeto deste contrato de prestação transnacional de serviços é o próprio “destacamento” para o Estado-Membro de acolhimento do trabalhador disponibilizado. A prestação de serviço consiste na disponibilização remunerada do trabalhador, que mantém a vinculação laboral com a empresa disponibilizadora, passando durante o período de destacamento a exercer funções para a utilizadora e sob ordens desta - considerandos 45 e 46¹⁴³. Dos considerandos 44 a 48 retiram-se três requisitos para que uma disponibilização possa considerar-se integrada na al. c):

- O trabalhador é disponibilizado pela sua empregadora¹⁴⁴, mediante retribuição, permanecendo vinculado a esta, não havendo celebração de qualquer contrato entre o trabalhador e a empresa utilizadora.

¹⁴³ No mesmo sentido os acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 1981, Webb, processo 279/80, ECLI:EU:C:1981:314, considerando 9 e de 11 de setembro de 2014, Essent Energie, processo C-91/13, ECLI:EU:C:2014:2206. considerando 37.

¹⁴⁴ veja-se o considerando 39 do acórdão Vicoplus, no sentido de que a “alínea c), deste artigo abrange o destacamento de um trabalhador por parte de uma empresa estabelecida num Estado-Membro, **quer seja uma empresa de trabalho temporário quer coloque um trabalhador à disposição, para uma empresa utilizadora** estabelecida ou que exerça a sua atividade no território de outro Estado-Membro” - realçado nosso. No acórdão Danieli, considerando 27, no mesmo sentido, referindo, “constitui disponibilização de mão de obra uma prestação de serviços realizada mediante remuneração pela qual o trabalhador permanece ao serviço da empresa prestadora”, sem qualquer referência ao objeto social da empregadora.

- A deslocação do trabalhador para exercer o seu trabalho no país de acolhimento constituiu o próprio objeto da prestação de serviços efetuada pela empresa prestadora, a empresa de trabalho temporário ou empresa que põe um trabalhador à disposição¹⁴⁵.

- O trabalho efetuado no país de acolhimento é realizado sob o controlo e a direção da empresa utilizadora.

No considerando 50 e respondendo a uma das questões, o acórdão refere que o critério da correspondência ou não entre as tarefas exercidas no país de acolhimento e as exercidas no país de origem não é determinante. Refere-se no considerando 51 que o essencial, “carateriza-se pela circunstância de a deslocação do trabalhador para o Estado-Membro de acolhimento constituir o próprio objeto da prestação de serviços efetuada pela empresa prestadora, e de este trabalhador realizar o seu trabalho sob o controlo e a direção da empresa utilizadora”; enquanto no destacamento referido na al. a), o destacamento do trabalhador é acessória em relação à prestação de serviços que a sua empregadora se obrigou a executar para a beneficiária dessa prestação.

O Tribunal de Justiça considerou no acórdão *Martin Meat*¹⁴⁶ que o facto de o trabalhador poder receber algumas indicações gerais da empresa beneficiária da prestação, por si só não implica que exista direção e controlo por parte dessa beneficiária.

O caso tinha os seguintes contornos, a empresa *Martin Meat* enquanto prestadora de serviços celebrou contrato com a beneficiária no sentido de proceder ao processamento de determinada quantidade de carnes por semana e ao seu acondicionamento com vista à sua comercialização pela beneficiária, em matadouro desta. O material era fornecido pela prestadora, enquanto as despesas de funcionamento das instalações, alugadas à prestadora, eram por conta da beneficiária. O encarregado da beneficiária dava ao encarregado da *Martin Meat* instruções relativas às carcaças a processar e à maneira de o fazer. De seguida este organizava o trabalho dos trabalhadores, a quem dava instruções. A remuneração dos serviços prestados variava em função da quantidade de carne processada e em caso de qualidade insuficiente da carne era reduzida.

¹⁴⁵ Para preenchimento desta condição importa verificar se “o objeto da prestação de serviços consiste exclusivamente em colocar trabalhadores à disposição de uma empresa utilizadora ou se a deslocação de trabalhadores é acessória em relação a uma prestação de serviços” – Ponto 65 das conclusões do advogado-geral Bot apresentadas em 9 de setembro de 2010 nos Processos apensos C-307/09, C-308/09 e C-309/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2010:510.

¹⁴⁶ Acórdão Tribunal de Justiça de 18 de junho de 2015, *Martin Meat*, processo C-586/13, ECLI:EU:C:2015:405.

Refere o Tribunal de Justiça no considerando 40 que, “no âmbito de uma prestação de serviços, um cliente poderá dar determinadas indicações gerais aos trabalhadores empregados pelo prestador de serviços sem que isso signifique que exista direção e controlo dos trabalhadores do mesmo, na aceção da terceira condição enunciada no acórdão Vicoplus”.

Neste acórdão¹⁴⁷ o Tribunal de Justiça veio referir outros elementos a ter em conta para a distinção, aludindo aos elementos que indiquem que o prestador de serviços não suporta “as consequências da execução não conforme da prestação estipulada no contrato”, resultando do acórdão que o facto de o prestador não suportar tais consequências é elementos indicador de que a prestação de serviços é a disponibilização de mão de obra.

No caso, refere o acórdão em 37, que “a circunstância de a remuneração do prestador de serviços variar em função não apenas da quantidade de carne processada, mas também da qualidade dessa carne, aponta no sentido de que esse prestador é obrigado à boa execução da referida prestação”. No mesmo sentido, o Tribunal no considerando 38, aponta a circunstância de ser a prestadora a determinar o número de trabalhadores a deslocar para a prestação do serviço.

Assim, em conclusão, uma disponibilização de um trabalhador por uma empresa, ainda que esta não tenha por objeto a disponibilização de mão de obra, integra-se na precisão da al. c) se se verificarem os respetivos requisitos.

O enquadramento do destacamento numa das alíneas revela-se importante para definição do regime aplicável. A al. b) do artigo 1º, abrangendo embora uma situação de disponibilização¹⁴⁸, já que uma das empresas do grupo disponibiliza trabalhadores seus para outra empresa do mesmo grupo, acompanha o regime da al. a). Já o regime da al. c), no âmbito da Diretiva 96/71, podia ser diferente, e no âmbito da diretiva que altera aquela é necessariamente diferente.

A diretiva abarca nas als. b) e c) situações de “disponibilização” de mão de obra, aplicando-se-lhes regimes diferentes. Importa referir que determinados destacamentos intragrupo, quando fora das condições da al. b) se enquadram na al. c), desde que presentes os respetivos requisitos.

¹⁴⁷ Acórdão Martin Meat, considerando 35.

¹⁴⁸ Trata-se de disponibilização intragrupo.

A disponibilização intragrupo pressupõe como condição que a empresa para a qual o trabalhador é destacado e onde deve prestar as suas funções sob a autoridade dela, esteja estabelecida no Estado-Membro de acolhimento.

Veja-se o acórdão *Danieli*¹⁴⁹, que integra na al. c) uma disponibilização intragrupo, numa situação de disponibilização a empresa que recebeu trabalhadores de duas empresas do mesmo grupo, uma delas situada no mesmo Estado-Membro e outra num outro Estado-Membro, trabalhadores que destaca depois para um outro Estado-Membro.

Trata o acórdão de uma situação em que uma empresa sediada em Itália, no âmbito de um serviço a prestar, “destaca” trabalhadores para a Áustria, que lhe foram cedidos, uns por uma empresa sediada na Croácia e outros por uma empresa sediada no mesmo Estado-Membro, a Itália, sendo que todas as empresas têm ligações entre si, pertencem ao mesmo grupo empresarial. Os trabalhadores assim colocados à disposição da prestadora de serviços, a *Danieli*, mantinham o seu vínculo laboral com as respetivas empregadoras, e inscritos na segurança social dos países onde habitualmente prestavam serviço, devendo prestar o seu trabalho na Áustria sob direção da *Danieli*.

Entendeu o Tribunal de Justiça que “ nos termos do seu artigo 1.º, nº 3, alínea c), a Diretiva 96/71 é aplicável quando uma empresa estabelecida num Estado-Membro destaca, no âmbito de uma prestação transnacional de serviços, na qualidade de empresa de trabalho temporário ou de empresa que põe um trabalhador à disposição, um trabalhador para uma empresa utilizadora estabelecida no território de um Estado-Membro ou que nele exerça a sua atividade, desde que durante o período de destacamento exista uma relação de trabalho entre o trabalhador e a empresa que o põe à disposição”. No considerando 26 adianta o tribunal que, “ o artigo 1.º, nº 3, alínea c), da Diretiva 96/71 pode assim, nomeadamente, ser aplicável a uma operação como a que a *Danieli* pretendia realizar no processo principal, pela qual uma empresa estabelecida num Estado-Membro destaca, para executar um contrato de prestação de serviços celebrado com uma empresa noutra Estado-Membro, trabalhadores colocados à sua disposição por uma empresa estabelecida num terceiro Estado-Membro, desde que a referida operação preencha os requisitos previstos nessa disposição”.

Não terá sido alheio a este entendimento, embora se esteja face a disponibilizações intragrupo, o facto de as prestações de serviços que consistem na própria disponibilização de mão de obra terem

¹⁴⁹ Acórdão Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 2018, *Danieli*, processo C-18/17, ECLI:EU:C:2018:904.

especificidades próprias em relação às restantes prestações de serviços. A prestação de serviços que consiste em disponibilizar mão de obra constitui uma forma de aceder ao mercado de trabalho do país de acolhimento, afetando este diretamente, ao contrário dos destacamentos que funcionam como meros acessórios da prestação de serviços. O Tribunal de Justiça tem afirmado essa especificidade, notando que tal tipo de prestação de serviço cai também no âmbito da livre circulação de trabalhadores. Neste sentido, acórdão Webb, considerando 10, Rush Portuguesa¹⁵⁰ considerando 14 a 16, Vicoplus, considerandos 28 a 30.

Uma situação que pode vir a colocar-se é a de disponibilização de trabalhador por parte de uma empresa de trabalho temporária, a empresa do mesmo grupo, em situação de poder enquadrar-se formalmente na al. b) do n.º 1 do artigo 1.º da diretiva. Nesta circunstância o enquadramento correto será o da al. c), que prevê expressamente para a disponibilização por empresa de trabalho temporário, irrelevando o facto e se tratar de empresas do mesmo grupo. Não pode ser de outro modo. O contrato celebrado entre o trabalhador e a sua empregadora tem características próprias, tendo o trabalhador direito, ainda em sede de destacamento, ao estatuto próprio decorrente desse tipo de contratação. A diretiva estabelece um regime próprio, mais benéfico, para os trabalhadores nesta condição.

Já quanto ao destacamento no âmbito das restantes prestações de serviços, referidas nas alíneas a) e b) do artigo 1.º, n.º 1 da diretiva, o Tribunal de Justiça entende que em tal tipo de destacamento não ocorre, nem se pretende, o acesso ao mercado de trabalho local, não se afetando este diretamente. Isto porque, refere o Tribunal, o trabalhador regressa ao país de origem ou residência após o cumprimento da missão¹⁵¹.

3.2.1.2 O tempo de destacamento

Enquadra-se no conceito de trabalhador destacado aquele que efetua temporariamente trabalho num território que não aquela onde habitualmente presta atividade, por destacamento, ainda que seja parcial,

¹⁵⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 março de 1990, Rush Portuguesa, processo C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142.

¹⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, processo C-43/93, ECLI:EU:C:1994:310, considerando 21.

parte do dia, de semana ou mês, conforme referido no acórdão Mazzoleni, desde que possa surpreender-se “uma ligação suficiente com esse território”.

Vejam-se os dizeres do n° 2 da diretiva, nos termos do qual, “para efeitos da presente diretiva”, entende-se por «trabalhador destacado» qualquer trabalhador que, por um período limitado, trabalhe no território de um Estado-Membro diferente do Estado onde habitualmente exerce a sua atividade. No n° 3 do artigo 1° da diretiva não vem referida qualquer limitação em função do tempo da duração da prestação, e nas exceções consagradas na mesma diretiva não resulta que tal situação não se enquadre no conceito. As exceções constituem destacamento, por isso mesmo sendo previstas na diretiva, já que na falta de tal previsão a mesma se aplicaria. Assim o defenderam os Estados que se pronunciaram no acórdão Mazzoleni, a comissão e o Advogado Geral¹⁵².

Diversos são os casos em que a ligação ao país que pretende ser considerado como país de acolhimento, e aplicar as suas regras nos termos permitidos pela diretiva, não é suficiente para que se possa reconhecer tal pretensão, tendo em conta os objetivos da diretiva¹⁵³.

Quanto ao período máximo de destacamento, na diretiva, antes da sua alteração, não constava qualquer referência, importando analisar caso a caso em função do serviço em causa, considerando as várias circunstâncias, tendo em vista surpreender um verdadeiro destacamento, designadamente com recurso aos elementos elencados no art.º 4º da Diretiva 2014/67/EU (Diretiva de execução), ao abrigo do princípio da interpretação conforme. A diretiva de alteração introduz uma *nuance*, passando os destacamentos superiores a 12 meses a estar sujeitos a um regime diverso. Tal período será prolongado pelo Estado-Membro de acolhimento para 18 meses se o prestador apresentar uma “notificação fundamentada” – conforme n° 1-A introduzido ao artigo 3º, primeiro e terceiro parágrafo¹⁵⁴.

Com a alteração da diretiva, o regime muda quanto a duração efetiva do destacamento seja superior a 12 meses. O tempo de destacamento mostra-se agora regulado no n° 1-A do artigo 3º da diretiva, que prescreve:

¹⁵² Vd. informação constante das conclusões do Advogado geral no referido processo Mazzoleni, considerando 56 a 61.

¹⁵³ Não obstante se referir no considerando 32 do acórdão de 19 de dezembro de 2019, *Dobersberger*, processo C-16/18, ECLI:EU:C:2019:1110, que “a mesma lógica está subjacente às derrogações facultativas previstas no artigo 3.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva 96/71”. Podendo a lógica ser a mesma, a situação é diversa, porquanto nestes casos de derrogações facultativas se reconhece a existência de um destacamento, daí a facultatividade.

¹⁵⁴ Antes da alteração ocorria já uma diversidade de regimes, mas no que tange ao regime de segurança social.

“Caso a duração efetiva do destacamento seja superior a 12 meses, os Estados-Membros asseguram que, independentemente da lei aplicável à relação de trabalho, as empresas a que se refere o artigo 1º, nº 1, garantam, com base na igualdade de tratamento, aos trabalhadores destacados no seu território, para além das condições de trabalho e emprego referidas no nº 1 do presente artigo, todas as condições de trabalho e emprego aplicáveis que sejam fixadas no território do Estado-Membro onde o trabalho for executado: (...)”

O regime aplicável ao contrato passa a ser para todas as condições de trabalho e emprego aplicáveis no território, se mais favoráveis que as normas da lei aplicável ao contrato ou resultantes do próprio contrato, independentemente de se tratar de normas consideradas no Estado-Membro com imperativas ou derogáveis por acordo^{155 156}. Ficam no entanto excluídas as matérias referenciadas no segundo parágrafo¹⁵⁷.

No entanto a situação das partes, empregadora e trabalhador destacado, não pode resultar desigual em relação às empresas nacionais e seus trabalhadores. Assim, se a lei aplicável ao contrato decorrer de escolha das partes, as normas derogáveis por acordo da lei do país de acolhimento, cedem perante essa escolha. A escolha pode com já vimos ser efetuada aquando da contratação ou posteriormente em qualquer altura e pode ser parcial, relativa a certas matérias contratuais¹⁵⁸.

O prazo de doze meses será prolongado até ao máximo de dezoito meses se o prestador de serviços apresentar uma notificação fundamentada.

¹⁵⁵ Na proposta de diretiva o mecanismo jurídico era diferente, referia-se que o Estado-Membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado deve ser considerado o país em que o seu trabalho é habitualmente realizado, o que implicava, caso não tivesse havido escolha de lei aplicável ao contrato pelas partes, descartar a lei que resultasse aplicável pelo regulamento ou convenção, sem essa consideração, diminuindo o grau de proteção do trabalhador, caso aquela fosse mais favorável. Cf. Comissão Europeia, «Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 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: COM(2016) 0128 Final» (2016), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52016PC0128>.

¹⁵⁶ No considerando 179 do acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2020, Hungria/Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, processo C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001, refere-se que “pela sua natureza e pelo seu conteúdo, tanto o artigo 3º, nº 1, da Diretiva 96/71 alterada, no que respeita aos trabalhadores destacados, como o artigo 3º, nº 1-A, desta diretiva, no que respeita aos trabalhadores destacados por um período, em geral, superior a doze meses, constituem normas especiais de conflito de leis, na aceção do artigo 23º do Regulamento «Roma I».

¹⁵⁷ Os procedimentos, formalidades e condições de celebração e cessação do contrato de trabalho, incluindo cláusulas de não concorrência e os regimes profissionais complementares de pensões.

¹⁵⁸ Vd. considerando 8 da proposta de diretiva, COM(2016) 0128 Final.

Do considerando 9 da diretiva de alteração parece resultar que o regime deve ser aplicado desde início se o prazo previsto de destacamento ultrapassa o período referenciado. Refere-se no considerando:

“...No entanto, tendo em conta a longa duração de alguns destacamentos e reconhecendo a ligação entre o mercado de trabalho do Estado-Membro de acolhimento e os trabalhadores destacados por períodos tão longos, em caso de destacamento por períodos superiores a 12 meses, os Estados-Membros de acolhimento deverão assegurar que as empresas que destacam trabalhadores para o seu território lhes garantam um conjunto suplementar de condições de trabalho e emprego obrigatoriamente aplicáveis aos trabalhadores no Estado-Membro onde o trabalho é executado. Esse período deverá ser prolongado se o prestador de serviço apresentar uma notificação fundamentada.”

O nº 1-A do artigo 3º parece apontar noutro sentido ao referir, “caso a duração efetiva do destacamento seja superior a 12 meses...”

Do considerando 8 da proposta de diretiva consta expressamente o entendimento de que as condições serão aplicadas desde início, caso a previsão do destacamento seja superior ao período previsto. Consta do considerando, “estas disposições devem aplicar-se a partir do início da missão de destacamento sempre que a duração prevista seja superior a 24 meses, e a partir do primeiro dia seguinte aos 24 meses quando a duração efetiva exceder esse período”.

O facto de o contrato cessar por qualquer razão durante a execução do destacamento, ou cessar o destacamento por outra razão não previsível, antes de ter atingido o indicado período, não implica para o trabalhador a perda do direito a tal regime¹⁵⁹. Se a previsão do destacamento era para tempo inferior, o regime aplica-se a partir do dia seguinte àquele em que perfizer tal período em termos de duração efetiva, como refere o considerando 8 da proposta de diretiva referida na nota anterior.

Tendo em vista evitar o abuso e a fraude e de acordo com o disposto no terceiro parágrafo, o cálculo da duração do destacamento tem em consideração o tempo total de serviço efetuado no mesmo posto de trabalho e local, ainda que por trabalhadores diversos, sucessivamente destacados para essas tarefas. Para o efeito, conforme parágrafo quarto, o conceito de «a mesma tarefa no mesmo local» é determinado

¹⁵⁹ Vejam-se os termos do 4º parágrafo do nº 1-A do artigo 3, nova redação, no sentido de que “se uma empresa a que se refere o artigo 1º, nº 1, substituir um trabalhador destacado por outro trabalhador destacado que efetue a mesma tarefa no mesmo local, a duração do destacamento corresponde, para efeitos do presente número, à duração acumulada dos períodos de destacamento dos trabalhadores individuais destacados em causa.”

“tendo nomeadamente em consideração a natureza do serviço a prestar, o trabalho a ser executado e o(s) endereço(s) do local de trabalho”, sem prejuízo de se atender aos demais elementos relevantes para o efeito, como resulta do termo “nomeadamente”.

3.2.1.3 Os critérios da Diretiva de execução

Para verificação de uma situação de destacamento, tendo em vista surpreender evasões e abusos, a Diretiva 2014/67/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014¹⁶⁰, respeitante à execução da Diretiva 96/71/CE relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, refere vários critérios¹⁶¹.

Tais critérios, com valor indicativo, conforme considerando 6, podem servir de apoio aos tribunais, devendo ser sopesados caso a caso, atendendo às especificidades de cada situação, mas de forma uniforme pelos diferentes Estados-Membros, como resulta da referência a que, “as situações que representam os mesmos elementos factuais não deverão conduzir a uma apreciação ou avaliação jurídica diferente por parte das autoridades competentes de diferentes Estados-Membros”. Nos termos do n.º 4 do artigo 4.º, a ausência de um ou mais elementos factuais indicados no normativo, não impede automaticamente que uma situação seja caracterizada como uma situação de destacamento. A avaliação desses elementos deve ser adaptada a cada caso concreto e atender às especificidades da situação. A norma do artigo 4.º refere um conjunto de elementos, procedendo a uma distinção, de um lado os elementos tendo em vista determinar se uma empresa exerce efetivamente atividades substanciais no país de origem, que ultrapassem o âmbito da gestão interna e/ou administrativo (n.º 2); de outro os elementos tendo em vista avaliar se um trabalhador temporariamente destacado realiza o seu trabalho num Estado-Membro que não aquele onde normalmente desempenha as suas funções (n.º 3).

Quanto ao n.º 2 são estes os elementos referidos:

¹⁶⁰ Transposta pela Lei 29/2017 de 30 de maio, Diário da República, 1.ª série, n.º 104, 30 de maio de 2017.

¹⁶¹ Como se refere na Proposta de Diretiva, COM (2016) 0128 Final, a Diretiva 2014/67/EU, “enumera elementos factuais que caracterizam a existência de um vínculo real entre o empregador e o Estado-Membro de estabelecimento, que podem ser igualmente utilizados para determinar se um indivíduo se enquadra na definição aplicável de «trabalhador destacado»”.

Relativos à empresa e sua atividade:

al a) - O local onde estão situadas a sede social e a administração da empresa, onde esta tem escritórios, paga impostos e contribuições para a segurança social e, se for caso disso, nos termos do direito nacional, onde está autorizada a exercer a sua atividade ou está filiada em câmaras do comércio ou organismos profissionais;

al. d) - O local onde a empresa exerce o essencial da sua atividade comercial e onde emprega pessoal administrativo;

al. e) - O número de contratos executados e/ou o montante do volume de negócios realizado no Estado-Membro de estabelecimento, tendo em conta a situação específica das empresas e PME recém-criadas, entre outras.

Relativos ao contrato de trabalho:

Nº 2 als. b) - O local de recrutamento dos trabalhadores destacados e a partir do qual os mesmos são destacados; e,

c) - A legislação aplicável aos contratos celebrados pela empresa com os seus trabalhadores, por um lado, e com os seus clientes, por outro;

Quanto ao nº 3:

Relativas à execução do trabalho:

als. a), b), c) e d) - Existência de um destacamento para Estado-Membro diferente daquele em que habitualmente presta o trabalho, data de início do destacamento e período de duração da prestação noutra Estado-Membro; regresso, devendo retomar o trabalho no país de origem.

al. f) - As despesas de viagem, alimentação ou alojamento são asseguradas ou reembolsadas pelo empregador que destaca o trabalhador e, se aplicável, é incluído o modo como essas despesas são asseguradas ou o método de reembolso;

Relativos à atividade:

al. e) - Deve ter-se em conta a natureza e especificidades da atividade,

al. g) - Quaisquer períodos anteriores durante os quais o cargo foi preenchido pelo mesmo ou por outro trabalhador (destacado).

3.2.2 Noção de salário mínimo

Na Diretiva 96/71/CE constava do artigo 3º, 1, parágrafo 2, “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”.

Do segundo parágrafo do nº 7 do artigo 3º constava; “considera-se que fazem parte do salário mínimo os subsídios e abonos inerentes ao destacamento que não tenham sido pagos a título de reembolso das despesas efetivamente efetuadas por força do destacamento, como as despesas de viagem, de alojamento ou de alimentação.”

Na nova Diretiva (UE) 2018/957 passou a constar no artigo 3º, 1, terceiro parágrafo, “ para efeitos da presente diretiva, o conceito de remuneração¹⁶² é determinado pelo direito e/ou as práticas nacionais do Estado-Membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado e abrange todos os elementos constitutivos da remuneração tornados obrigatórios por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais, ou por convenções coletivas ou decisões arbitrais que tenham sido declaradas

¹⁶² Elimina-se a referência a “mínimo”, seguindo a jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão de 12 de fevereiro de 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, processo C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86, segundo dá nota a proposta da comissão, COM(2016) 0128 Final, ponto 7.2 e nota 4, o acórdão aborda a questão da integração de determinadas prestações no conceito de “salário mínimo”. No acórdão C-620/18 refere-se a propósito que “ por um lado, o conceito de «remunerações salariais mínimas» tinha suscitado dificuldades de interpretação em diferentes Estados-Membros, o que se traduziu em vários processos de reenvio prejudicial no Tribunal de Justiça, que adotou uma interpretação extensiva deste conceito no acórdão de 12 de fevereiro de 2015, *Sähköalojen ammattiliitto (C-396/13, EU:C:2015:86, n.ºs 38 a 70)*”, considerando 144, adiantando no considerando 145, “ deste modo, pôde constatar-se, na avaliação de impacto, que o conceito de «remunerações salariais mínimas», conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça, se afastava consideravelmente da prática generalizada das empresas que destacavam trabalhadores para outro Estado-Membro no âmbito de uma prestação de serviços, que consistia em apenas lhes pagar o salário mínimo previsto pela legislação ou pelas convenções coletivas do Estado-Membro de acolhimento.”

de aplicação geral nesse Estado-Membro ou que de outro modo sejam aplicadas em conformidade com o n° 8.”

E do n° 7:

Considera-se que os subsídios e abonos inerentes ao destacamento fazem parte da remuneração, exceto se forem pagos a título de reembolso das despesas efetivamente efetuadas por força do destacamento, como as despesas de viagem, de alimentação e de alojamento. Sem prejuízo do n° 1, primeiro parágrafo, alínea h), o empregador reembolsa essas despesas aos trabalhadores destacados em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais aplicáveis à relação de trabalho.

Caso as condições de trabalho e emprego aplicáveis à relação de trabalho não determinem se os elementos do subsídio e abono inerente ao destacamento são pagos a título de reembolso de despesas efetivamente efetuadas por força do destacamento ou fazem parte da remuneração, ou, se o fizerem, caso não determinem quais os elementos que são pagos a um ou a outro título, consideram-se então a totalidade dos subsídios e abonos como tendo sido paga a título de reembolso de despesas.

Conforme resulta do § 2 do n° 1 do artigo 3° a diretiva não concretiza o que seja salário mínimo, deixando a sua definição material aos Estados-Membros. Esta circunstância levou naturalmente a conceitos diferentes de Estado para Estado, impondo-se uma apreciação caso a caso.

o Tribunal de Justiça no acórdão C-341/02¹⁶³, pronunciou-se relativamente à remuneração a que o país de acolhimento deve atender para efetuar a comparação com os seus níveis de exigência, para efeitos de fiscalização, mas que poderiam ser também para efeitos de um julgamento¹⁶⁴ em ação aí intentada pelo trabalhador destacado. O Tribunal de Justiça considerou que devem ser incluídos os acréscimos e complementos “que não alteram a relação entre a prestação do trabalhador e a contrapartida” que o trabalhador recebe. A comissão defendeu que a diretiva refere que compete ao Estado-Membro definir o

¹⁶³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de abril de 2005, Comissão das Comunidades Europeias/República Federal da Alemanha, processo C-341/02, ECLI:EU:C:2005:220.

¹⁶⁴ A diretiva inclui uma norma que constitui norma especial em relação à convenção de Bruxelas relativa à competência, o artigo 6°, que estipula: “ A fim de fazer valer o direito às condições de trabalho e emprego garantidas pelo artigo 3°, pode ser instaurada uma ação num tribunal do Estado-Membro em cujo território o trabalhador esteja ou tenha estado destacado, sem prejuízo, se necessário, da faculdade de, nos termos das convenções internacionais existentes em matéria de competência judicial, instaurar uma ação num tribunal de outro Estado.”

que seja o “salário”, mas não que pode definir o conceito de “salário” dos outros Estados-Membros, não pode “impor o seu próprio sistema de remunerações”. Referia-se a comissão designadamente ao décimo terceiro e décimos quartos meses. O tribunal, apreciando os prémios de qualidade e os prémios relativos a trabalhos sujos, penosos ou perigosos, que no direito Alemão não integram o conceito de remuneração, por alterarem a relação entre a prestação do trabalhador e a contrapartida que o trabalhador recebe, respondeu no considerando 39 que deve considerar-se que “os acréscimos e complementos, que a legislação ou prática nacional do Estado-Membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado não considera elementos que fazem parte do salário mínimo e alteram a relação entre a prestação do trabalhador, por um lado, e a contrapartida que este recebe, por outro, não podem ser qualificados como tal por força do disposto na Diretiva 96/71.” No acórdão Laval observa no considerado 68 que a Diretiva 96/71 não pretendeu harmonizar sistemas de determinação das condições de trabalho e de emprego.

A comissão veio na sequência daquele entendimento do Tribunal de Justiça, no documento de trabalho nº 52012SC0064¹⁶⁵, ponto 3.2.3.2, a referir não serem claros os componentes da retribuição, assumindo que a sua definição incumbe em princípio ao Estado-Membro de acolhimento nos limites da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Nos considerandos da Diretiva de execução, 2014/67/EU, ficou a constar que “para assegurar que os trabalhadores destacados recebem a remuneração correta, e, desde que subsídios inerentes ao destacamento possam ser considerados parte das tabelas salariais mínimas, esses subsídios só deverão ser deduzidos dos salários se a legislação nacional, as convenções coletivas e/ou as práticas do Estado-Membro de acolhimento assim o previrem” –considerando 35.

Relativamente aos acréscimos que alteram a relação entre a prestação do trabalhador e a sua contrapartida, a não se entender como entendeu o Tribunal de Justiça, ocorreria uma distorção em prejuízo do trabalhador. Os elementos que compõem uma e outra “remuneração” a comparar devem ser congruentes, tendo em atenção a sua relação com as prestações recíprocas devidas no contrato de trabalho. Se o ordenamento do país de acolhimento exclui do conceito determinada prestação, por ser respetivo de uma específica circunstância da prestação do trabalhador, na comparação a efetuar há que levar isso em consideração.

Importará, no entanto, julgamos, para uma correta comparação, que o serviço seja ali executado em condições tais que à luz do direito do país de acolhimento esse acréscimo fosse devido. É que se em

¹⁶⁵ Comissão Europeia, «Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão Resumo da Avaliação de Impacto que Acompanha o Documento Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho respeitante à Execução da Diretiva 96/71/CE... /* SWD/2012/0064 final - APP/2012/0064 */» (2012), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52012SC0064>.

face desse ordenamento, o acréscimo, por exemplo por penosidade, não é devido por não ter o trabalho essa característica, se ele for pago por força da lei aplicável ao contrato, que o considera integrado no conceito de retribuição mínima, não vemos razão para a sua desconsideração para efeitos comparativos.

O considerando 39 da diretiva de execução parece ir mais longe que o próprio Tribunal de Justiça, e julgamos que corretamente, já que o que importa é garantir que ao trabalhador é paga a remuneração devida. Contudo, para que a comparação seja correta e não prejudique as empresas destacadoras agravando a sua posição, importa na análise casuística verificar se os acréscimos e complementos são devidos no país de acolhimento. Desconsiderar um acréscimo devido pela lei aplicável ao contrato e por esta considerado elemento integrante do salário base devido, que não é devido no país de acolhimento nas concretas circunstâncias do trabalhador destacado, não tem sentido. Se aí for devido e por este (estado de acolhimento) não for considerado elemento integrante da retribuição, não teria sentido então considerar o subsídio como integrando a retribuição auferida para efeitos de comparação, tal redundaria numa incorreta comparação em prejuízo do trabalhador.

Valores pagos ao trabalhador destacado, decorrentes de circunstâncias específicas, como trabalho noturno, trabalho suplementar, não devem ser integradas no montante recebido para efeitos de comparação entre o salário do país de acolhimento devido, e o salário recebido. Como se refere no aludido acórdão, considerando 29, “não devem ser considerados, enquanto elementos que fazem parte do salário mínimo, a remuneração do trabalho suplementar, as contribuições para regimes profissionais complementares voluntários de reforma, os montantes pagos a título de reembolso das despesas efetivamente efetuadas por força do destacamento, bem como os montantes fixos que não sejam calculados numa base horária. É o montante bruto do salário que deve ser tomado em consideração.” Tenha-se presente em qualquer caso a necessidade de haver uma congruência entre os montantes a comparar¹⁶⁶.

No acórdão Isbir¹⁶⁷ o tribunal reafirma o entendimento de que o direito da União não se opõe à integração no salário mínimo de elementos de remuneração que não modificam a relação entre a prestação do trabalhador e a contrapartida respetiva. Relativamente a “contribuição para a constituição de um capital”

¹⁶⁶ Questão diferente tem a ver como os valores a pagar a esses títulos, e outros similares, como por exemplo acréscimo por trabalho por turnos. Embora a diretiva apenas refira o trabalho suplementar, em face da nova redação, onde não consta já o termo “mínimo”, devem ser aplicados os valores do país de acolhimento, que tenham as características exigidas, serem de aplicação geral, o que julgamos ser defensável já em sede da diretiva original, tendo em conta o conceito de retribuição que o Tribunal de Justiça seguiu.

¹⁶⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de novembro de 2013, Isbir, processo C-522/12, ECLI:EU:C:2013:711.

incentivadas sob a forma de subsídios do Estado ou benefícios fiscais, entendeu que mesmo que não seja destacável da prestação de trabalho, dados os seus objetivos de política social, não se “inscreve na relação habitual entre a prestação de trabalho e a contrapartida financeira”, não devem em princípio ser consideradas como fazendo parte da remuneração para efeitos da diretiva.

Quanto aos subsídios e abonos inerentes ao destacamento, já vimos que a Diretiva UE) 2018/957 introduz uma alteração¹⁶⁸, esclarecendo os termos do anterior preceito. A anterior redação, dependendo do regime aplicável ao contrato, poderia implicar que era o empregador quem tinha o ónus de demonstrar que tais subsídios e abonos tinham sido pagos a título de pagamento de despesas¹⁶⁹. Os ordenamentos nacionais, devem agora prescrever quanto a esta matéria que na falta de definição se presume que foram pagos a “título de reembolso de despesas”. Alude o considerando 20 da diretiva de alteração que se pretendeu evitar a incerteza.

Do considerando e dos termos literais da norma parece retirar-se que tal consideração será automática, uma presunção *yures ed yure*, impondo às partes a estipulação de acordo contratual no sentido de tais prestações não visarem o reembolso de despesas. Julgamos que a tirar-se tal conclusão a mesma seria excessiva, podendo brigar com as normas vigentes na lei aplicável ao contrato sobre tal matéria, e seria injustificada tendo em conta os objetivos da norma.

Entre nós estipula o artigo 260º do CT sobre ajudas de custo e outros abonos, sem qualquer referência expressa a subsídio e abono inerente ao destacamento. A nossa lei estipule no artigo 258º, nº 3 uma presunção de que qualquer quantia paga ao trabalhador constitui retribuição¹⁷⁰, que o empregador pode ilidir demonstrando que assim não é. O artigo 260º inverte o ónus de prova. À empregadora basta demonstrar que determinada prestação foi efetuada a título de ajudas de custo, abonos de viagem, despesas de transporte, abonos de instalação e outros equivalentes, passando a competir ao trabalhador demonstrar a frequência destas, qual a parte em que as mesmas excedem as efetivas despesas, e que nos termos do contrato ou de acordo com os usos devem nessa parte integrar a retribuição. Poderão enquadrar-se nesta norma os subsídios e outros abonos inerente ao destacamento?

¹⁶⁸ Supra em 4.2.2.

¹⁶⁹ Cf. Artigo 18º do Regulamento Roma I e 14º da Convenção de Roma.

¹⁷⁰ Aqui no sentido do direito interno, não no sentido da diretiva que como vimos exclui as prestações que modificam a relação entre a prestação do trabalhador e a contrapartida que auferem.

Julgamos que a norma não foi pensada para esta específica situação, e a ser assim estaremos¹⁷¹, face a uma situação, como refere o § 2 do n° 7 do artigo 3° da diretiva de alteração, em que as condições de trabalho e emprego aplicáveis à relação de trabalho¹⁷² “não determinem se aqueles elementos são pagos a título de reembolso de despesas efetivamente efetuadas por força do destacamento ou fazem parte da remuneração”. Importará assim aplicar a tais situações o comando do artigo 260.º, n° 1, alínea a), até por ser uma interpretação mais conforme ao direito da União¹⁷³.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se num outro acórdão sobre componentes da retribuição mínima, o acórdão Sähköalojen Ammattiliitto, esclarecendo que o poder concedido aos Estados-Membros quanto à determinação dos seus elementos deve obedecer ao princípio da transparência. As regras devem ser acessíveis e claras.

Estavam em causa neste processo, além da fixação da retribuição em função da hora ou tarefa e tendo em conta a categoria profissional, o subsídio de férias, ajudas de custo diárias fixas, uma compensação pelo tempo de deslocação diário e um subsídio para as despesas de alojamento, que a convenção do país de acolhimento, de aplicação geral, qualificava como remuneração. Perguntava-se se nos termos da diretiva tais prestações deveriam ser excluídas do conceito de remuneração mínima. O Tribunal de Justiça reafirma além do mais o intuito da diretiva no sentido de garantir ao trabalhador destacado as condições de trabalho e de emprego fixadas no Estado-Membro de acolhimento, competindo a este a determinação do que seja o salário mínimo, “sob reserva das indicações que constam do artigo 3º, n° 7, segundo parágrafo, da Diretiva 96/71”¹⁷⁴, aludindo a que as regras devem ser transparentes, devem ser acessíveis e claras. O Tribunal de Justiça conclui que a diretiva, em tais circunstâncias, não se opõe a tal forma de cálculo do salário.

Quanto às demais prestações refere, quanto à compensação pelo tempo de deslocação diário, que não se afigurando que correspondam a despesas, devem ser integrados na previsão do n° 7 do artigo 3°

¹⁷¹ Salvo estipulação contratual, ainda que posterior ao início da relação laboral, por exemplo no acordo relativo ao destacamento, se o houver.

¹⁷² Pressupondo seja o ordenamento português.

¹⁷³ Com valor indicativo vejamos os regimes das ajudas de custo em sede de IRS e Segurança Social, alínea d), do n° 3, e do n° 14, do artigo 2º, do Código do IRS (decreto-lei n° 442-A/88, de 30 de novembro com republicação pela Lei n° 82-E/2014, de 31 de dezembro), e alínea p), do n° 2, do artigo 46º, do Código dos Regimes Contributivos de Sistema Previdencial de Segurança Social. (Lei n° 110/2009, de 16 de setembro, redação dada pela Lei n° 83-C/2013, de 31 de dezembro).

¹⁷⁴ Considerandos 30 a 32 e 34.

(redação inicial), devendo considerar-se integradas no salário “em condições idênticas às aquelas a que está sujeita a inclusão dessas ajudas no salário mínimo pago aos trabalhadores locais aquando de um destacamento dos mesmos no interior do Estado-Membro em causa.”

Temos dúvidas quanto a tal integração. Não compete ao Estado-Membro de acolhimento definir compensações remuneratórias em função do destacamento, ou só por causa dele. A diretiva concede-lhe e impõe-lhe o dever de fazer respeitar as suas normas no que se refere às matérias elencadas no artigo 3º da diretiva. Se existe um subsídio decorrente de deslocamento interno, esse será aplicável, se no decurso do destacamento num determinado Estado-Membro, ocorrerem tais deslocações¹⁷⁵, o que não parece ser a situação. No caso o sindicato pretendia a aplicação de tal ajuda pelo simples facto de os trabalhadores estarem deslocados da sua residência, na Polónia. As empresas destacadoras estariam sempre obrigadas a pagar a prestação pelo simples facto do destacamento, sendo que as empresas nacionais não estão obrigadas a tal prestação, a menos que procedam a deslocamento interno¹⁷⁶.

Quanto à compensação pelo tempo de deslocação diária, preenchidos os respetivos requisitos, não correspondendo a reembolso de despesas, deve ser considerado no salário mínimo, assim como o subsídio de férias. Já quanto aos restantes elementos se considerou não poderem integrar o conceito, estão nestas condições o pagamento do alojamento, os vales de refeição, nos termos no nº 7 do artigo 3º da diretiva, por serem pagos a título de despesas.

De acordo com a jurisprudência deste acórdão devem ser aplicadas ao trabalhador destacado as regras relativa à determinação da remuneração, no caso de previsão de categorias salariais em função da categoria, de antiguidade ou outros fatores, desde que de aplicação geral.

¹⁷⁵ Veja-se o regime atual relativo à al. i) do artigo 3º, e parágrafo segundo, que relativamente a despesas e abonos ou reembolsos de despesas para cobrir as despesas de viagem, para os trabalhadores longe do seu domicílio por motivos profissionais, esclarece que se aplica exclusivamente a tais despesas incorridas no Estado-Membro de acolhimento, aquelas que a este compete regular.

¹⁷⁶ Vd. os pontos 95 e 100 das conclusões do Advogado-geral Wahl, apresentadas em 18/9/2014, no processo referido (Sähköalojen), ECLI:EU:C:2014:2236, onde se dá nota da circunstância de que “ embora algumas empresas nacionais não sejam obrigadas a pagar esses subsídios, esse pagamento é uma consequência necessária do destacamento de trabalhadores para o Estado-Membro de acolhimento” e que “as ajudas de custo diárias fixas como as que estão em causa no processo principal visam compensar despesas adicionais em que o trabalhador possa incorrer durante o período em que está (temporariamente) longe do seu local de residência. Um exemplo típico é o dos trabalhos que exigem que o trabalhador passe uma noite fora de casa. Embora seja pacífico que os trabalhadores foram contratados na Polónia, durante o seu destacamento na Finlândia ficaram alojados em instalações pagas pela entidade patronal, situadas nas proximidades do estaleiro da central nuclear. Neste caso, o argumento de que o pagamento das ajudas de custo diárias fixas era necessário para proteger os trabalhadores destacados parece ser pouco convincente.”

Passemos às matérias relativamente às quais os Estados-Membros devem estabelecer a aplicabilidade das suas regulamentações às empresas prestadoras de serviços transnacionais, considerando os vários regimes de destacamento.

3.2.3 Destacamentos enquadráveis nas als. a) e b) do artigo 1º

O nº1 do artigo 3º da Diretiva 96/71/CE começa por referir que os Estados-Membros providenciarão no sentido de que, independentemente da lei aplicável à relação de trabalho, as empresas referidas no nº 1 do artigo 1º garantam aos trabalhadores destacados no seu território as condições de trabalho e de emprego relativas às matérias elencadas nas suas alíneas a) a g) que sejam fixadas, por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas. Tal aplicação só não deve ocorrer se as condições fixadas no contrato ou resultantes da lei aplicável foram mais favoráveis¹⁷⁷ – considerando 17 da Diretiva 96/71/CE.

Tratando-se de alguma das atividades constantes do anexo¹⁷⁸, deverão ainda garantir a aplicação das mesmas condições de trabalho fixadas por convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral, ou seja, “aquelas que devem ser cumpridas por todas as empresas pertencentes ao sector ou à profissão em causa e abrangidas pelo seu âmbito de aplicação territorial”, conforme nº 8 do artigo 3º.

Os Estados-Membros tinham no entanto a faculdade de, relativamente às restantes atividades, imporem às empresas destacadoras as condições de trabalho e emprego fixadas nas convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral, relativamente às mesmas matérias, conforme nº 10 do mesmo artigo¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Tenha-se ainda em mente o atrás referido. Havendo acordo quanto à lei aplicável há que verificar e levar em conta as regras não derogáveis por acordo da lei que seria aplicável na falta de escolha, se mais favorável.

¹⁷⁸ Escavação, Aterros, Construção, Montagem e desmontagem de elementos pré-fabricados, Arranjo ou instalação de equipamento, Transformação, Renovação, Reparação, Desmantelamento, Demolição, Conservação, Manutenção - trabalhos de pintura e limpeza, Saneamento.

¹⁷⁹ A norma não refere a limitação às matérias elencadas nas als. a) a g) do nº 1 do artigo 3º, mas vimos já, em 4.1, que o entendimento do Tribunal de Justiça foi nesse sentido.

O Tribunal tem sido rigoroso quanto a esta exigência de aplicabilidade geral do instrumento de regulamentação coletiva, não aceitando situações em que apesar de uma declaração de aplicação geral, pode ocorrer que algumas empresas nacionais possam não estar sujeitas às mesmas, ficando sujeitas a um nível de proteção menor, designadamente salarial. Assim no caso *Portugaia*¹⁸⁰, decidiu-se que “ o facto de um empresário nacional poder praticar um salário inferior ao mínimo previsto numa convenção coletiva declarada de aplicação geral, através da celebração de um acordo coletivo de empresa, enquanto um empresário estabelecido noutro Estado-Membro não pode fazê-lo, constitui uma restrição injustificada à livre prestação de serviços.”

Relativamente aos Estados-Membros sem um sistema de declaração de aplicação geral dos IRCT, prevê a Diretiva 96/71/CE no n° 8 do art° 3°, que os Estados podem tomar por base “as convenções coletivas ou decisões arbitrais que produzam um efeito geral sobre todas as empresas semelhantes pertencentes ao sector ou à profissão em causa, e que sejam abrangidas pelo seu âmbito de aplicação territorial, e/ou as convenções coletivas celebradas pelas organizações de parceiros sociais mais representativas no plano nacional e aplicadas em todo o território nacional”. Tal aplicação só é permitida se for garantida, quanto às matérias enumeradas no n° 1 do artigo 3°, a igualdade de tratamento. Assim importará que as empresas nacionais em situação idêntica, estejam todas elas, no local de atividade e no setor em causa, sujeitas a tais obrigações no que respeita às matérias abrangidas, as do n°1 do artigo 3°¹⁸¹.

Com a Diretiva (UE) 2018/957, a obrigação de os Estados-Membros garantirem aos trabalhadores destacados, relativamente às matérias elencadas, as condições constantes de convenções coletivas ou decisões arbitrais de aplicação geral deixa de estar limitada aos setores constantes do anexo, passando a aplicar-se a todos os setores.

Outra alteração relevante é a possibilidade de os Estados-Membros que possuem um sistema de declaração de aplicação geral de um IRCT, poderem fazer uso do método alternativo anteriormente reservado aos países sem sistema de declaração de aplicação geral. Assim o novo n° 8 do artigo 3°

¹⁸⁰ Acórdão Tribunal de Justiça de 24 de janeiro de 2002, *Portugaia*, processo C-164/99, ECLI:EU:C:2002:40.

¹⁸¹ Acórdão *Laval*, no considerando 64 refere que “as convenções coletivas e as decisões arbitrais, na aceção desta norma, são aquelas que devem ser respeitadas por todas as empresas pertencentes ao sector ou à profissão em causa e abrangidas pelo seu âmbito de aplicação territorial.” No considerando 66 refere que o recurso constante do n° 8 como alternativa à falta de um sistema de declaração de aplicação geral das convenções ou decisões arbitrais, depende de decisão do Estado-Membro nesse sentido e de outro que seja garantido quanto às matérias abrangidas, igualdade de tratamento em relação às empresas nacionais do mesmo setor ou profissão em causa. Tal igualdade ocorre quando as empresas nacionais estão quanto àquelas matérias “sujeitas às mesmas obrigações que as empresas que efetuam destacamentos e estas obrigações produzem os mesmos efeitos relativamente a ambas as categorias de empresas.”

refere; “na ausência de um sistema de declaração de aplicação geral de convenções coletivas ou de decisões arbitrais na aceção do primeiro parágrafo, **ou acrescentando-se a esse sistema**, os Estados-Membros podem, se assim o entenderem, tomar por base (...)” – Realçado nosso.

As matérias abrangidas constantes das alíneas a) a g) do nº 1 do artigo 3º e são as seguintes:

- a) Períodos máximos de trabalho e períodos mínimos de descanso;
- b) Duração mínima das férias anuais remuneradas;
- c) Remunerações salariais mínimas, incluindo as bonificações relativas a horas extraordinárias; a presente alínea não se aplica aos regimes complementares voluntários de reforma;
- d) Condições de disponibilização dos trabalhadores, nomeadamente por empresas de trabalho temporário;
- e) Segurança, saúde e higiene no trabalho;
- f) Medidas de proteção aplicáveis às condições de trabalho e emprego das mulheres grávidas e das puérperas, das crianças e dos jovens;
- g) Igualdade de tratamento entre homens e mulheres, bem como outras disposições em matéria de não discriminação.

Na Diretiva (UE) 2018/957 ocorrem algumas alterações quanto ao leque de matérias e introduzem-se melhoria na al. c)

Passa a constar desta: al. c), “Remuneração, incluindo as bonificações relativas a horas extraordinárias; a presente alínea não se aplica aos regimes profissionais complementares de pensões;

Introduzem-se duas alíneas, que vêm alargar a proteção do trabalhador, a saber:

- h) Condições de alojamento dos trabalhadores caso o empregador disponibilize alojamento aos trabalhadores afastados do seu local de trabalho habitual;
- i) Subsídios e abonos ou reembolsos de despesas para cobrir as despesas de viagem, de alimentação e de alojamento para os trabalhadores longe do seu domicílio por motivos profissionais.

Relativamente ao alojamento, as condições a cumprir são as determinadas no ordenamento do país de acolhimento aplicáveis às empresas nacionais nas situações de “deslocamento interno” dos seus

trabalhadores. Se o alojamento não for prestado diretamente, custeado pela empresa destacadora, o reembolso do respetivo custo é efetuado em conformidade com o direito ou as práticas nacionais aplicáveis à relação de trabalho, conforme 3º parágrafo do novo nº 7 do artigo 3º.

Quanto à alínea i), o segundo parágrafo do nº 1 do artigo 3º esclarece que as despesas ali referidas são as efetuadas de e para o local de trabalho no Estado-Membro de destacamento. Não são abrangidas as despesas decorrentes da deslocação do país de origem ou regresso a este. São as despesas a que estão igualmente obrigadas as empresas nacionais.

3.2.4 Destacamentos enquadráveis na al. c) do artigo 1º

Na Diretiva 96/71/CE às situações em que a prestação do serviço consiste na própria disponibilização de mão de obra, integráveis na al. c) do artigo 1º, era aplicável por defeito o regime atrás referido.

Os Estados-Membros, nos termos do nº 9 do artigo 3º, tinham a faculdade de prever a aplicação a estas empresas, a empresa de trabalho temporário, agência de colocação¹⁸², ou empresa que põe um trabalhador à disposição, todas as condições de trabalho e não apenas as referidas nas alíneas do nº 1 do artigo 3º, aplicáveis aos trabalhadores temporários no seu território, segundo o seu ordenamento jurídico.

Com a Diretiva (UE) 2018/957, os regimes são diversos. Nos termos do aditado nº 1-B ao artigo 3º, aos trabalhadores destacados ao abrigo da referida alínea, devem ser garantidas as mesmas condições de trabalho e emprego aplicáveis aos trabalhadores temporários no Estado de acolhimento, nos termos do artigo 5º da Diretiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de novembro de 2008 relativa ao trabalho temporário¹⁸³. A diretiva consagra (considerando 12) “um quadro de proteção para os trabalhadores temporários que se caracteriza

¹⁸² Na aceção da diretiva. Entre nós as agências de colocação não se enquadram neste conceito, vd. nota 143.

¹⁸³ No Código do Trabalho os artigos 185º ss.

pela não discriminação, pela transparência e proporcionalidade, sem deixar de respeitar a diversidade dos mercados de trabalho e das relações laborais.” O artigo 5º, com a epígrafe “princípio da igualdade de tratamento”, consagra o princípio da equiparação, pelo menos, com as condições praticadas pelo utilizador. A norma refere condições que seriam aplicadas a tais trabalhadores se “tivessem sido recrutados diretamente pelo utilizador para ocuparem a mesma função.”

A utilizadora tem a obrigação de informar a empresa que disponibilizou o trabalhador das condições de trabalho e emprego que aplica, designadamente a retribuição, conforme segundo parágrafo do aditado número. Caso se trate de uma cadeia de disponibilização, conforme ponto ii da al. c) do artigo 1º essa obrigação deve ser cumprida pela utilizadora final, em relação à empresa que mantém o vínculo contratual com o trabalhador, a primeira disponibilizadora, em tempo útil, que permita a esta cumprir as suas obrigações. O segundo parágrafo do ponto ii) referido fala em “atempadamente”.

Quanto a remunerações o nº 2 da norma prevê uma possibilidade de derrogação pelos Estados-Membros, sempre que os trabalhadores temporários ligados a uma empresa de trabalho temporário por um contrato permanente continuem a ser remunerados durante o período que decorre entre duas cedências. Se existir tal derrogação pode questionar-se se a mesma se aplica aos trabalhadores destacados. Por força do princípio da igualdade de tratamento, assim parece.

Em tal caso o trabalhador destacado, por força do mesmo princípio, ficará quanto à matéria salarial sujeito ao regime do artigo 3º, nº 1 da Diretiva destacamento, o aplicável aos destacamentos enquadráveis nas als. a) e b) do artigo 1º desta.

Relativamente à possibilidade concedida aos Estados no nº 3 do mesmo artigo da Diretiva relativa ao trabalho temporário, no sentido de serem fixadas por convenção coletiva condições distintas das referidas no nº 1 do artigo 5º, caso exista convenção celebrado ao abrigo da possibilidade aí referida declarada de aplicação geral, será naturalmente aplicável aos trabalhadores destacados nos termos da al. c) do artigo 1º da Diretiva destacamento.

Se não existir convenção nessas condições e na situação concreta resultar que os vencimentos nela previstos são inferiores aos aplicáveis na utilizadora, coloca-se a questão da igualdade de

tratamento com as empresas locais, o que nos remete de novo, parece-nos, para o regime do artigo 3º da Diretiva destacamento¹⁸⁴.

Além destas regras, os Estados-Membros têm a faculdade de exigir para além das condições de trabalho e emprego que resultam do artigo 5º da Diretiva 2008/104/CE, outras condições de trabalho e emprego aplicáveis aos trabalhadores temporários no seu território. Como exemplo as que resultam da transposição da Diretiva 91/383/CEE do Conselho, de 25 de junho de 1991, que completa a aplicação de medidas tendentes a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores que têm uma relação de trabalho a termo ou uma relação de trabalho temporário.

Estes destacamentos também estão sujeitos ao regime do nº 1-A do artigo 3º. Assim, decorrido o prazo de 12 meses, ou 18, se for o caso¹⁸⁵, são aplicáveis, com base na igualdade de tratamento, para além das condições de trabalho e emprego referidas no nº 1-B do mesmo artigo 3º, todas as condições de trabalho e emprego aplicáveis aos trabalhadores temporários no Estado-Membro onde é executado o trabalho.

3.2.5 Regime excecional para destacamentos de curta duração e outras situações específicas

3.2.5.1 Destacamentos de curta duração

A diretiva, para prestações de serviços transfronteiriças de reduzido relevo, quer pela duração quer pelo serviço a prestar, relativamente aos quais os encargos administrativos e financeiros decorrentes da necessária adaptação da empresa às exigências da diretiva poderiam ser

¹⁸⁴ Existindo convenção coletiva aplicável no Estado de acolhimento, não declarada de aplicação geral, fixando vencimento que em concreto seja inferior ao da utilizadora do trabalhador destacado, fazer aplicar à empresa destacadora, o vencimento praticado na utilizadora, implica uma desvantagem desta em relação às suas similares nacionais. A solução passará por aplicar, quanto à matéria salarial, o regime normal aplicável aos destacamentos referidos nas als. a) e b) do artigo 1º da Diretiva destacamento.

¹⁸⁵ Ou caso a cedência seja prevista para período superior a 12 meses.

dissuasores¹⁸⁶, prevê exceções quanto à aplicação do regime relativamente a algumas situações, e quanto a outras prevê a possibilidade de os Estados-Membros estabelecerem isenções e derrogações¹⁸⁷.

Relativamente aos serviços de montagem inicial/primeira instalação, com exceção das atividades de construção civil constantes do anexo, a “matéria relativa a remunerações e duração de férias remuneradas, não se aplica “aos trabalhos de montagem inicial e/ou de primeira instalação de um bem, que sejam parte integrante de um contrato de fornecimento de bens, indispensáveis para a entrada em funcionamento do bem fornecido e executado pelos trabalhadores qualificados e/ou especializados da empresa fornecedora, quando a duração do destacamento não for superior a oito dias”, conforme n.º 2 do artigo 3.º da diretiva.

Quanto ao destacamento tendo em vista serviço envolvendo reduzido volume de trabalho, nos termos do n.º 5 do artigo 3.º, os Estados-Membros podem prever a concessão de uma derrogação relativamente às matérias relativas a remunerações e duração de férias remunerada em virtude do reduzido volume dos trabalhos a efetuar, em relação a qualquer tipo de atividade. Em tal caso devem estabelecer as normas que os trabalhos a efetuar devem respeitar para serem considerados «de reduzido volume».

Quanto ao destacamento pelo período de um mês ou menor, relativamente a qualquer atividade, incluindo as relativas à construção civil constantes do anexo, e desde que não se trate de destacamento enquadrável na al. c) do artigo 1.º da diretiva, “os Estados-Membros podem, após consulta dos parceiros sociais e segundo os respetivos usos e costumes em vigor”, decidir não aplicar a matéria relativa a remunerações salariais, conforme n.º 3 do artigo 3.º da diretiva.

Relativamente a determinados setores de atividade, um ou mais, incluindo os relativas à construção civil constantes do anexo, e desde que não se trate de destacamento enquadrável na al. c) do artigo

¹⁸⁶ Refere-se no considerando 15, que “em certos casos delimitados de trabalhos de montagem e/ou instalação de um bem, convém prever a não aplicação das disposições relativas ao salário mínimo e à duração mínima das férias anuais remuneradas”.

¹⁸⁷ Assim diz-se no considerando 16, que “além disso, há que assegurar uma certa flexibilidade na aplicação das disposições relativas ao salário mínimo e à duração mínima das férias anuais pagas; que, quando a duração do destacamento não exceda um mês, os Estados-Membros podem, em certas condições, derrogar as disposições relativas ao salário mínimo ou prever a possibilidade de derrogação mediante convenções coletivas; que, em caso de reduzido volume dos trabalhos a efetuar, os Estados-Membros podem derrogar as disposições relativas ao salário mínimo e à duração mínima das férias anuais remuneradas”.

1º da diretiva, os Estados-Membros podem, segundo as legislações e/ou práticas nacionais, prever a possibilidade de derrogações em relação à matéria relativa a remuneração, por convenção coletiva na aceção do nº 8 do artigo 3º¹⁸⁸, bem como podem prever a possibilidade de por convenção coletiva, na mesma aceção, ser derogado o regime que tenha sido fixado pelo Estado-Membro nos termos da possibilidade anteriormente referida, agora ao abrigo do nº 4 do aludido artigo 3º.

No que respeita à referência temporal que fundamenta estas isenções ou possíveis derrogações, importa ter em atenção o disposto no artigo 3º, nº 6 da diretiva, nos termos da qual a duração do destacamento é calculada com base num período de referência de um ano após o respetivo início. Importa assim e tendo em vista evitar a fraude, verificar caso a caso se a situação se enquadra efetivamente e em termos temporais na previsão da lei. Entre nós, no que respeita aos destacamentos para o território nacional, importa verificar apenas quanto à isenção, conforme artigo 7º, al. b), já que Portugal não fez uso da possibilidade de conceder derrogações – números 4 e 5 do artigo 3º da diretiva -. A nossa norma aliás faz referência ao período de um ano.

Vejamos agora algumas situações limite que podem colocar-se e importam um cuidado acrescido, tendo em vista evitar abusos e a fraude.

3.2.5.2 Destacamento imediato após contratação.

A definição do artigo 2º da diretiva não obsta a que se considere existir um destacamento no caso de o trabalhador ter sido destacado imediatamente após a sua contratação, e sem que tivesse exercido efetivamente funções no país de origem, desde que resulta dos termos do contrato que esse será o seu local de trabalho habitual e for de pressupor que a ele regressará para aí passar a exercer funções, no termo do destacamento.

De igual modo será, se tiver sido contratado por empresa de trabalho temporário, que logo o disponibiliza para utilizador estabelecido noutra Estado-Membro para aí exercer funções temporariamente. Deverá

¹⁸⁸ Convenção coletiva declarada de aplicação geral, ou aplicável aos trabalhadores destacados nos termos do regime alternativo previsto no nº 8 do artigo 3º da diretiva.

considerar-se como uma situação de destacamento, desde que se verifiquem os apontados indícios e de que a contratação visou a disponibilização essencialmente no mercado do país de origem, e aí essencialmente será disponibilizado.

Tendo sido contratado pela empresa de trabalho temporário no Estado de estabelecimento desta, à qual se mantém vinculado, na presença daquelas circunstâncias, e é, da contratação para disponibilização nesse Estado, onde a empregadora desenvolve o essencial da sua atividade, e onde após o destacamento aquele trabalhador passará a ser disponibilizado, não pode considerar-se que o trabalho é exercido de forma habitual no país onde o trabalhador vai temporariamente exercer funções sob as ordens da utilizadora, já que deverá regressar ao País de origem no termo da cedência. Assim há que considerar este como o país em que o trabalhador tem o seu centro de vida profissional e familiar, aplicando-se a respetiva lei nos termos do artigo 8º, nº 2 do Regulamento Roma I. Considera-se em tais situações como trabalhador destacado, nos termos da al. c).

Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o elemento essencialmente caracterizador é o destacamento temporário para um Estado-Membro que não é aquele onde deva exercer habitualmente trabalho, no âmbito de uma prestação de serviços.

Veja-se a propósito o entendimento do Tribunal de Justiça sobre “local de prestação habitual do trabalho”, atrás referenciado, páginas 34 e seguintes. Como refere a Diretiva de execução importa verificar caso a caso, sendo que a falta de algum elemento só por si não basta a que se verifique um destacamento. Assim, desde que resulta dos termos do contrato que o local habitual de trabalho será no país de origem, sendo destacado temporariamente no âmbito de uma prestação de serviços para o país de acolhimento, e for de pressupor que após o termo da tarefa regressará para o país de origem para aí passar a exercer funções, deverá considerar-se existir um destacamento para efeitos da diretiva¹⁸⁹.

Veja-se a propósito o considerando 36 do regulamento no sentido de que a prestação de trabalho noutro país deverá ser considerada temporária caso se pressuponha que o trabalhador retomará o seu trabalho

¹⁸⁹ No considerando 51 do acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 2006, Comissão das Comunidades Europeias/República da Áustria, processo C-168/04, ECLI:EU:C:2006:595, dá-se nota de que o Tribunal “não fez acompanhar o conceito de «emprego regular e habitual» de uma condição de residência ou de emprego de duração determinada no Estado de estabelecimento da empresa prestadora dos serviços”, aludindo ao acórdão de 19 de Janeiro de 2006, Comissão/Alemanha, processo C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49. No considerando 55 deste refere-se que “ a República Federal da Alemanha não pode, a esse respeito, basear-se na fórmula utilizada pelo Tribunal de Justiça no nº 26 do acórdão Vander Elst, já referido, ao defender que essa exigência de emprego prévio permite verificar se o trabalhador destacado nacional de um Estado terceiro dispõe de um emprego regular e habitual no Estado-Membro de estabelecimento (...) o Tribunal de Justiça não fez acompanhar o conceito de «emprego regular e habitual» de uma condição de residência ou de emprego de duração determinada no Estado de estabelecimento da empresa prestadora dos serviços.”

no país de origem, após o cumprimento das suas tarefas no estrangeiro, e continua o mesmo considerando referindo que “a celebração de um novo contrato de trabalho com o empregador originário ou com um empregador pertencente ao mesmo grupo de empresas que o empregador originário não deverá impedir que se considere que o trabalhador presta temporariamente o seu trabalho noutra país.”

A par de outros elementos já referidos, pode invocar-se para o efeito a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à determinação da integração ou não de um trabalhador num determinado mercado regular de emprego, já que o trabalhador destacado não está integrado no mercado regular de emprego do país de acolhimento.

O Tribunal de Justiça no acórdão Bozkurt¹⁹⁰ abordando a questão da integração de um trabalhador Turco motorista de transportes internacionais no “mercado regular de emprego” de um Estado-Membro”, refere, aludindo ao acórdão Lopes da Veiga¹⁹¹, que para saber se um trabalhador pertence a um mercado regular de trabalho, há que determinar se a relação de trabalho pode ser localizada no território do Estado-Membro¹⁹² ao qual está vinculada de modo suficientemente estreito, para o que é necessário ter em consideração em especial o local de contratação, o território no qual ou a partir do qual a atividade é exercida e as disposições nacionais do direito do trabalho e da segurança social – considerando 22 e 23¹⁹³.

3.2.5.3 Residência do trabalhador no País de origem durante o destacamento

Não constitui razão que obste ao entendimento de que se trata de trabalhador destacado, para efeitos da diretiva, a residência do trabalhador durante o destacamento. Ocorrendo embora normalmente uma deslocação da própria residência para o país de acolhimento, tal pode não ocorrer. Nas zonas fronteiriças pode ocorrer que o trabalhador seja destacado para o território de outro Estado-Membro, regressando

¹⁹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 1995, Bozkurt, processo C-434/93, ECLI:EU:C:1995:168.

¹⁹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de setembro de 1989, Lopes da Veiga, processo 9/88, ECLI:EU:C:1989:346, considerandos 16 e 17.

¹⁹² Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho I*, 1.ª (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), p. 62, refere, “trabalhadores que já têm emprego num país”.

¹⁹³ Ainda os Acórdãos Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 1997, Günaydin, processo C-36/96, ECLI:EU:C:1997:445, considerando 29; de 30 de setembro de 1997, Ertanir, processo C-98/96, ECLI:EU:C:1997:446, considerando 38 e 39;

todos os dias à sua residência habitual, no país onde habitualmente presta serviço. E pode ocorrer que sendo deslocado da sua residência habitual, seja instalado num terceiro Estado, fronteiro àquele onde temporariamente irá prestar o seu trabalho, como por exemplo ser destacado de Portugal para trabalhar no Luxemburgo, com instalações para residência na Bélgica.

Assim é que a Diretiva 2014/67/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, acima referida, no seu artigo 4º e para “ Identificação de um verdadeiro destacamento”, com valor indicativo, indica vários elementos, como vimos, uns relativos à entidade destacadora e outros à forma de execução do contrato, designadamente quanto ao tempo, não relevando a questão da residência do trabalhador¹⁹⁴.

Poderia dizer-se que em tais condições, sem alteração da residência, grande parte da argumentação relativa à proteção do trabalhador perde o sentido, já que este não é desinserido do seu centro normal de vida, continuando sujeito no essencial ao nível de vida do seu Estado de origem. Assim pode ser, mas importa não esquecer que a diretiva não pretendeu apenas acautelar esses interesses, visando também garantir uma concorrência sadia entre as empresas prestadoras de serviços oriundas de outros Estados-Membros e as congéneres locais. Assim é que a diretiva de alteração, tendo em vista designadamente a salvaguarda da concorrência, persegue o princípio de salário igual para trabalho igual no mesmo local. Vejam-se os considerandos 6 e 8, e o corpo do nº 1 do artigo 3º, onde se refere que as condições ali fixadas devem ser garantidas na base da “igualdade de tratamento”. A circunstância relativa à residência, contudo, poderá ter algum relevo, dependendo da concreta configuração do destacamento.

O Tribunal de Justiça no acórdão Mazzoleni¹⁹⁵ aborda uma situação de destacamento temporário, em região fronteira, sem alteração de residência. Perguntava-se ao tribunal designadamente se a diretiva abrangia no conceito de período de destacamento, o de tempo parcial, aleatório ou não, de um trabalhador transfronteiriço.

O Advogado geral Alber refere, para responder de forma afirmativa, que “a matéria de facto do processo principal subsume-se sem dificuldade nesta definição. A empresa de vigilância estabelecida em França destacou trabalhadores por sua conta e sob a sua direção para o território da Bélgica tendo a empresa de envio e a galeria comercial destinatária celebrado um contrato de prestação de serviços e existindo

¹⁹⁴ A residência do trabalhador é referida lateralmente na al. f) do nº 3 do artigo 4º, constituindo elementos a considerar o facto de serem pagas despesas de alojamento. A deslocação de residência constitui assim elemento a ponderar como indicador de um destacamento, mas pela positiva, não implicando a sua ausência que não se esteja perante um destacamento. Atente-se na letra da norma e na conjunção “ou” - “as despesas de viagem, alimentação ou alojamento”.

¹⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2001, Mazzoleni, processo C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162.

uma relação de trabalho entre a empresa de vigilância e os trabalhadores destacados. Pode, portanto, considerar-se que os trabalhadores em causa entram no âmbito de aplicação pessoal da diretiva.”

No acórdão pressupõe-se a indiferença da alteração ou não da residência do trabalhador para o efeito de se considerar trabalhador destacado. Refere-se o acórdão a trabalhadores da área da “segurança” que eram destacados de um Estado-Membro para outro Estado-Membro fronteiriço, para prestarem serviços a tempo parcial. O tribunal, possibilitando embora a desaplicação das normas do Estado de acolhimento, caso a sua aplicação se revele desproporcionada, não deixa de integrar o trabalho efetuado por trabalhador que reside num Estado e é deslocado diariamente a efetuar serviço num outro Estado fronteiriço, como trabalho em regime de destacamento.

No considerando 31º alude-se a essa especificidade por comparação com os casos *Seco e Desquenne*, *Guiot e Arblade*¹⁹⁶, relativos a efetivo deslocamento do trabalhador para o País de acolhimento, e é, com alteração da residência temporariamente para o Estado de acolhimento, referindo o acórdão que tal circunstância, efetiva deslocação para o Estado-Membro de acolhimento, deve ser sopesada na apreciação a efetuar para determinar “se a aplicação da respetiva regulamentação que impõe um salário mínimo é necessária e proporcionada”, conforme considerando 38¹⁹⁷.

Refere-se na decisão:

“Os artigos 59º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49º CE) e 60º do Tratado CE (atual artigo 50º CE) não se opõem a que um Estado-Membro obrigue uma empresa estabelecida noutro Estado-Membro que efetue uma prestação de serviços no território do primeiro Estado-Membro a pagar aos seus trabalhadores a remuneração mínima estabelecida pelas normas nacionais desse Estado. A aplicação de tais regras pode, contudo, revelar-se desproporcionada quando se trate de assalariados de uma empresa estabelecida numa região fronteiriça que sejam conduzidos a efetuar, a tempo parcial e durante breves períodos, uma parte do respetivo trabalho no território de um ou até vários Estados-Membros que não o de estabelecimento da empresa.

¹⁹⁶ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro de 1982, *Seco e Desquenne*, processos apensos 62 e 63/81, ECLI:EU:C:1982:34; de 28 de Março de 1996, *Guiot*, processo C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147; de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575.

¹⁹⁷ Refere o considerando: “Esta avaliação implica, por um lado, que as autoridades competentes atendam, designadamente, à duração das prestações de serviço, à respetiva previsibilidade, **ao facto de os empregados terem sido efetivamente deslocados para o Estado-Membro de acolhimento ou de continuarem a estarem ligados à base operacional da entidade patronal** no seu Estado-Membro de estabelecimento” - realçado nosso.

Incumbe, em consequência, às autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento determinar se, e em que medida, a aplicação de uma regulamentação nacional que imponha um salário mínimo a tal empresa é necessária e proporcionada para garantir a proteção dos trabalhadores em causa.

No trabalho por destacamento pode ou não ocorrer uma alteração da residência do trabalhador, como acontece com empresas estabelecidas junto às fronteiras e que prestam serviços no Estado-Membro vizinho.

Esta situação não se confunde com a dos trabalhadores fronteiriços que são aqueles que trabalhando num Estado-Membro de forma habitual, mantêm a residência no território de um outro Estado-Membro. Não ocorre aqui qualquer destacamento, mas sim uma deslocação ao abrigo da liberdade de circulação de trabalhadores – ver artigo 1º do Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores.

O que caracteriza o destacamento é o exercício de atividade de natureza temporária noutro Estado, que não aquele onde habitualmente é prestada, no âmbito de uma prestação de serviços.

3.2.5.4 Repartição de tempos e locais de trabalho.

A aplicação concreta das normas que transpõem a diretiva às situações em que o trabalhador executa no mesmo dia trabalho em mais que um Estado-Membro, levanta importantes questões. O problema assume particular acuidade nos casos de envio irregular e aleatório dos trabalhadores para o país ou países limítrofes, incluindo-se os casos de prestação indistinta e concomitante num e outro país, no mesmo dia ou semana. A aplicação das regras do país ou países, além daquele em que habitualmente presta funções, em que o trabalhador executa tarefas em tais condições tem implicações ao nível dos custos administrativos e contabilísticos caso se exija a consideração de vários salários, vários valores de horas suplementares, conjugação com vários tipos de períodos máximos de trabalho e de descanso, regimes fiscais, obrigações de natureza administrativa e outras. Tais circunstâncias podem constituir um sério óbice à prestação de serviços e consequentemente inerente liberdade consagrada no tratado.

O Advogado-geral Alber, processo Mazzoleni, reconhece isso mesmo no ponto 18 das conclusões, onde refere que “uma obrigação absoluta de respeitar as remunerações salariais mínimas aplicáveis no Estado-Membro em que é efetuada a prestação de serviços é, portanto, suscetível de constituir uma restrição à livre prestação de serviços”. Alude aos custos administrativos que seriam associados à aplicação de duas grelhas salariais, com os diversos regimes sociais, fiscais, com as decorrentes obrigações contabilísticas e administrativas, tornando menos atrativa a prestação de serviços transfronteiriça. Tal custo suplementar seria suscetível de ter um efeito restritivo à livre prestação de serviços, em violação do então artigo 59º do TR, atual 56º do TFUE.

O Tribunal de Justiça no caso Mazzoleni, veio definir algumas regras quanto à aplicabilidade de “regulamentações nacionais” aos casos de destacamentos por tempo parcial.

O tribunal foi questionado além do mais sobre se “a Diretiva 96/71/CE (...) no âmbito de uma prestação de serviços, engloba, no conceito de período de destacamento, o de tempo parcial, aleatório ou não, de um trabalhador transfronteiriço, proveniente de uma empresa de um Estado-Membro, que durante dias, semanas ou meses efetue uma parte do seu serviço de prestações no ou nos territórios limítrofes de um ou de vários outros Estados-Membros.”

Mazzoleni defendia que a diretiva não era aplicável a uma situação de trabalho em zonas transfronteiriças, em que o trabalhador pode ser levado a efetuar durante um dia, uma semana ou um mês uma parte do seu serviço no território limítrofe.

O prazo de transposição da diretiva não havia terminado à data dos factos nem a diretiva se encontrava transposta no estado de acolhimento, a Bélgica. A questão volvia-se em saber “se uma empresa estabelecida numa região fronteiriça de que alguns assalariados podem ser conduzidos a efetuar a tempo parcial e durante breves períodos uma parte da sua prestação de serviços no território limítrofe de outro Estado-Membro que não o da sede da empresa, está obrigada a cumprir as normas nacionais do Estado-Membro de acolhimento relativas aos salários mínimos quando tais trabalhadores beneficiam no Estado-Membro de estabelecimento de uma proteção global comparável apesar de o salário mínimo aí ser inferior.”

Parte dos trabalhadores prestavam trabalho em parte do seu tempo de trabalho no território do país “limítrofe”, a tempo parcial, prestando igualmente por vezes no mesmo dia, trabalho no território do Estado-Membro em que habitualmente o prestam, em que a sua empregadora está sediada e onde, depreende-se, habitam.

O Tribunal de Justiça considerou que o princípio da livre prestação de serviços consagrada no tratado impõe não só a eliminação de discriminações em razão da sua nacionalidade, como ainda a eliminação de qualquer restrição suscetível de impedir, entravar ou tornar menos atrativa a prestação de serviços¹⁹⁸.

As limitações ou restrições têm que ser fundamentadas com base em “razões imperativas de interesse geral”, aplicáveis indistintamente a quem quer que exerça aquela atividade no território desse Estado-Membro. Se a exigência em causa estiver acautelada no Estado-Membro de origem, a pretensão do Estado-Membro de acolhimento no seu cumprimento constitui violação do artigo 56º do TFUE¹⁹⁹.

Relativamente às matérias constantes da diretiva, os Estados-Membros não precisam demonstrar o “interesse geral”, já que por via desta tal questão foi sopesada pelo legislador comunitário. O Tribunal de Justiça antes da diretiva vinha considerando existir tal interesse geral relativamente ao salário mínimo, referindo o interesse na proteção dos trabalhadores²⁰⁰.

Além das razões de interesse geral o Tribunal de Justiça formulou alguns requisitos a que deve obedecer a pretensão do Estado de acolhimento, para poder passar no crivo do artigo 56º do TFUE. Tais exigências devem obedecer aos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. A avaliação deve levar em linha de conta todas as circunstâncias da situação e ser ponderado por um critério da equivalência sopesando o nível de proteção em cada um dos Estados.

No entendimento do Tribunal de Justiça, as normas cujo cumprimento o Estado de acolhimento exija, devem ser adequadas à realização do objetivo perseguido²⁰¹ e serem necessárias e proporcionadas a esse fim. O julgador deve proceder a uma avaliação de todas as circunstâncias do caso, sopesando o nível de proteção no Estado de origem com o nível de proteção que resultaria do cumprimento das exigências formuladas pelo Estado de acolhimento. O Tribunal de Justiça referiu no considerando 35 do mesmo acórdão que o objetivo do Estado-Membro de acolhimento se mostra realizado se o nível de proteção dispensado no país de origem for equivalente, tendo em consideração as remunerações em

¹⁹⁸ NS. acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 2010, Santos Palhota, processo C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589, considerando 29; acórdão Essent Energie, considerandos 44 a 57; acórdão de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, considerandos 14, 21 e 22; acórdão Arblade, considerando 33; ac. Tribunal de Justiça de 25 de julho de 1991, Säger, processo C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331, considerando 12; acórdão Guiot, considerando 10 a 14; acórdão Mazzoleni, considerando 29.

¹⁹⁹ Vd. acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 1981, Webb, considerando 17; Säger, considerando 15; Vander Elst, considerando 16; Guiot, considerando 11, Arblade, considerando 34; Santos Palhota, considerando 45; Essent Energie, considerando 48.

²⁰⁰ Considerando 29 do acórdão Mazzolleni.

²⁰¹ Acs Arblade, considerandos 34 e 35; Santos Palhota, considerando 45; Danieli, considerando 46.

relação com as cargas horárias correspondentes, a fiscalidade e os encargos sociais – considerando 35 e 39. Após a diretiva, esta ponderação deve efetuar-se no quadro normativo desta resultante, designadamente quanto aos elementos remuneratórios a considerar.

Para avaliação da necessidade e proporcionalidade da exigência, deve atender-se à duração da prestação de serviços no país de acolhimento, sua específica configuração, como por exemplo se ocorre apenas em umas horas, se é regular ou não, sua previsibilidade, se ocorre regresso ao país de origem no final da tarefa, se os trabalhadores mantêm a ligação à sua base operacional normal no país de origem e o seu centro de interesses social e familiar. Devem ponderar-se igualmente os custos administrativos e contabilísticos associados à gestão destes destacamentos, de forma a descartar a possibilidade de os encargos que importam serem de tal forma que tornem proibitiva ou menos atraente a prestação de serviços²⁰².

3.2.6 O caso específico dos transportes:

A aplicabilidade aos transportes tem dado azo a divergências e práticas dispares.

No guia prático ACT²⁰³ parte-se do pressuposto de que inexistente uma “prestação de serviços” transnacional, aludindo a que tal deve implicar “a prestação de uma atividade do trabalhador, que vá para além da simples entrega de mercadorias, ou a descarga dos passageiros”. Não exclui, no entanto, a aplicação da diretiva se “se configurar uma situação de alguma das outras formas de destacamento previstas na legislação aplicável, mormente a transferência temporária do trabalhador para outro estabelecimento do mesmo empregador, ou empresa de outro empregador com o qual exista uma

²⁰² No acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7/11/2019, (Maria Leonor), processo nº 4300/17.2T8VCT.G1, (, disponível em dgsi.pt, considerou-se que “não é proporcional nem adequado aplicar a figura do destacamento (...) a trabalhador fronteiriço que desenvolva a sua atividade em diversos locais de trabalho, em parte em Portugal, em parte em Espanha (Vigo), atenta a proximidade geográfica, mantendo aquele a sua ligação ao centro de operações da empresa em Portugal, onde diariamente se apresenta, regressa e trabalha parcialmente.” Considerou-se que a exigência na aplicação de diferentes salários nas concretas circunstâncias implicava além do mais, excessiva onerosidade.

²⁰³ Ana Luísa Oliveira et al., «Mobilidade Transnacional de Trabalhadores e empresas: Guias Práticos», p. 33.

relação societário de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou a colocação do trabalhador por regime de cedência ocasional, ou no âmbito do trabalho temporário”.

Não temos como certo que a simples entrega de mercadorias, ou a descarga dos passageiros não constitua uma prestação de serviços. Antes nos parece que a resposta deve ser afirmativa. Dos vários textos legislativos relativos à matéria resulta que os serviços em matéria de transporte cobrem o ato físico de movimentar pessoas ou mercadorias, e os atos acessórios intrinsecamente ligados àqueles.

No acórdão *Itevelesa*²⁰⁴ refere-se isso mesmo aludindo-se ao “ ato físico de movimentar pessoas ou mercadorias de um local para outro por meio de um veículo, aeronave ou embarcação mas também todo o serviço intrinsecamente ligado a tal ato”. De igual forma no acórdão *Dobersberger*, considerando 25.

O ato de movimentar pessoas ou mercadorias, proceder às descargas e demais atos acessórios, constituem uma prestação de serviços. Questão diversa é saber quando pode ou não considerar-se existir uma ligação suficiente com determinado território, conforme supra referenciado. A questão em torna da aplicabilidade ou não da Diretiva destacamento tem-se centrado noutro tipo de argumentos²⁰⁵.

Defendem alguns a inaplicabilidade, sendo invocado em abono de tal entendimento que a Diretiva 96/71 se baseia unicamente em disposições aplicáveis aos serviços, indicando os artigos 53º, nº 1, e 62º TFUE, os ex. artigos 57º, 2 e 66º do TCE, e não adicionalmente no artigo 91º TFUE²⁰⁶, ex. 75º do TCE, norma esta relativa aos serviços em matéria de transportes, e base para os atos a estes relativos. O mesmo ocorre com a Diretiva 2014/67/EU. Com base neste facto conclui-se que a Diretiva destacamento não harmoniza os serviços no que respeita às matérias relativas aos transportes. Refere-se ainda que a Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 relativa aos serviços no mercado interno, com a mesma base jurídica, exclui expressamente esta atividade no artigo 2º, nº 2, al. d). Esta posição assenta no entendimento de que os artigos 53º, nº 1, e 62º TFUE, não

²⁰⁴ Acórdão de 15 de outubro de 2015, Grupo *Itevelesa*, processo C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685, considerando 45 a 47.

²⁰⁵ Sobre o assunto as conclusões gerais do advogado-geral M. Szpunar apresentadas em 29 de julho de 2019, *Dobersberger*, processo C-16/18, ECLI:EU:C:2019:638; e as conclusões gerais do advogado-geral Bobek apresentadas em 30 de abril de 2020, *Van den Bosch*, processo C 815/18, ECLI:EU:C:2020:319.

²⁰⁶ A prestação de serviços em matéria de transportes é regulada pelas disposições constantes do título relativo aos transportes, os artigos 90º a 100º TFUE. Vd. acórdão de 22 de dezembro de 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb*, processo C-338/09, ECLI:EU:C:2010:814, considerando 29.

abrangem os serviços em matéria de transportes, a que se reportam os artigos 58º e 90º a 100º do TFUE²⁰⁷.

Na Proposta de Diretiva, Com (91) 230 final, referia-se expressamente que os transportes não eram abrangidos. Refere a proposta no ponto 23 que “a combinação e a interdependência dos artigos 1º e 2º tornam desnecessário prever uma lista de exclusões tais como caixeiros viajantes, membros do pessoal de bordo de empresas de transportes internacionais para passageiros ou carga, quer se tratem de transportes ferroviários, rodoviários ou aéreos, navegação interna ou marítima, e os funcionários e pessoal equiparado ao serviço de organismos públicos de carácter administrativo”.

A questão foi colocada ao Tribunal de Justiça no processo *Dobersberger* mas o tribunal por ter considerado que os serviços em causa nos autos não estavam abrangidos pelas disposições do Tratado relativas aos transportes, não chega a responder à questão.

Refere o tribunal no considerando 26 que, “serviços como os serviços de bordo, de limpeza ou de restauração prestados em comboios, apesar de terem carácter acessório relativamente ao serviço de transporte de passageiros por caminho de ferro, não estão intrinsecamente ligados a este último. Com efeito, esse serviço de transporte pode realizar-se independentemente dos referidos serviços acessórios.”, e em 27 refere, “por conseguinte, esses serviços, que não estão abrangidos pelas disposições do título do Tratado FUE relativo aos transportes, inserem-se no âmbito dos artigos 56º a 62º TFUE relativos aos serviços, com exceção do artigo 58º, nº 1, TFUE, e, portanto, são suscetíveis, enquanto tais, de ser cobertos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 96/71, que foi adotada com base no artigo 57º, nº 2, e no artigo 66º CE, relativos aos serviços²⁰⁸.

Vejamos a argumentação. Relativamente à referência constante da proposta de diretiva no sentido da não inclusão deste setor de atividade, importa ter em atenção que no texto de diretiva proposto não se fazia qualquer previsão relativamente a exclusões, designadamente a que veio a ser consagrada relativamente às empresas de marinha mercante. Tendo sido introduzida uma exclusão na versão final,

²⁰⁷ Van Hoek, A., Houwerzijl, M., Report for the Dutch Social Partners in Transport, Radboud University, Nijmegen, 2008, p. 88, citado nas conclusões do Advogado-Geral Bobek, apresentadas em 30 de abril de 2020, processo Van den Bosch.

²⁰⁸ Veja-se o considerando 61 do Parecer 2/15 do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 16 de maio de 2017, sobre as competências da União no que diz respeito à assinatura e celebração do Acordo de comércio livre com Singapura, onde se refere, “importa ter em conta a jurisprudência segundo a qual o conceito de «serviços no domínio dos transportes» abrange não só os serviços de transporte, considerados enquanto tais, mas também outros serviços, desde que, contudo, estes últimos estejam intrinsecamente ligados ao ato físico de movimentar pessoas ou mercadorias de um local para outro através de um meio de transporte (v., neste sentido, acórdão de 15 de outubro de 2015, Grupo Itevelesa e o., C-168/14, EU:C:2015:685, nºs 45 e 46)”.

não há razão para considerar outras exclusões não previstas, pois se se tivesse pretendido excluir os transportes, e tendo-se optado por efetuar exclusões expressas, ter-se-ia feito constar do texto a exclusão do setor dos transportes, como ocorreu com o pessoal da marinha mercante²⁰⁹.

Relativamente à Diretiva 2014/67/UE respeitante à execução da Diretiva 96/71/CE, a mesma no seu artigo no seu artigo 9º, nº 1, al. b), estabelecesse que para garantir o controlo efetivo do cumprimento das obrigações estabelecidas na Diretiva 96/71/CE, os Estados-Membros podem impor determinadas obrigações, aludindo designadamente à imposição de conservar e fornecer determinados documentos, e referenciando na sua parte final os “trabalhadores móveis no setor dos transportes”. O legislador deu assim uma indicação clara no sentido da inclusão dos transportes no âmbito da diretiva.

A não referência a uma norma do tratado na base jurídica de um instrumento da União, ou alguns elementos indicados nessas bases, não tem sido considerado como determinante para a determinação do âmbito material de aplicação do instrumento jurídico derivado, sem prejuízo da sua relevância em sede de apreciação da validade do ato²¹⁰. Assim os acórdãos do Tribunal de Justiça, Moro²¹¹ e Lindqvist²¹². No acórdão do Tribunal de Justiça Hungria/Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, processo C-620/18²¹³, refere-se que “a escolha da base jurídica de um ato da União deve assentar em elementos

²⁰⁹ O advogado-geral Bobek nas conclusões apresentadas no processo Van den Bosch, refere no ponto 36 que nem o texto da diretiva nem a sua história nem os objetivos da diretiva apontam no sentido da exclusão deste setor de atividade.

²¹⁰ Advogado-geral Bobek nas conclusões apresentadas no processo Van den Bosch, considerando 46.

²¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de junho de 2019, Moro, processo C-646/17, ECLI:EU:C:2019:489, nºs 32 e 33. Um Estado-Membro invocara que a diretiva ali em causa, a Diretiva 2012/13, fora adotada com base no artigo 82º, nº 2, TFUE, a qual visa unicamente as matérias penais com dimensão transfronteiriça, que circunscreveria o âmbito de aplicação daquela. O caso respeitava a crime com dimensão estritamente interna. O Tribunal de Justiça referiu no considerando 33 que nem o artigo 1º, que define o objeto daquela diretiva, nem o seu artigo 2º, relativo ao âmbito de aplicação, restringem a aplicação a situações com dimensão transfronteiriça. Invoca-se o princípio do reconhecimento mútuo que o artigo 82º, 2 do TFUE pretende facilitar. Vd. ainda as conclusões do advogado-geral Bobek apresentadas em 5 de fevereiro de 2019 neste processo, ECLI:EU:C:2019:95 considerandos 36 a 54.

²¹² Acórdão Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2003, Lindqvist, processo C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596. Estava em causa, entre outras questões, saber se determinado tratamento de dados estaria abrangido pela Diretiva 95/46, alegando-se que o tratamento ocorrera no exercício de atividade não lucrativa ou passatempo, não sendo aplicável o direito comunitário, e que a entender-se tal atividade abrangida, tal implicaria que se teria ultrapassado as competências conferidas pelo artigo 100º-A do Tratado CE, base jurídica da diretiva. O Tribunal de Justiça no considerando 40, aludiu à jurisprudência do acórdão de 20 de maio de 2003, Österreichischer Rundfunk e o., C-465/00, C-138/01 e C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294, e jurisprudência aí referida, no sentido de que o recurso àquela base jurídica, artigo 100-A do TCE “não pressupõe a existência de uma ligação efetiva com a livre circulação entre Estados-Membros em cada uma das situações visadas pelo ato baseado em tal fundamento”. Nos considerandos 41 e 42 sustentou que interpretação diversa implicaria tornar os limites de aplicação do instrumento muito “incertos e aleatórios”, contrariando o objetivo do mesmo, e que a expressão “atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário” não pode ter um sentido que torne necessária uma apreciação caso a caso a fim de verificar se a atividade “afeta diretamente a livre circulação entre Estados-Membros”.

²¹³ No mesmo sentido Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2020, República da Polónia/Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, Processo C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000.

objetivos suscetíveis de ser objeto de fiscalização jurisdicional, entre os quais figuram a finalidade e o conteúdo desse ato. Refere o tribunal que “para determinar a base jurídica adequada, pode ser tido em conta o contexto jurídico em que se inscreve um novo regulamento, nomeadamente na medida em que esse contexto seja suscetível de esclarecer o objetivo prosseguido por essa regulamentação”.

Se a análise do ato em causa demonstrar que ele prossegue uma dupla finalidade ou que tem uma componente dupla, e se uma dessas finalidades ou componentes for identificável como principal ou preponderante, enquanto a outra é apenas acessória, esse ato deve ter uma única base jurídica, a saber, a que for exigida pela finalidade ou pela componente principal ou preponderante”²¹⁴. O Tribunal aludiu à habilitação do legislador comunitário para “velar pelo respeito do interesse geral, prosseguido pelos diferentes Estados-Membros, e dos objetivos, consagrados no artigo 9º TFUE”²¹⁵ (46). Tratou-se no acórdão de um pedido de anulação da Diretiva (UE) 2018/957, que alterou a Diretiva destacamento.

Alguns autores referem a situação da cabotagem no sentido da aplicabilidade da diretiva, servindo também como argumento em sentido contrário, já que a estar abrangido o setor de atividade pela diretiva, não seria necessária esta previsão expressa. Na cabotagem quer de mercadorias quer de passageiros refere-se nos regulamentos respetivos; aplicáveis no espaço EEE; a aplicabilidade da Diretiva 96/71/CE para as empresas que efetuam operações de cabotagem.²¹⁶ A situação é, contudo, algo diferente pois a cabotagem implica o exercício da atividade de carga e descarga dentro de um mesmo território, o que constitui uma situação específica e particular ao nível dos transportes internacionais. Aquela circunstância (carga e descarga no mesmo Estado), apontava por si no sentido do enquadramento da cabotagem nas regras relativas ao destacamento.

Pode ainda argumentar-se no sentido da aplicabilidade da Diretiva destacamento ao setor dos transportes, não obstante a falta de referência como base desta à norma alusiva aos serviços de

²¹⁴ Considerando 38.

²¹⁵ Considerando 46. Já no considerando 42 referia que “o legislador da União só pode executar corretamente a sua missão de velar pela proteção dos interesses gerais e dos objetivos transversais da União reconhecidos pelo Tratado se puder adaptar a legislação da União relevante a tais alterações ou evoluções “.

²¹⁶ No Regulamento (CE) n° 1072/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de outubro de 2009 que estabelece regras comuns para o acesso ao mercado do transporte internacional rodoviário de mercadorias, o considerando 17 e no Regulamento (CE) n° 1073/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, que estabelece regras comuns para o acesso ao mercado internacional dos serviços de transporte em autocarro, o considerando 11.

transportes; que a diretiva destacamento não visa regular os serviços de transportes²¹⁷ ou outros serviços, o que se prevê é a regulamentação aplicável ao trabalhador destacado. Neste sentido parece apontar o acórdão proferido no processo C-620/18²¹⁸. Da regulação dos serviços e dos transportes trata a diretiva serviços e as várias diretivas sobre os transportes. Visa-se na diretiva destacamento uma matéria específica relativa às normas laborais aplicáveis ao contrato de trabalho, transversal a qualquer prestação de serviços, tendo em vista garantir uma concorrência sadia e garantir os direitos dos trabalhadores, como atrás ficou aludido. Referindo a aplicabilidade da diretiva ao setor dos transportes, a proposta da comissão COM(2017) 278 Final²¹⁹, no ponto 1º.

No recente Ac. Federatie Nederlandse Vakbeweging²²⁰, o Tribunal de Justiça decidiu que, “ a Diretiva 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, deve ser interpretada no sentido de que é aplicável às prestações de serviços transnacionais no setor do transporte rodoviário.”

No considerando 33 o Tribunal referiu que o facto de o nº 2 do artigo 1º da diretiva só excluir do seu âmbito de aplicação as prestações de serviços que envolvam o pessoal navegante da marinha mercante, significa que a diretiva se aplica, “em princípio, a qualquer prestação transnacional de serviços que implique um destacamento de trabalhadores, independentemente do setor económico a que essa

²¹⁷ Relativamente a estes serviços, como refere o acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 1991, Wieger, processo C 17/90, ECLI:EU:C:1991:416, considerando 7, “a aplicação dos princípios de liberdade de prestação de serviços, (...) deve realizar-se, segundo o Tratado, através da implementação da política comum dos transportes.” Tal facto, contudo, não obsta à aplicação aos transportes de outras normas do Tratado, sem intermediação daquelas, como as estabelecidas em matéria de estabelecimento, Vd. quanto ao direito de estabelecimento o acórdão do Tribunal de Justiça, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, considerando 33.

²¹⁸ Acórdão Hungria/Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, processo C-620/18. Tratou-se de um recurso de anulação da Diretiva (UE) 2018/957, que alterou a diretiva destacamento, intentada pela Hungria. Sustentou este Estado-Membro, além do mais, ao tornar aplicável a Diretiva 96/71 ao setor do transporte rodoviário a contar da adoção de um ato legislativo específico, o artigo 3º, nº 3 viola o artigo 58º TFUE, que dispõe que a livre circulação de serviços no domínio dos transportes é regulada pelas disposições do título do Tratado FUE relativo aos transportes. O tribunal referiu nos considerandos 162 e 163 que “o artigo 3º, nº 3, da diretiva impugnada limita-se a prever que esta se aplica ao setor do transporte rodoviário a partir da data de aplicação de um ato legislativo que altera a Diretiva 2006/22, a qual tinha como base jurídica o artigo 71º, nº 1, CE, que faz parte das disposições do título do Tratado CE relativo aos transportes e que corresponde ao artigo 91º TFUE”, e que tal normativo da diretiva “não tem por objeto regular a livre prestação dos serviços no domínio dos transportes e não pode, portanto, ser contrário ao artigo 58º TFUE”. No mesmo sentido os considerandos 146 e 147 do processo C-626/18.

²¹⁹ Comissão Europeia, «Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2006/22/CE no que diz respeito aos requisitos de execução e estabelece regras específicas no que se refere à Diretiva 96/71/CE e à Diretiva 2014/67/EU para o destacamento de condutores do setor do transporte rodoviário: COM(2017) 0278 Final» (2017), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52017PC0278>.

²²⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de dezembro de 2020, Federatie Nederlandse Vakbeweging, processo C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976.

prestação esteja associada, incluindo, portanto, no setor do transporte rodoviário”, aludindo no considerando 38 ao seu alcance geral²²¹.

3.2.6.1 Dificuldades na aplicação da diretiva aos transportes.

Se há situações em que a aplicação da diretiva ao setor dos transportes não levanta dificuldades de maior, como será o caso de uma empresa estabelecida num Estado-Membro, da área dos transportes ou não, no âmbito de uma prestação de serviços na aceção de qualquer das alíneas, a), b) ou c) do n.º 1 do artigo 1.º da diretiva, destacar um trabalhador para durante um período limitado de tempo exercer atividade nesse outro Estado-Membro e apenas nesse, e na atividade de transportes; outras há, a maioria, que são mais complexas e levantam mais dificuldades.

Em termos práticos a aplicação da diretiva aos transportes não mereceu grande atenção nem teve efeitos práticos visíveis, dadas as dificuldades que a aplicação envolve, bastando pensar no pessoal de bordo de empresas de transportes internacionais. Ocorre uma prestação de serviços transnacional, quando estamos face a entrega de mercadorias ou passageiros, quer no âmbito de uma entrega momentânea, esgotando-se a prestação no momento da entrega, quer no âmbito de uma contratação relativa a entregas regulares, num período de tempo mais lato, envolvendo mais que um Estado-Membro. Em muitos casos o serviço é efetuado num mesmo dia, com saída e chegada no mesmo Estado-Membro. Em muitos serviços a conexão com alguns territórios é de mera passagem, em trânsito, conquanto em algumas situações de trânsito possam ocorrer serviços de bordo durante a travessia. Se algumas situações podem ser afastadas com alguma segurança, como as referidas infra em 4.2.7 a propósito da falta de conexão suficiente com o território do Estado-Membro, outras situações apresentam-se mais difíceis.

Estas dificuldades levaram o legislador europeu a prever expressamente na Diretiva (UE) 2018/957, que altera a Diretiva 96/71/CE, no artigo 3.º, n.º 3, que “ a presente diretiva é aplicável ao setor do transporte rodoviário a partir da data de aplicação de um ato legislativo que altere a Diretiva 2006/22/CE no que

²²¹ Nos considerandos 34 a 41 o Tribunal aduz outros argumentos, como por exemplo o teor do n.º 1 do artigo 2.º da diretiva (qualquer trabalhador) e o teor do artigo 9.º, n.º 1 al. b) da Diretiva 2014/67.

diz respeito aos requisitos de execução e que estabeleça regras específicas no que se refere à Diretiva 96/71/CE e à Diretiva 2014/67/UE para o destacamento de condutores do setor do transporte rodoviário.”

No considerando 15 refere-se como fundamento desta opção, a “natureza fortemente móvel do trabalho nos transportes rodoviários internacionais”, e as dificuldades de aplicação da diretiva que tal circunstância implica. Assim e até entrar em vigor o ato legislativo referido, a diretiva não é aplicável ao setor dos transportes.

Tal limitação deve entender-se, tendo em conta os objetivos da diretiva e as razões do mencionado normativo, apenas às situações configuradas como “transporte internacional”, como se refere no considerando, aquelas situações em que a aplicação da diretiva levanta dificuldades, dadas as particularidades da prestação do trabalho noutros Estados-Membros, por períodos muito curtos, tempos parciais, abrangendo por vezes mais de um Estado-Membro no mesmo dia, frequentemente apenas em trânsito.

Assim, a um destacamento efetuado fora daquelas condições nada obsta à aplicabilidade sem mais da diretiva. Queremos referir-nos às situações em que o destacamento ocorra, em qualquer das modalidades previstas, em termos semelhantes aos dos restantes prestadores de serviços. Será por exemplo o caso de disponibilização de um trabalhador do setor dos transportes para empresa do mesmo grupo para exercer funções noutro Estado-Membro por um determinado período de tempo. Ou o caso de disponibilização por empresa que põe um trabalhador à disposição, para utilizadora do setor dos transportes e para exercer atividade nessa área noutro Estado-Membro, ou o caso de uma empresa do setor que durante um determinado período destaca um seu trabalhador para um seu centro operacional situado noutro Estado-Membro, no âmbito de uma específica prestação de serviços.

O acórdão *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, e relativamente a disponibilização de trabalhadores, não parece tão assertivo, merecendo alguma atenção.

Uma empresa de transportes com sede nos Países Baixos celebrara contratos de fretamento com duas outras empresas, uma sediada na Alemanha e outra na Hungria, no caso pertencentes ao mesmo grupo. No âmbito de tais contratos estas enviaram trabalhadores seus, provenientes da Alemanha e Hungria, para prestarem serviço como motoristas. Refere-se no acórdão que, “regra geral”, durante o período em causa no processo principal, durante 2013, o fretamento ocorria a partir de Erp, na Holanda, e os trajetos terminavam aí. Todavia, adianta-se no acórdão, a maioria dos transportes efetuados com base nos

contratos de fretamento em causa ocorria fora do território do Reino dos Países Baixos. Colhe-se das conclusões gerais que os trajetos eram múltiplos e com caráter internacional.

No considerando 50 do acórdão refere-se:

“Além disso, o facto de um motorista de transporte internacional colocado, por uma empresa estabelecida num Estado-Membro, à disposição de uma empresa estabelecida noutro Estado-Membro receber instruções inerentes às suas missões e começar ou terminá-las na sede desta segunda empresa não basta, por si só, para se considerar que esse motorista foi «destacado» para o território desse outro Estado-Membro, uma vez que a execução do trabalho do referido motorista não apresenta, com base noutros fatores, uma ligação suficiente com esse território.”

A solução causa alguma estranheza, tanto mais por se tratar de uma situação com deslocação física dos trabalhadores para os Países Baixos, como julgamos; já que o trabalho iniciava e terminava o trabalho, pelo menos em 2013, na Holanda; embora não resulte claro do acórdão que assim seja.

Se estiver implicada uma deslocação física do trabalhador, tal tem como consequência que este passará durante a “deslocação” a estar sujeito ao nível de vida e aos custos do Estado-Membro do estabelecimento da fretadora. Por outro, iniciando e terminando os serviços nesse Estado-Membro, recebendo ordens da fretadora, toda a ligação com o Estado-Membro de origem se perde, enquanto a situação se mantiver.

Levando à letra o considerando, desde que se trate de transportes internacionais, qualquer empresa ou grupo de empresas de qualquer Estado-Membro, pode “deslocar” trabalhadores seus para outro Estado-Membro, para a partir daí continuar a exercer a mesma atividade que exercia a partir do Estado de origem, em transportes com caráter internacional, sem ter de levar em linha de conta as regras relativas ao destacamento de trabalhadores. Já estes, tendo sido deslocados, arcam com o ónus da alteração do seu centro de vida e com os custos de vida do Estado-Membro para o qual foram deslocados. Ainda que não ocorra deslocamento físico do trabalhador, o mecanismo permitirá exercer a atividade a partir de um outro Estado-Membro, sem ter que respeitar as exigências da diretiva relativamente ao trabalhador destacado, com prejuízos para as empresas do setor dos transportes desse outro Estado-Membro, consequentemente com prejuízo para a concorrência, que a diretiva também pretende proteger.

Pode ainda dizer-se, partindo de, e aceitando o pressuposto afirmado pelo tribunal, “ falta de ligação suficiente com o Estado-Membro” de estabelecimento da empresa fretadora, que não se resolve a questão relativa à eventualidade de ocorrer uma deslocação do centro de atividade do trabalhador, e uma alteração nas características essenciais da sua prestação; designadamente o início e termo desta; do Estado-Membro onde normalmente a exercia para um outro Estado-Membro, podendo este contudo não ser o Estado-Membro de estabelecimento da empresa fretadora.

Ainda que se despreze a circunstância; deslocação do centro de atividade profissional e pessoal do trabalhador; sempre importaria saber se este se mantém a exercer a sua atividade em moldes essencialmente idênticos, relevando, parece-nos, saber se os aludidos trajetos múltiplos de caráter internacional são essencialmente os mesmo que anteriormente efetuava, ou se, por exemplo passou a efetuar transportes para Estados onde anteriormente não efetuava serviços. Tal implicará uma verificação caso a caso. Tratando-se de transportes internacionais, demonstrando-se um exercício em moldes não idênticos, tendo em conta o regime da Diretiva (UE) 2020/1057, não vemos que outro Estado-Membro possa ser considerado como Estado de acolhimento senão aquele a partir do qual passou a exercer-se a atividade, no caso em apreço no acórdão a Holanda.

Parece-nos que, como acima referido, ocorre um destacamento enquadrável no artigo 1º da Diretiva destacamento, se o trabalhador for disponibilização para exercer funções noutra Estado-Membro, ou a partir de outro Estado-Membro, por um determinado período de tempo, ainda que para empresa do mesmo grupo, ou centro operacional da sua empregadora, sobretudo se tal implicar a deslocação física do próprio trabalhador, a alteração do seu centro normal de vida. O acórdão não aborda a questão relativa ao relevo da deslocação do centro de vida do trabalhador, nem a relativa à perda de ligação, no que aos elementos essenciais de execução da atividade se refere, em relação ao Estado de origem.

3.2.6.2 Diretiva (UE) 2020/1057 – regras específicas para o setor dos transportes

A Diretiva (UE) 2020/1057 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2020, que estabelece regras específicas no que se refere à Diretiva 96/71/CE e à Diretiva 2014/67/UE para o destacamento de condutores do setor do transporte rodoviário e que altera a Diretiva 2006/22/CE no

que diz respeito aos requisitos de execução e o Regulamento (UE) n° 1024/2012, entrou em vigor a 01/08/2020 e o prazo de transposição termina a 02 de fevereiro de 2022.

No seu artigo 1º, n° 2, refere que as regras específicas se aplicam aos condutores ao serviço de empresas estabelecidas num Estado-Membro que tomem a medida transnacional a que se refere o artigo 1º, n° 3, alínea a), da Diretiva 96/71/CE.

Abrange o setor dos transportes, ou seja, as empresas que se dedicam à atividade de transportador rodoviário por conta de outrem, conforme definição do artigo 2º do Regulamento (CE) n° 1071/2009.

Não se considera destacamento:

- O transporte internacional em trânsito, o mero atravessamento do território de um Estado-Membro, sem carga ou descarga, conforme n° 5 do artigo 1º. O considerando 11, alude ao conceito de origem jurisprudencial de insuficiente ligação com o Estado-Membro, referindo inexistir uma “ligação significativa” entre as atividades dos condutores e o Estado-Membro.

Refere o considerando 11 da Diretiva (UE) 2020/1057; “importa clarificar que o transporte internacional em trânsito através do território de um Estado-Membro não constitui uma situação de destacamento. Estas operações caracterizam-se pelo facto de os condutores atravessarem o Estado-Membro sem carregar nem descarregar mercadorias e sem tomar nem largar passageiros, pelo que não existe uma ligação significativa entre as atividades dos condutores e o Estado-Membro de trânsito. A qualificação da presença dos condutores num Estado-Membro como trânsito não é, portanto, afetada pelas paragens ligadas, por exemplo, a razões de higiene.”

- Quando o condutor efetuar uma operação de transporte bilateral de mercadorias, nos termos do n° 3 do artigo 1º.

Operação de transporte bilateral consiste na deslocação de mercadorias baseada num contrato de transporte a partir do Estado-Membro de estabelecimento, aquele em que a empresa transportadora está estabelecida, para outro Estado-Membro ou um país terceiro, ou a partir de outro Estado-Membro ou país terceiro para o Estado-Membro de estabelecimento, conforme segundo parágrafo do n° 3 do artigo 1 da Diretiva (UE) 2020/1057. Pode tratar-se de duas operações de transporte bilateral encadeadas, um transporte bilateral de A a B seguido de outro transporte bilateral no regresso, de B a A.

- A partir de 2 de fevereiro de 2022, data a partir da qual os condutores têm, nos termos do artigo 34º, n° 7, do Regulamento (UE) n° 165/2014, de registar manualmente os dados de passagem de fronteira,

não se considerará ocorrer destacamento se durante uma operação de transporte bilateral, for realizada uma atividade de carga e/ou descarga nos Estados-Membros ou países terceiros atravessados, desde que não se trate de operação de cabotagem. Terceiro parágrafo do n.º 3 do artigo 1.º da mesma diretiva.

Contudo se o transporte bilateral inicial for seguido de outro transporte bilateral no regresso, e no primeiro transporte não tiver sido realizada a operação adicional permitida de carga e/ou descarga, pode realizar duas operações de carga e/ou descarga na viagem de regresso, conforme parágrafo quarto.

Esta isenção, conforme parágrafo quinto, apenas se aplicará aos condutores de veículos equipados com um tacógrafo inteligente nos termos dos artigos 8.º, 9.º e 10.º do Regulamento (UE) n.º 165/2014, a partir da data em que nos termos do artigo 8.º, n.º 1, primeiro parágrafo desse regulamento, devam instalar-se tais tacógrafos inteligentes, nos veículos matriculados pela primeira vez num Estado-Membro.

- Quando o condutor efetuar uma operação de transporte bilateral de passageiros, nos termos do n.º 4 do artigo 1.º.

Constitui uma operação de transporte internacional de passageiros, nos termos das als. a) a c) do n.º 4 referido, à semelhança do transporte de mercadorias, na tomada de passageiros no Estado-Membro de estabelecimento largada noutra Estado-Membro ou num país terceiro ou na tomada num desses países e largada no país do estabelecimento da empresa. Abrange ainda as situações de toma e larga os passageiros no Estado-Membro de estabelecimento com o objetivo de realizar excursões locais noutra Estado-Membro ou num país terceiro, de acordo com o disposto no Regulamento (CE) n.º 1073/2009.

- A partir de 2 de fevereiro de 2022, data a partir da qual os condutores têm, nos termos do artigo 34.º, n.º 7, do Regulamento (UE) n.º 165/2014, de registar manualmente os dados de passagem de fronteira, não se considerada ocorrer destacamento se durante uma operação de transporte bilateral, recolhe passageiros uma vez; e/ou larga passageiros uma única vez nos Estados-Membros ou países terceiros que o condutor acesse, desde que não se trate de operação de cabotagem. O mesmo se aplica às viagens de regresso. Terceiro parágrafo do n.º 4.

Esta isenção conforme parágrafo quinto, apenas se aplicará aos condutores de veículos equipados com um tacógrafo inteligente nos termos dos artigos 8.º, 9.º e 10.º do Regulamento (UE) n.º 165/2014, a partir da data em que nos termos do artigo 8.º, n.º 1, primeiro parágrafo desse regulamento, devam instalar-se tais tacógrafos inteligentes, nos veículos matriculados pela primeira vez num Estado-Membro.

- No transporte combinado²²², quando o troço rodoviário inicial ou final, de uma operação de transporte combinado, o efetuado por estrada, por si só enquadrar a situação de transporte bilateral. Vd. n° 6 do artigo 1°.

Estas regras só são aplicáveis após a transposição para o direito do Estado-Membro de acolhimento, ou a partir da data limite de transposição se de acordo com o direito existente nesse Estado-Membro a norma for considerada aplicável e for possível a sua aplicação recorrendo a uma interpretação conforme.

A diretiva estabelece algumas regras tendo em vista caracterizar os tempos de destacamento.

Assim no artigo 1°, n° 8, e reportando-se ao n° 1-A, do artigo 3° da diretiva destacamento, que se reporta aos destacamentos por período superior a doze meses, refere que se considera terminado o destacamento logo que o condutor saia do território do Estado-Membro de acolhimento, prescrevendo ainda a regra da não acumulação de períodos de vários transportes. Em termos práticos a regra do n° 1-A do artigo 3° da diretiva destacamento não tem aplicação a estas situações.

Tal como acontece com a diretiva destacamento, as regras são aplicáveis a todo o transporte internacional que ocorra no território do espaço da União²²³, ainda que o país de estabelecimento não seja membro, como resulta do artigo 1°, n° 10.

Dadas as suas especificidades, o setor dos transportes beneficiará ainda de um regime próprio relativamente às obrigações administrativas e de controlo, em derrogação do artigo 9°, n° 1 e 2, da Diretiva 2014/67/EU (Diretiva de execução), nos termos constantes do n° 11 do art° 1°.

3.2.7 Deslocações não abrangidas pela Diretiva destacamento

²²² Implica a utilização de vários tipos de transporte, com utilização da estrada para a parte inicial ou final do trajeto. Sobre o transporte combinado vide a Diretiva 92/106/CEE do Conselho de 7 de dezembro de 1992 relativa ao estabelecimento de regras comuns para certos transportes combinados de mercadorias entre Estados-Membros, <http://data.europa.eu/eli/dir/1992/106/2013-07-01>.

²²³ A diretiva ainda não é relevante para efeitos do espaço EE, encontrando-se em processo, segundo informação do site da EFTA, <https://www.efta.int/eea-lex/32020L1057>.

Expressamente a diretiva exclui apenas os contratos relativos ao pessoal navegante das empresas da marinha mercante – artigo 1º, 2 da diretiva²²⁴. Vejamos outras situações que devem considerar-se fora do âmbito de aplicação da diretiva.

3.2.7.1 Ligação insuficiente com o Estado-Membro de acolhimento

No acórdão *Dobersberger*, o Tribunal de Justiça esclareceu que não pode considerar-se um trabalhador como destacado em determinado Estado-Membro, se a execução do seu trabalho não apresentar uma “ligação suficiente com esse território”. Esta interpretação, refere, “decorre da sistemática da Diretiva 96/71 e, nomeadamente, do seu artigo 3º, nº 2, lido à luz do seu considerando 15, que, no caso de prestações de carácter muito limitado no território para o qual os trabalhadores em causa são enviados, prevê que as disposições desta diretiva relativas às remunerações salariais mínimas e à duração mínima das férias anuais remuneradas não são aplicáveis”²²⁵.

No caso em análise no acórdão, tratava-se de trabalhadores de comboio internacional, que com exceção do serviço de bordo, efetuado com o comboio em andamento, efetuavam todo o restante trabalho no Estado-Membro do estabelecimento da empregadora. O Tribunal de Justiça concluiu pela inexistência de uma ligação suficiente com o território dos Estados atravessados, não podendo considerar-se os mesmo como destacados em tais Estados-Membros²²⁶.

Nas conclusões gerais apresentadas neste processo, considerandos 50 ss., faz-se uma distinção entre trabalhadores altamente móveis e outros trabalhadores móveis, referindo que quanto aos primeiros o seu local de trabalho é irrelevante, não se lhes aplicando a lógica do país de origem ou país de destina,

²²⁴ Entre nós vd. o regime da Lei nº 146/2015, de 09 de setembro, alterado pela Lei nº 29/2018, de 16 de julho, que “regula a atividade de marítimos a bordo de navios que arvoram bandeira portuguesa, bem como as responsabilidades do Estado Português enquanto Estado de bandeira ou do porto, tendo em vista o cumprimento de disposições obrigatórias da Convenção do Trabalho Marítimo, 2006, da Organização Internacional do Trabalho, transpõe as Diretivas 1999/63/CE, do Conselho, de 21 de junho de 1999, 2009/13/CE, do Conselho, de 16 de fevereiro de 2009, 2012/35/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de novembro de 2012, e 2013/54/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro de 2013”. Anteriormente o Decreto-Lei nº 74/73, de 1 de março alterado pelos Decretos-Leis nºs 104/89, de 6 de abril, e 88/96, de 3 de julho, e pela Lei nº 114/99, de 3 de agosto.

²²⁵ Considerando 31 do acórdão.

²²⁶ Considerando 33.

já que são trabalhadores em trânsito por diversos Estados-Membros, com partida e chegada no mesmo local. No considerando 60 alude-se ao “centro de vida económica do trabalhador” e ao Estado a cujo custo de vida o mesmo está sujeito, para concluir que nestes casos a Diretiva de Destacamento não deve “simplesmente entrar em linha de conta”.

Nas conclusões apresentadas no processo C-815/18²²⁷, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, defendeu-se que o mero trânsito através de um Estado-Membro, ou mesmo um simples transporte transfronteiriço, não são de molde a que a situação possa integrar-se no conceito de destacamento, por não se criar uma ligação “materialmente relevante” entre o trabalhador e esse Estado. Defendeu-se ainda igual entendimento para a situação do transporte fronteiriço, quando a fronteira é atravessada para entrega de uma carga e conseqüente regresso. Este entendimento vai de encontro ao que o Tribunal de Justiça defendeu designadamente no acórdão *Dobersberger*, insuficiente ligação com o território do Estado-Membro em causa.

O Tribunal de Justiça no acórdão *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, vem reafirmar o entendimento do acórdão *Dobersberger*, referenciando no considerando 45 a necessidade de uma “avaliação global de todos os elementos que caracterizam a atividade do trabalhador em causa”, aludindo nos considerandos 46 e 47 a vários elementos a considerar, como, as características da prestação do serviço em causa, natureza das atividades exercidas no Estado-Membro em causa e quanto aos trabalhadores móveis do setor dos transportes, o grau de intensidade da ligação das atividades exercidas com o território desse Estado-Membro.

Importa notar que estas situações, não são exatamente iguais à dos trabalhadores de transportes nos casos em que o regresso ao país onde se encontra o centro de vida do trabalhador ocorre depois de alguns dias, como é frequente nos transportes internacionais rodoviários de longo curso. O facto de durante a estadia noutros Estados-Membros o trabalhador estar sujeito ao custo de vida do país onde se encontra em serviço de carga ou descarga ou em trânsito, determina que a situação apresenta as características de um destacamento. O acórdão *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, não é completamente esclarecedor quanto a estas questões, como vimos supra²²⁸.

²²⁷ Ponto 99.

²²⁸ Página 103 ss.

3.2.7.2 Outras situações

Encontram-se referências com indicação de outras situações que ficariam de fora do conceito e do âmbito da diretiva. Tendo em conta a definição da diretiva e os critérios do regulamento, podem surpreender-se várias situações comuns que ficam de fora do âmbito de aplicação da diretiva²²⁹. Trata-se, contudo, de situações que não se enquadram nas condições de aplicabilidade da diretiva, tal como esta define no artigo 1º. Nos termos em que se encontra redigida a diretiva, pode dizer-se apresentar a mesma uma vocação universal, aplicando-se a todas as situações em que os respetivos requisitos se verifiquem. De fora e por exclusão expressa ficam as empresas da marinha mercante e no que se refere ao pessoal navegante – nº 2 do artigo 1º.

Têm-se indicado como estando de fora do conceito:

- Contratos de trabalho em que o objeto, pela sua natureza, respeita à execução de funções em diversos Estados.

Será o caso normal dos altos quadros ligados a grupos multinacionais com responsabilidades ligados a diversos Estados, ou funções que implicam pela sua natureza a deslocação entre Estados, para reuniões, negociações, supervisão etc... onde não se encontra presente a prestação de um serviço na aceção da Diretiva e artigos 56º e 57º do TFUE (ex-artigo 49º e 50º TCE)²³⁰.

- Contratos de trabalho em que o conteúdo funcional da atividade implique a “deslocação regular ou pontual ao estrangeiro”, como por exemplo trabalhadores que exercem tarefas “comerciais”, cujas funções sejam de prospeção de mercados, angariação de negócios, visita a clientes, entre outras. Deve nestes casos a situação ser analisada caso a caso²³¹, tendo em vista evitar o abuso e a fraude, verificando-

²²⁹ Sobre o assunto, André P. Nascimento e José Pedro Anacoreta, «Destacamento de trabalhadores», *Actualidad jurídica* 18 (2007): 119–25, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones1812/documento/articuloUM.pdf?id=3175>, p.122

²³⁰ Conquanto a redação da diretiva não refira como se encontrava na proposta, “prestação de serviços na aceção do tratado”, tais normas fundaram a diretiva sendo esse o sentido a ter em conta.

²³¹ André P. Nascimento e José Pedro Anacoreta, «Destacamento de trabalhadores», p. 122; Gothardo Backx Van Buggenhout, «Destacamento de Trabalhadores na União Europeia», p. 47, referindo que “terá de se observar se as ocupações executadas fora de seu país têm relação direta com os atributos do cargo em que ocupa, de modo a evitar eventuais fraudes”.

se se ocorre ou não a prestação de um serviço de âmbito transnacional, na aceção da diretiva e artigos 56º e 57º do TFUE.

- Pessoal ao serviço de organismos públicos de carácter administrativo.

4. Norma imperativa e diretiva.

A proliferação das normas de aplicação imediata corresponde a uma crescente intervenção do Estado nas relações privadas, limitando a liberdade de escolha destes, com fundamento em valores considerados incontornáveis pelo Estado. Tem origem no intento dos Estados em fazer valer certas regras do seu ordenamento jurídico no espaço da sua soberania, por razões de interesse público, económicos, sociais e políticos, podendo estar relacionados com várias áreas, como a proteção da saúde, segurança, economia, soberania, ou outras, por si qualificados como essenciais.

No que se refere à área em análise, importa distinguir entre as matérias harmonizadas pela diretiva e as restantes matérias. Quanto às primeiras rege o primeiro parágrafo do artigo 3º da diretiva e respetivas alíneas, de forma taxativa, de acordo com a interpretação do Tribunal de Justiça.

As normas de “aplicação imediata” referidas no Regulamento Roma I e na Convenção de Roma de 80, ficam reservadas às matérias não abrangidas pela diretiva, não relacionadas com o contrato de trabalho, com as condições do trabalho, como é o caso das obrigações acessórias que os Estados-Membros prescrevem para os casos de destacamentos para o seu território.

Os termos utilizados nos instrumentos variam de país para país. Assim temos na convenção e no regulamento, respetivamente os artigos 7º e 9º, entre nós “normas imperativas” e “normas de aplicação imediata”, *Lois de police* e *Leyes de policía*, nas versões francesa e espanhola em ambos os instrumentos, *Ufravigelige regler* e *Overordnede præceptive bestemmelser*, na versão alemã, *Mandatory rules* e *Overriding mandatory provisions* nas versões inglesas, *Disposizioni imperative e legge del contratto* e *Norme di applicazione necessaria* nas versões italianas, *Bepalingen van bijzonder dwingend recht* em ambos os instrumentos holandeses, *artikla Kansainvälisesti pakottavat säännökset* em ambas os instrumentos finlandeses.

Para efeitos das normas em causa, a sua significação deve ser idêntica, já que as normas devem ser interpretadas de forma uniforme nos diversos Estados. Trata-se daquelas situações em que, de acordo com as regras do ordenamento do país em causa, determinadas disposições do seu ordenamento jurídico são sempre aplicáveis a determinadas situações abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, por virtude de determinada conexão com ele, e por causa de determinados valores considerados incontornáveis. E tal país pode não ser o do foro, para este prevê expressamente o nº 2 do mesmo artigo

que, “as disposições do presente regulamento não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro. “

O termo “norma de aplicação imediata”, utilizado na versão portuguesa do regulamento, refere João Soares²³² foi utilizado por Phocion Francescakis para expressar a ideia das “lois de police et sûreté”, descritas no art.º 3º do Código Civil Francês, e enquanto “lois d’ordre public” na expressão criada pela doutrina. A expressão “imediata” traduz a ideia de que a aplicação de tais normas escapa à mediação do “procedimento de conflito de leis do Direito Internacional Privado”²³³. Lima Pinheiro²³⁴ critica o termo, aludindo a que na norma nunca há aplicação imediata, pois essa aplicação necessita sempre de intermediação, “depende de uma norma de conflitos ad hoc ou de uma valoração conflitual casuística” e “que sustente a sua aplicação”²³⁵. Esta necessidade torna-se evidente nas normas de aplicação imediata que não sejam as do foro. Quanto a elas, a possibilidade da sua aplicação à situação depende do ordenamento jurídico do foro, e de uma norma ou regra deste que sirva de respaldo à sua aplicação pelo julgador. A aplicabilidade da norma de aplicação imediata de outro Estado está naturalmente dependente da existência de uma norma no país do foro que dê acolhimento a essa norma, ou a uma intermediação jurisprudencial que casuisticamente decida aplicá-la. O autor prefere o termo “norma de aplicação necessária”, que vemos nas epígrafes de algumas versões linguísticas.

Estas normas, tendo em conta o seu ADN original, não são normas de conflitos. Como refere Moura Ramos²³⁶, enquanto a norma de conflito regula sobre a aplicação de um determinado ordenamento jurídico, a norma de aplicação imediata dispõe sobre “a atuação de certas regras materiais”, sendo estranha ao sistema conflitual. Aplica-se apesar da norma indicada pelo sistema conflitual. No mesmo

²³² João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações» (Universidade Nova de Lisboa, 2019), https://run.unl.pt/bitstream/10362/66764/1/Soares_2019.pdf, p. 11.

²³³ João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 12.

²³⁴ Luís Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado -Volume I - Introdução e Direito de Conflitos - Parte Geral*, p. 278.

²³⁵ Pierre Mayer, «Les lois de police», *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé* 1, n. 1 (1988): 105–20, <https://doi.org/10.3406/tcfdi.1988.1791>, p. 109, alude a que a vontade do legislador estrangeiro não é determinante.

²³⁶ Rui Manuel Moura Ramos, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional», p. 660 ss.

sentido Mayer²³⁷. O legislador define o respetivo campo de aplicação sem ter em conta as regras de conflitos.

Correspondem tais normas, na definição do artigo 9º do regulamento, a “disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento.” No considerando 9 justifica-se esta exceção à aplicabilidade da lei de acordo com as regras prescritas no instrumento, no sentido de permitir em circunstâncias excecionais que o tribunal do foro leve em conta motivos de ordem pública.

O artigo 7º da convenção tinha redação substancialmente diferente, prescrevendo; “ao aplicar-se, por força da presente convenção, a lei de um determinado país, pode ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita se, e na medida em que, de acordo com o direito deste último país, essas disposições forem aplicáveis, qualquer que seja a lei reguladora do contrato (...)”

O que fundamenta este tipo de normas é o valor, o bem jurídico que pretendem acautelar e perseguir, considerados fundamentais para o legislador desse país, a ponto de não cederem perante os interesse associados às regras de conflitos e à necessidade de regulamentação das situações plurilocalizadas quanto ao ordenamento aplicável²³⁸. O objetivo da norma, especialmente valorado pelo legislador em função do interesse público, dita o seu campo de aplicação espacial²³⁹.

Contudo, a ideia de que compete ao Estado respetivo definir o que sejam normas de polícia, não sendo questionada, no âmbito do direito europeu sofre uma interpretação restritiva, com consequências limitadoras quanto à pretensão de aplicação da norma. A interpretação restritiva decorre, de um lado; da obrigação decorrente dos tratados que os Estados-Membros assumem de criarem tais normas nos seus ordenamentos, em transposição de diretivas que a União tenha emitido, estando nesta medida impossibilitados de lhe atribuir outra natureza que não esta; de outro lado, decorre dos contornos

²³⁷ Pierre Mayer, «Les lois de police», p. 107. A lei impõe-se por causa do seu conteúdo e objetivo, o seu domínio de aplicação deduz-se desse conteúdo ou do seu objetivo.

²³⁸ Rui Manuel Moura Ramos, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional», p. 670.

²³⁹ João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 14.

próprios que para as situações em conexão com o direito da União, o conceito de “norma de aplicação imediata” assume, resultante da natureza do direito da União e das exigências dos tratados, reconhecidos pelo Tribunal de Justiça e por este balizado. Em matérias com relação com o direito europeu, o conceito é de direito europeu, assumindo feição própria que se impõe a todos os Estados-Membros, como veremos²⁴⁰.

4.1. Fundamento de aplicação de norma de outro Estado-Membro.

Compete ao juiz do foro determinar a norma ou normas aplicáveis, de acordo com as regras de conflitos. No caso de normas de aplicação necessária, quanto às do foro, a autorização de aplicação resulta naturalmente do ordenamento jurídico a que o juiz se encontra vinculado. Relativamente às normas de aplicação imediata estrangeiras, que não pertençam ao ordenamento jurídico aplicável ao contrato²⁴¹, será necessária uma norma jurídica que possa servir de fundamento a essa aplicação, ou segundo alguns, poderá ainda decorrer de uma intermediação jurisprudencial a efetuar pelo próprio julgador de forma casuística²⁴².

Ao nível das matérias tratadas na Diretiva destacamento, ou seja, relativamente às normas do país de acolhimento decorrentes da transposição da diretiva, ou por esta autorizadas, conforme artigo 3º, nºs 7 e 10, devem ser entendidas como normas de aplicação imediata, qualificação que a diretiva lhes

²⁴⁰ Em 5.2

²⁴¹ Quanto às normas de aplicação imediata da *lex causae*, aplicam-se por força da norma de conflitos, se não “estiverem fora do âmbito temático mencionado na norma de conflitos”, utilizando a expressão de João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 42. Sempre poderão considerar-se aplicáveis por força da regra de conflitos, na medida em que a *lex causae* deve no tribunal do foro ser aplicada tal como seria no ordenamento jurídico respetivo, mesmo autor e obra, p. 45 ss. Vejam-se a propósito os termos do regulamento em comparação com o artigo 15º do Código Civil. Enquanto o artigo 15º do Código Civil refere que “a competência atribuída a uma lei abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos”, o regulamento não faz tal distinção, referindo ao invés as matérias abrangidas, e no artigo 9º não se refere às normas de aplicação imediata do país do foro, pressupondo-as abrangidas pela norma de atribuição de competência, desde que relativa a matéria compreendida no âmbito material da lei aplicável, tal como resulta do regulamento. A verificação da compreensão no âmbito material da lei aplicável deve ser efetuada à luz desse ordenamento.

²⁴² Solução que tem colhido alguns apoios, mas que deixa dúvidas quanto à legitimidade da sua aplicação, na falta de uma indicação legal autorizante. O recurso a princípios jurídicos, tanto mais se não pensados para a concreta questão da aplicabilidade de normas estrangeiras, ao gosto do país que as emitiu, de forma casuística e com base em conexões não legalmente definidas, torna a aplicabilidade pouco segura e menos previsível.

empresta ao referir o artigo 7º da Convenção de Roma como fundamento para a sua normação, no seu considerando 10.

O direito da União, ao referir no considerando 11 da diretiva o artigo 20º da convenção, afirmando que “a referida convenção não prejudica a aplicação das disposições que, em matérias especiais, regulam os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais e que estão ou venham a ser estabelecidas em atos das instituições das Comunidades Europeias ou nas legislações nacionais harmonizadas em execução desses atos”, parece fazer entrar aquelas normas de aplicação imediata pela porta do DIP²⁴³. As normas são assim tornadas aplicáveis em qualquer Estado-Membro que conheça da causa (país do foro), por força de uma norma de conflitos especial. Por esta via este tipo de normas, por natureza alheias ao sistema conflitual²⁴⁴, encontram apoio para sua aplicação no espaço europeu, numa norma de conflitos²⁴⁵. No entanto a diretiva não é aplicável entre particulares.

Vejamos qual a fundamentação que entre nós poderá sustentar a aplicação das normas de aplicação imediata decorrentes da transposição da diretiva ou relativas às matérias por esta previstas, do país de acolhimento.

4.1.1 A norma do artigo 9º, 3 do Regulamento Roma I como norma legitimadora

O regulamento, no seu artigo 23º refere que a respetiva regulamentação não prejudica a aplicação das disposições do direito comunitário que, em matérias específicas, regulem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais. O artigo 20º da convenção, com mais precisão, referia; “não prejudica a aplicação das disposições que, em matérias especiais, regulam os conflitos de leis em matéria de

²⁴³ Veja-se a referência supra quando ao entendimento da norma do artigo 3º da diretiva como norma especial de conflitos.

²⁴⁴ A norma de aplicação imediata de país estrangeiro, encontra a sua fundamentação por regra em norma ad hoc, fora do sistema conflitual ou por via de intermediação jurisprudencial com base em princípios gerais. Luís Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado -Volume I - Introdução e Direito de Conflitos - Parte Geral*, pp. 237ss e 283; João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», pp. 15 ss.

²⁴⁵ Entre nós o direito estrangeiro não é considerado facto, mas verdadeiro direito, sendo a sua aplicação oficiosa, conforme resulta dos artigos 348º do CC. e 5º, nº 3 do CPC. Neste sentido António Marques dos Santos, «A Aplicação do Direito Estrangeiro», *Revista da Ordem dos Advogados* Ano 60, n. II (2000): 647–68. E sempre assim seria no quadro do Direito da União, sob pena de este ser aplicado de forma desigual entre Estados.

obrigações contratuais e que são ou venham a ser estabelecidas em atos das instituições das Comunidades Europeias ou nas legislações nacionais harmonizadas em execução desses atos.”

A Diretiva destacamento, que como vimos em 4.1, regula de forma especial no seu artigo 3º a lei aplicável ao contrato de trabalho do trabalhador destacado relativamente às matérias ali previstas, apenas vincula os Estados-Membros, não tendo efeito horizontal. As diretivas necessitam ser transpostas, para as respetivas previsões, por via dos ordenamentos nacionais, poderem ser aplicáveis entre particulares. Na transposição efetuada da diretiva, Portugal não criou qualquer norma relativa ao destacamento de trabalhadores do território nacional para o território de outros Estados-Membros, regulando apenas os destacamentos para o território pátrio²⁴⁶. Não se prevê qualquer norma relativa à lei aplicável ao trabalhador destacado a partir de Portugal para o território de outro Estado-Membro²⁴⁷, o que a ter ocorrido resolveria o problema pela via da “regra especial de conflitos”, embora relativa a normas de aplicação imediata, a que o sistema comunitário parece ter aderido²⁴⁸.

Na falta dessa norma, e verificando-se que na nossa lei, nem as regras de conflito previstas no código civil preveem a possibilidade de aplicação de tais normas de origem estrangeira, nem tal lhes competiria; nem outro tipo de norma existe tendo em vista legitimar o recurso a tais normas de país que não é o da *lex causae*²⁴⁹ nem do país do foro; pareceria inviabilizada a consideração de tais normas, mesmo a defender-se um “ativismo” judiciário nesse sentido, do qual sempre resultaria insegura, fragmentária e imprevisível essa consideração²⁵⁰.

²⁴⁶ Uma crítica a esta opção, Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Ensaios - Vol. I*, pp. 101 e 102.

²⁴⁷ A não ser no artigo 8º do Código do Trabalho, mas para estabelecer uma salvaguarda.

²⁴⁸ Veja-se a nota 105, considerandos 178 a 180 do acórdão Hungria/Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, processo C-620/18, e considerandos 133 e 134 do acórdão República da Polónia/Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, Processo C-626/18.

²⁴⁹ A aplicação dependerá sempre de uma norma do país do foro no sentido de permitir essa aplicação. António Marques dos Santos, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado* (Coimbra: Almedina, 1991), p. 1041.

²⁵⁰ A solução adiantada por alguns autores no sentido da possibilidade de criação pelo interprete de “soluções conflituais especiais”, com recurso a princípios e valores do ordenamento jurídico do foro, sempre assentaria em critérios vagos, tornaria menos previsível a lei aplicável, e seria incapaz de responder de forma eficiente às questões levantadas, potenciando desigualdades de tratamento. Sobre este entendimento, indicando doutrina pertinente, veja-se João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 25 ss., referindo como princípios que têm sido indicados o princípio da igualdade entre normas de aplicação imediata do foro e normas de aplicação imediata estrangeiras; o princípio da harmonia internacional; o princípio da cooperação internacional e reciprocidade; o princípio da tutela da confiança legítima nas relações privadas internacionais; o princípio da unidade da ordem jurídica, relativamente a regras de aplicação imediata do ordenamento competente, mas fora do âmbito previsto em regras de conflito.

A legitimação pode encontrar-se nas normas da convenção e do regulamento que tratam deste tipo de normas, os artigos 7º nº 1 e 9º nº 3 respetivamente.

Na convenção consta do artigo 7º uma fonte de legitimação, mas como vimos Portugal efetuou uma reserva ao nº 1 do normativo. Assim temos que a possibilidade foi introduzida entre nós apenas com o Regulamento Roma I, estando igualmente referida no Regulamento Roma II e noutros instrumentos internacionais que vinculam o Estado português quando às matérias por eles tratadas.

Em face do regulamento a consideração de tais normas encontra-se legitimada no artigo 9º, nº 3, não obstante os termos do normativo. A norma refere o termo “pode”. O sentido desta palavra, refere Soares²⁵¹ é facultar ao tribunal do foro a possibilidade de atribuir relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras. A decisão de aplicar ou tomar em consideração uma norma de aplicação imediata estrangeira pela estrita razão de prossecução de interesses estaduais estrangeiros é deixada sempre à consideração do Tribunal do foro. No mesmo sentido o nº 1 do art.º 7º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, ao qual o Estado Português fez reserva²⁵².

Nas situações em contexto europeu a interpretação da norma tem que ser outra. Permitir a um Estado-Membro não aplicar as regras do país de acolhimento, emitidas ao abrigo da diretiva, atenta a possibilidade concedida nesta norma, implicaria que no espaço e em contexto europeu a mesma questão pudesse ter soluções jurídicas diversas, numa área regulada pelo direito europeu, contrariando os objetivos da diretiva, atentando contra princípios de direito da União, como o princípio da autonomia do direito europeu, do primado, da aplicação uniforme, com repercussão no sistema de reconhecimento mútuo. Em contexto de direito da União o julgador não pode, “deve”.

Também no âmbito da convenção, a reserva efetuada poderá entender-se como limitada às situações em que a norma de aplicação imediata a ponderar respeita a ordenamento de país terceiro. De outro modo não teria sentido permitir a reserva quando a mesma no quadro da União Europeia e por força da dinâmica própria deste e dos seus princípios nunca poderia funcionar. Repare-se que apesar da existência de reservas, a diretiva não se coibiu de referenciar o artigo 7º da convenção no seu considerando 10º, transmitindo a todas as normas nacionais de transposição da diretiva a natureza de

²⁵¹ João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 51ss.

²⁵² Referindo a lacuna criada por esta reserva, Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Ensaios - Vol. I*, p. 105.

normas de aplicação imediata. Soares²⁵³ refere que a diretiva, “autoriza no seu art.º 3º o Estado em que a atividade laboral é temporariamente prestada a conferir natureza de aplicação imediata a determinadas normas imperativas internas, com o fim de proteger os trabalhadores, natureza que deverá ser reconhecida pelos outros Estados-Membros de forma a que assim se assegure a realização dos objetivos da diretiva”. Podemos dizer mais, não só autoriza como impõe, vejam-se os termos do artigo 3º nº 1, “os Estados-Membros providenciarão”. Ainda que os Estados não lhe atribuam tal natureza, as normas sempre terão que ser interpretadas de forma conforme à diretiva, tomando conseqüentemente a natureza que a diretiva lhes atribui²⁵⁴.

A não aplicação das normas em causa inviabilizaria o sistema de reconhecimento das decisões, veja-se o artigo 27º, nº 1 da Convenção de Bruxelas, inviabilizando todo o processo de cooperação judiciária que o tratado de Maastricht havia introduzido no terceiro pilar, artigo K.1, e que posteriormente se foi desenvolvendo. No Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, veja-se o artigo 45º. Não respeitando as normas de ordem pública dos restantes Estados-Membros, quando reclamem a aplicação ao caso, e ocorra conexão adequada, nos termos definidos pelo direito da União, o reconhecimento facilmente esbarraria na exceção de ordem pública do Estado-Membro onde se pretendesse executar a mesma.

Tenha-se em linha de conta que o artigo 6º da diretiva regula sobre competência judiciária, relativamente às matérias abrangidas pela diretiva, no sentido de que a ação tendo em vista fazer valer esses direitos²⁵⁵

²⁵³ João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 33.

²⁵⁴ Nuno Andrade Pissarra, «Normas de aplicação imediata e Direito Comunitário», em *Normas de aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário* (Coimbra: Almedina, 2004), 17–140, p. 83, refere que “um regime jurídico estadual pode converter-se em direito de aplicação imediata por passar a integrar-se no âmbito de transposição de uma diretiva comunitária que lhe impõe tal natureza”, referindo em nota como exemplo a Diretiva 97/61. Também João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 32, refere que “o princípio do reconhecimento mútuo ‘converte’ determinados preceitos estrangeiros não reconduzíveis, à partida, à categoria de normas de aplicação imediata, em normas de aplicação imediata, em razão do respeito pelo princípio das quatro liberdades fundamentais”.

²⁵⁵ Relativamente às demais questões contratuais vigora o regime geral relativo à competência judiciária. Tratando-se de destacamento para o espaço europeu, relativamente a empresas sedeadas no espaço europeu (artigo 4º da Convenção de Bruxelas de 68), as regras do Código do Processo Civil não são aplicáveis, sendo-o os da Convenção. Vd. acórdão da Relação de Coimbra de 11/012/2007, (Azevedo Mendes), processo nº 147/1999.C1, disponível em dgsi.pt, e Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Ensaios - Vol. I*, p. 105. No âmbito da Convenção de Bruxelas ocorre uma lacuna. Um destacado em território português não poderia demandar a empregadora nos tribunais portugueses apenas com fundamento na execução de funções no território, por falta de previsão legal, em face do teor do artigo 5º, nº 1 da Convenção de Bruxelas de 68. Previa a norma a possibilidade de demandar o requerido com domicílio no território de um Estado contratante, num outro Estado, em que a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser

pode ser intentada no país de acolhimento, norma que Portugal não transpôs. Trata-se de uma opção permitida ao trabalhador e apenas a este, a par do regime geral que terá sempre à disposição. Este regime dificilmente se compaginaria com uma possibilidade de o país de origem não aplicar aquelas normas de aplicação necessária, decorrentes da transposição da diretiva, ou correspondentes às matérias nesta previstas.

Diga-se ainda que a parte final da norma ao referir, “para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação”, pressupõe que ocorra uma decisão por parte do “tribunal” do foro no sentido de aplicar ou não a norma estrangeira de aplicação imediata, prescrevendo determinada metodologia para o efeito, o que não parece coadunar-se com uma pura discricionariedade²⁵⁶.

Assim o juiz do foro deve aplicar as normas do país de acolhimento relativas às condições de trabalho e emprego, que respeitem às matérias aludidas na diretiva, por esta qualificadas como normas de aplicação imediata, com base respetivamente, conforme o instrumento aplicável, nos artigos 7º, 1 da Convenção de Roma e 9º, nº 3 do Regulamento Roma I.

Ainda que não pudessem ter respaldo nestas normas, sobretudo no caso da convenção em face da reserva do Estado português, a aplicabilidade resultará então do próprio direito comunitário, no caso de forma mais sensível da própria diretiva.

cumprida, referindo que, “em matéria de contrato individual de trabalho, esse lugar é o lugar onde o trabalhador efetua habitualmente o seu trabalho e, se o trabalhador não efetuar habitualmente o seu trabalho no mesmo país, a entidade patronal pode igualmente ser demandada perante o tribunal do lugar onde se situa ou se situava o estabelecimento que contratou o trabalhador”. Com o regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, tal impossibilidade desapareceu, face ao artigo 19º, 2, al. a) segunda parte, e finalmente em substituição desse regulamento, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, artigo 21º, nº 1, al. b), i) segunda parte. Refere esta norma a possibilidade de demandar a empregadora “no tribunal do lugar onde ou a partir do qual o trabalhador efetua habitualmente o seu trabalho, ou no tribunal do lugar onde efetuou mais recentemente o seu trabalho”. Contudo estas normas referem-se à competência em geral, parecendo que a novidade da diretiva seria permitir o recurso ao tribunal do país de acolhimento, relativamente apenas às matérias da diretiva, o que permitiria fossem intentadas mais que uma ação, em dois tribunais diferentes, aqueles mais preparados para decidir a questão quanto a determinadas matérias. O tribunal do foro determinado de acordo com as regras gerais, se for aplicável a lei do foro, como será mais frequente, estaria mais habilitado a conhecer das questões em que essa lei fosse aplicada, enquanto o tribunal do país de acolhimento estaria melhor preparado para apreciar as questões relativamente às matérias em que é a respetiva lei a aplicável.

²⁵⁶ Entre nós os tribunais estão sujeitos ao dever de fundamentação, artigo 205º da Constituição da República Portuguesa e julgam segundo a lei (princípio da legalidade), artigos 3º nº 2, 202º e 203º da CRP.

4.1.2 O direito da União como fonte legitimadora

O direito da União tem sido considerado como “fonte legitimadora” da relevância destas normas, invocando-se princípios fundamentais deste, como o “princípio da harmonia internacional das decisões e o princípio do reconhecimento mútuo²⁵⁷. Moura Vicente²⁵⁸ refere, no pressuposto da inaplicabilidade entre nós do n.º 1 do artigo 7.º da convenção, cuja reserve determinou uma lacuna, que a solução terá que buscar-se nos princípios gerais do DIP português, aludindo à tutela da confiança e à harmonia internacional de julgados.

Trata-se de salvaguardar interesses comunitários, e porque se trata de direito da União, o conceito de “norma de aplicação imediata”, para estes efeitos, é o que este estabelecer, com a densificação jurisprudencial do Tribunal de Justiça. A não ser assim, resultariam enorme perturbações aos fins e objetivos da União, no que concerne designadamente às liberdades fundamentais, dado o número de ordenamentos jurídicos envolvidos e as diferentes conceções sobre o que devam constituir normas de aplicação imediata.

Estas normas, que já por si constituem matéria problemática, designadamente na sua articulação com as normas de conflitos, aparecendo naturalmente como elementos perturbadores das regras relativas à articulação dos ordenamentos jurídicos de DIP; implicariam no espaço europeu uma perturbação acrescida, caso fosse deixado aos Estados-Membros a definição e entendimento quanto às suas normas de aplicação imediata, e relativamente às situações com impacto no espaço europeu. Tal multiplicidade de entendimentos interferiria com os próprios objetivos da União, tornando extremamente difícil senão impraticável a possibilidade de previsão por parte dos agentes económicos quanto às leis aplicáveis, criando restrições às liberdades fundamentais, designadamente à livre prestação de serviços, pela multiplicação, a gosto de cada estado e de acordo com o seu pessoal interesse, ao sabor das pressões internas, de normas de aplicação imediata protetoras.

²⁵⁷ Sobre a matéria veja-se, Nuno Andrade Pissarra, «Normas de aplicação imediata e Direito Comunitário», p. 55 ss; João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 31 ss.

²⁵⁸ Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Ensaio - Vol. I*, p. 105.

Pode ainda defender-se a legitimação direta com base na norma do artigo 3º da diretiva como Soares²⁵⁹, citando BONOMI²⁶⁰.

A aplicabilidade direta da norma da diretiva, na sua componente normativa de regra de conflitos especial, poderá entender-se decorrer por força do artigo 23º do Regulamento Roma I, o 20º da Convenção de Roma, na medida em que nestes normativos se estabelece que a respetiva regulamentação “não prejudica a aplicação das disposições do direito comunitário que, em matérias específicas, regulem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”, sem qualquer distinção quanto ao instrumento comunitário a que pertence a disposição que regula de forma diversa matéria específica, sendo que esta norma do regulamento, ou da convenção, é diretamente aplicável. A regra de conflitos que resulta do artigo 3º da diretiva teria aplicação direta horizontal por força desta norma e não da diretiva.

4.2. Interpretação restritiva

No campo laboral e não só, ao nível do espaço económico comum, a possibilidade de os Estados definirem normas de aplicação necessário encontra algumas limitações decorrentes do respeito devido aos tratados. Tais normas não devem por princípio limitar as liberdades comunitárias, só excecionalmente o podendo fazer, desde que fundamentadas em imperiosas razões de interesse público²⁶¹. Nos termos do artigo 52º, nº 1, TFUE, aplicável à livre prestação de serviços por via da remissão do artigo 62º do mesmo Tratado, as restrições à liberdade podem ser justificadas por razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública.

²⁵⁹ João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», p. 32

²⁶⁰ Andrea Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato: Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonche sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé 33 (Zurique: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998), p. 319.

²⁶¹ Vd. Considerando 31 do acórdão Arblade. O conceito de norma de aplicação imediata de que aqui tratamos é mais amplo que o referido no artigo 52º, nº 1 do TFUE, aplicável à prestação de serviços por força do artigo 62º do mesmo Tratado.

A apreciação da conformidade de tais normas com o direito da União, para situações em que ocorra uma conexão com este, nos termos que o próprio Tribunal de Justiça definiu, é da competência deste. A competência do Tribunal de Justiça exige um elemento de conexão com o direito da União²⁶².

Em situações em que estejam em causa normas de transposição de diretivas comunitárias, ainda que a situação concreta seja puramente interna, tal elemento de conexão existirá por força da aplicação de tais normas de transposição em termos iguais, quer a situações puramente internas quer a situações transfronteiriças, e da necessidade de uma interpretação uniforme em todos os Estados-Membros.

Para outras situações, e queremos referir-nos a normas que não resultem de transposição de diretivas ou que não visem desenvolver matéria de direito da União, o Tribunal de Justiça tem decidido no sentido da sua competência se a questão da interpretação do direito da União relevar ao caso concreto, ainda que a situação se situe fora do âmbito de aplicação do direito comunitário, se as disposições de direito da União se tornaram aplicáveis “ou pelo direito nacional, ou em virtude de simples disposições contratuais”²⁶³.

Quanto ao sentido de leis de polícia, já antes do regulamento o Tribunal de Justiça referira no acórdão *Arblade*, considerando 30, que se devia entender por leis de polícia e de segurança, as normas cuja “observância foi considerada crucial para a salvaguarda da organização política, social ou económica do Estado-Membro em causa, a ponto de impor o seu respeito a qualquer pessoa que se encontre no território nacional desse Estado-Membro ou a qualquer relação jurídica neste localizada”, tendo-se

²⁶² Entre outros, acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de abril de 1988, *Bekaert*, processo 204/87, ECLI:EU:C:1988:192, considerando 11 e 12; de 3 de outubro de 1990, *Nino*, processos apensos C-54/88, C-91/88 e C-14/89, ECLI:EU:C:1990:340, considerando 11; de 20 de março de 2014, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona*, processo C-139/12, ECLI:EU:C:2014:174, considerando 42; de 15 de novembro de 2016, *Ullens de Schooten*, processo C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874. Refere o Tribunal de Justiça no considerando 47 desde acórdão que, “as disposições do Tratado FUE em matéria de liberdade de estabelecimento, de livre prestação de serviços e de livre circulação de capitais não são aplicáveis a uma situação em que todos os elementos estejam confinados a um único Estado-Membro, referindo outra jurisprudência; de 15 de dezembro de 1995, *Bosman*, processo C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, considerando 89.

²⁶³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de julho de 1997, *Leur-Bloem*, processo C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, onde se refere outra jurisprudência. Veja-se ainda o acórdão de 20 de maio de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, processo C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282, onde o tribunal afirma a sua competência nos casos em que a legislação nacional estabelece para as situações puramente internas as soluções de direito da União, para evitar distorções na concorrência e ao nível da igualdade, intervenção que se justifica para garantir a uniformidade interpretativa das disposições ou conceitos de direito da União. Esclarece ainda neste acórdão que é ao órgão nacional que compete verificar da existência ou não dessa remissão para o direito da União, considerando 33 e 34. No mesmo sentido *Isbir*, considerando 28.

entendido esta asserção como uma limitação aos Estados-Membros, já que ela define materialmente o que sejam normas de policia²⁶⁴. O entendimento veio a ser acolhido pelo regulamento²⁶⁵.

Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as normas de aplicação necessária emitidas pelos Estados-Membros, quando constituam restrição a uma liberdade comunitária, devem ser interpretadas de forma restritiva²⁶⁶, por constituírem uma derrogação ao princípio de direito da União, cujo âmbito não pode ser unilateralmente fixado²⁶⁷. Quanto à diretiva, e tendo em conta o caráter taxativo do artigo 3º, as permissões concedidas aos Estados-Membros no nº 10 do mesmo artigo constituem derrogação daquele regime, pelo que a norma, na linha do mesmo entendimento, deve ser interpretada restritivamente²⁶⁸.

A qualificação por parte de um Estado-Membro de normas como normas de aplicação necessária não subtrai esse Estado-Membro da obrigação de cumprimento dos Tratados e consequentemente tais normas estão sujeitas a estes, designadamente ao princípio do primado do direito da União, como reiteradamente tem afirmado o Tribunal de Justiça. Em matérias como as tratadas na diretiva não pode

²⁶⁴ Os Estados-Membros mantêm a liberdade de definir o que sejam as suas normas de policia, relativamente às a questões meramente internas e sem qualquer conexão com o direito da União, nos termos que referimos.

²⁶⁵ Uma crítica a este acolhimento, referindo que o Tribunal de Justiça não estava a definir o que sejam leis de policia para o direito da União, mas tão só a referir-se à definição à qualificação de leis de policia da Bélgica, Andrea Bonomi, «Le régime des règles imperatives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats», em *Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles: actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, ed. Eleanor Cashin Ritaine e Andrea Bonomi, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé 62 (Zurique: Schulthess, 2008), 217–37, <http://www.e-collection.isdc.ch/zoom/4259/view?page=1&p=separate&tool=info&view=0,0,1832,2658>, p. 224. Refere o autor, "Il est utile de rappeler cependant que, dans cet arrêt, la Cour de Justice n'a pas souhaité formuler une notion propre de lois de police ... La définition des lois de police reprise dans l'arrêt est donc celle de l'ordre juridique belge qui se rattache - comme il est bien connu - à celle formulée en France par Phocion FRANCESCOAKIS dans ses écrits des années 60 sur les lois d'application immédiate."

²⁶⁶ Refere o Tribunal de Justiça no acórdão Nikiforidis, no considerando 43, que "o artigo 9º do Regulamento Roma I derroga o referido princípio da livre escolha da lei aplicável pelas partes no contrato. Esta exceção tem por objeto, como enuncia o considerando 37 deste regulamento, permitir que, em circunstâncias excecionais, o tribunal do foro tome em consideração motivos de ordem pública". E no considerando 44 refere que "enquanto medida derogatória, o artigo 9º do referido regulamento deve ser interpretado em termos estritos. Ms. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 2013, Unamar, processo C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, considerando nº 46 e 49, referindo neste que para atribuir eficácia plena à escolha das partes, há que interpretar restritivamente o artigo 7º, nº 2 da convenção.

²⁶⁷ Vejam-se ainda os acórdãos. do Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2006, Comissão/Espanha, processo C-503/03, ECLI:EU:C:2006:74, sobre a livre circulação de pessoas, considerando 45; processo C-319/06, sobre livre prestação de serviços, considerando 30; de 28 de outubro de 1975, Rutili, processo 36-75, ECLI:EU:C:1975:137, liberdade de circulação de trabalhadores, considerando 27; de 27 de outubro de 1977, Bouchereau, processo 30-77, ECLI:EU:C:1977:172, liberdade de circulação de trabalhadores, considerando 33; de 4 de dezembro de 1974, van Duyn, processo 41-74, ECLI:EU:C:1974:133, liberdade de circulação de trabalhadores, considerando 18; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri, processos apensos C-482/01 e C-493/01, ECLI:EU:C:2004:262, livre circulação de trabalhadores, considerando 64 e 65. Refere neste acórdão o Tribunal de Justiça que uma "interpretação particularmente restritiva das derrogações a esta liberdade é exigida pelo estatuto de cidadão da União. Como o Tribunal de Justiça declarou, este estatuto tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros".

²⁶⁸ processo C-319/06, comissão/Luxemburgo, considerando 31.

igualmente ignorar-se a importância para o mercado interno de uma aplicação uniforme em todo o espaço económico. Usando a expressão do Advogado-geral Cruz Villalón²⁶⁹, “o parâmetro de apreciação, bem como o padrão de controlo que deve ser aplicado às medidas nacionais em causa, é o previsto nos tratados.”

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça retiram-se diversos parâmetros tendo em vista a verificação da conformidade das normas com o direito da União. Desde logo devem ser determinadas por razões imperativas de interesse público. Relativamente à matéria laboral e à Diretiva destacamento, o Tribunal de Justiça pronunciou-se quanto a várias questões tendo afirmando satisfazer essa exigência a proteção dos trabalhadores, a concorrência leal²⁷⁰, a luta contra a fraude e os abusos²⁷¹, as medidas de controlo que se mostrem necessárias para assegurar o respeito das normas²⁷².

Devem respeitar o princípio do tratamento igual, isto é, aplicar-se indistintamente a quem quer que exerça atividade no país, independentemente da sua nacionalidade. Devem ainda respeitar os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade. A medida deve mostrar-se necessária tendo em conta o interesse geral que a fundamenta, mostrar-se adequada para se atingir esse objetivo, e não incorrer em excesso, limitando-se ao estritamente necessário para atingir o fim pretendido. A medida não será necessária se resultar demonstrado que o interesse visado se mostra já garantido pelas regras a que o prestador está sujeito no Estado-Membro de estabelecimento²⁷³.

²⁶⁹ Conclusões apresentadas em 5 de maio de 2010, processo C-515/08, Santos Palhota, ECLI:EU:C:2010:245, ponto 46.

²⁷⁰ Acórdãos Santos Palhota, considerando 37; acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 2014, Jan De Clercq, processo C 315/13, ECLI:EU:C:2014:2408, considerando 65; de 12 de outubro de 2004, Wolff & Müller, processo C 60/03, EU:C:2004:610, considerando n° 35, 36 e 41; Portugaia, considerandos 19 e 20; de 25 de outubro de 2001, Finalarte, Portugaia e Engil, processos apensos C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98, ECLI:EU:C:2001:564, considerando 33;

²⁷¹ Acórdãos Jan De Clercq, considerando 65; Santos Palhota, considerando 48; de 19 de janeiro de 2006, Comissão/Alemanha, processo C-244/04, considerando 36, referindo que os controlos devem respeitar “os limites impostos pelo direito comunitário e não devem tornar ilusória a liberdade de prestação de serviços.”

²⁷² acórdãos Arblade, considerando n° 38 e jurisprudência referida, e Santos Palhota, considerando 48; Wolff & Müller, referindo no considerando 36, “as medidas adotadas pelo Estado-Membro de acolhimento destinadas a reforçar as modalidades processuais que permitem aos trabalhadores destacados exercer com eficácia o seu direito ao salário mínimo.”

²⁷³ Vd. acórdãos Arblade, considerandos n°s 34 e 35; Santos Palhota, considerando n° 45; Jan De Clercq, considerando 62; acórdão 19 de dezembro de 2012, Comissão/Bélgica, processo C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814, considerando 44; acórdão Portugaia, considerandos 19 e 24; acórdão Finalarte, Portugaia e Engil, considerando 32 e 53; acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 1996, Reisebüro Broede, processo C-3/95, ECLI:EU:C:1996:487, considerando 28.

As restrições que as medida nacionais importarem para liberdades comunitárias não podem ter uma justificação económica²⁷⁴, designadamente de proteção das empresas nacionais em relação à concorrência das empresas prestadoras de serviços estabelecidas noutro Estado-Membro, nem resultar de considerações meramente administrativas²⁷⁵.

Quanto à verificação da conformidade de tais normas com o direito da União, o Tribunal de Justiça tem referido que o juiz deve examinar em primeiro, se a medida tem efeitos restritivos sobre a livre prestação de serviços. Deve depois verificar da existência de razões imperativas de interesse público do Estado de acolhimento, para a medida tomada; verificar se o interesse não se mostra assegurado pela regulamentação do Estado de origem, em moldes essencialmente equiparáveis; verificar se não estando garantido o interesse no país de origem, ou resultando na norma uma proteção real adicional para o trabalhador, o interesse não pode ser perseguida por uma via mesmos restritiva²⁷⁶.

O tribunal tem ainda referido vários indícios a levar em consideração para se verificar do cumprimento daqueles parâmetros. Referiu que deve levar-se em consideração a intenção do legislador, tal como se manifesta nos considerandos duma lei, na exposição de motivos ou como se manifesta nos debates políticos que antecederam a sua adoção, não podendo este indício ser considerada determinante. Deve verificar-se objetivamente se a regulamentação assegura os objetivos que a fundamentam. O Tribunal de Justiça sustenta que deve verificar-se se a regulamentação se traduz numa vantagem real com repercussão significativa no nível de proteção. Na análise das vantagens deve atender-se à proteção de que os trabalhadores já beneficiem, e se aquelas normas conferem uma proteção adicional ou se a proteção conferida é essencialmente equiparável à dispensada pelo Estado-Membro de origem²⁷⁷.

Para verificar da proporcionalidade da medida devem ser ponderados os encargos administrativos e económicos que recaem sobre os prestadores de serviços por força desta regulamentação e, por outro, o acréscimo de proteção social que a mesma confere aos trabalhadores por comparação com a que é

²⁷⁴ Acórdãos Portugaia, considerando 26 e Finalarte, Portugaia e Engil, considerando 39.

²⁷⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 1999, Terhoeve, processo C-18/95, ECLI:EU:C:1999:22, considerando 45; de 3 fevereiro de 1983, van Luijpen, processo n° 29/82, ECLI:EU:C:1983:25, considerando 12; acórdão Arblade, considerando 37.

²⁷⁶ Acórdão Arblade, considerando 39 a 52; acórdão Säger, considerando 15; acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 1995, Gebhard, processo C-55/94, ECLI:EU:C:1995:41, considerando 37; acórdão Guiot, considerando 13.

²⁷⁷ Acórdão Portugaia, considerandos 27 a 29 e acórdão Finalarte considerandos 40 a 42 e 45. Em ambos os acórdãos se tratava da proteção do trabalhador destacado.

garantida pela regulamentação do Estado-Membro de estabelecimento da sua entidade patronal, e por fim conjugar a possibilidade de o objetivo poder ser conseguido por medida menos restritiva²⁷⁸.

O TJ apreciou várias exigências constantes de normas nacionais de aplicação imediata. Assim, a título exemplificativo, no acórdão *Arblade*, relativo a questões anteriores à diretiva, o Tribunal de Justiça apreciou se os artigos 59º e 60º do Tratado obstam a que um Estado-Membro, a Bélgica, imponha às prestadoras de serviços por leis de polícia, entre outras exigências; quotizações patronais nos termos dos regimes de «selos-intempéries» e de «selos-fidelidade» e entregando a cada trabalhador uma ficha individual; exigência de um regulamento de trabalho; de um registo especial do pessoal; de uma conta individual por cada trabalhador destacado; manutenção e conservação desses documentos nesse Estado, entre outras possibilidades, no domicílio de uma pessoa singular que na qualidade mandatário ou encarregado os guarde, durante cinco anos, a iniciar no termo da prestação de serviços nesse Estado. A ficha individual devia ser confirmada pelo fundo de segurança, confirmação que só ocorria após o pagamento das quotizações para os «selos-intempéries» e os «selos-fidelidade» bem como o pagamento de determinada quantia por cada ficha apresentada.

O Tribunal de Justiça considerou que os artigos 59º e 60 do Tratado, atuais 56º e 57º do TFUE, se opõem à imposição de exigências quando o prestador de serviços está sujeito no seu país a obrigação essencialmente comparável em razão das finalidades dessa exigência. Considerou violarem o Tratado as exigências de pagamento das “quotizações patronais nos termos dos regimes de «selos-intempéries» e de «selos-fidelidade»; da entrega da ficha individual, obrigação intrinsecamente ligada às quotizações; elaboração de documentos sociais ou de trabalho, como um regulamento de trabalho, um registo especial do pessoal, a conta individual; se a proteção social que se pretendia com tais exigências estiver assegurada no Estado de origem²⁷⁹.

Quanto às contribuições, importa que estas concedam benefício ao trabalhador, devendo comparar-se este benefício com o que os trabalhadores gozam no país de origem em virtude de contribuição equivalente. Se a contribuição para o fundo do Estado-Membro de acolhimento “fornecer uma real proteção adicional de que os trabalhadores não beneficiariam de outro modo é que o seu pagamento

²⁷⁸ Acórdão *Finalarte*, considerandos 50 e 51.

²⁷⁹ Quanto à obrigação de exigência de obter uma autorização de emprego e pagamento de uma taxa a um organismo de imigração, por parte de prestadora estabelecida noutro Estado-Membro e que destaca trabalhadores nacionais de países terceiros, o acórdão *Vander Elst*, considerandos 20 a 22.

pode ser justificado, e unicamente no caso de essas mesmas quotizações serem exigidas a todo o prestador de serviços que opera no território nacional no setor em causa”²⁸⁰.

Quanto à disponibilização dos documentos para efeitos inspetivos, sejam documentos de trabalho sejam documentos sociais, se os documentos elaborados de acordo com a regulamentação do Estado de origem, vistos no seu conjunto, forem suficientes para garantir um adequado controlo, não devem os Estados de acolhimento exigí-los em conformidade com a sua regulamentação.

Entendeu ainda o Tribunal de Justiça que o Estado de acolhimento pode exigir a manutenção dos documentos à sua disposição durante a execução das tarefas, no estaleiro ou em lugar claramente identificada, enquanto durar a atividade naquele território. Terminada a atividade no Estado, o Tribunal de Justiça entendeu que a exigência de manter os documentos disponíveis no território não era justificável, não bastando invocar que essa presença facilita o controlo. Referiu o Tribunal de Justiça que era preciso demonstrar que as autoridades não tinham condições de efetuar o controlo de modo eficaz sem essa exigência²⁸¹. Referiu ainda o controlo por parte da autoridade e do país de estabelecimento e o então em vias de concretização, “sistema organizado de cooperação ou de troca de informações entre Estados-Membros previsto no artigo 4. da Diretiva 96/71”²⁸².

No acórdão Finalarte, antes da aplicabilidade da diretiva, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a exigência de cotizações para um fundo criado ao abrigo de uma convenção coletiva de trabalho. Estavam em causa cotizações exigíveis na Alemanha no setor da construção, para organismo comum dos parceiros sociais, relativo a férias, previstas em CCT de aplicação geral, e aplicável por força de lei aos empregadores estrangeiros.

²⁸⁰ Considerandos 52 a 54.

²⁸¹ Vd. acórdão de 4 de dezembro de 1986, Comissão/Alemanha, processo 205/84, ECLI:EU:C:1986:463, considerando 54, no sentido de que, “considerações de ordem administrativa não poderiam justificar uma derrogação, por parte de um Estado-Membro, das regras do direito comunitário. (...). No caso em apreço não basta, assim, que a presença no local, de todos os documentos necessários para o controlo das autoridades do Estado destinatário, seja de molde a facilitar o cumprimento da sua missão. É, ainda, preciso demonstrar que, mesmo no quadro de um regime de autorização, essas autoridades não poderiam executar a sua missão de controlo, de modo eficaz, sem que a empresa dispusesse, no referido Estado-Membro, de um estabelecimento permanente, com todos os documentos necessários.”

²⁸² Considerandos 76 a 79.

Nos termos do regime instituído as empregadoras alemãs podem em determinadas condições solicitar reembolso²⁸³, o que não ocorre com as empregadoras estrangeiras, sendo que quanto a estas o fundo paga diretamente aos trabalhadores. As empregadoras estrangeiras têm ainda um dever extra de fornecer determinadas informações a esse organismo. O conceito de empresa, relevante para aplicação da CCT, é distinto conforme se trate de entidade nacional ou estrangeira. Estava ainda em causa um período de férias superior ao previsto na diretiva 93/104/CE do Conselho.

O Tribunal de Justiça respondeu que os artigos 59.º e 60.º do Tratado não se opõem a uma regulamentação que garante aos trabalhadores destacados o direito a férias pagas, “desde que, por um lado, os trabalhadores não beneficiem de uma proteção essencialmente equiparável nos termos da legislação do Estado-Membro de estabelecimento da sua entidade patronal, de modo a que a aplicação da regulamentação nacional do primeiro Estado-Membro lhes proporcione uma vantagem real que contribua significativamente para a sua proteção social e, por outro, que a aplicação dessa regulamentação do primeiro Estado-Membro seja proporcionada ao objetivo de interesse geral prosseguido.”

Quanto às exigências informativas acrescidas, o Tribunal de Justiça referiu que a diferença de tratamento pode ter razões objetivas que a fundamentem, e que a obrigação de apresentar documentos específicos não poderá justificar-se se o controlo for possível com base em documentação elaborada em conformidade com a regulamentação do país de estabelecimento; devendo avaliar-se caso a caso, de acordo com o princípio da proporcionalidade, se as diferenças objetivas entre as empresas nacionais e as prestadoras de serviços transnacionais, justificam o diferente tratamento tendo em vista o objetivo pretendido.

Quanto ao período de férias, considerou o tribunal que compete ao Estado-Membro definir o período que considera adequado, referindo que os limites mínimos constantes da então em vigor Diretiva 93/104/CE do Conselho²⁸⁴, eram limites mínimos não impeditivos de níveis de proteção mais elevados, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho.

²⁸³ Na base do regime está o facto de os trabalhadores do setor da construção na Alemanha serem muito rotativos. Prevendo a lei que as diferentes relações de trabalho durante um ano devem ser consideradas como uma só, a empregadora na ocasião do seu vencimento teria que pagar a totalidade. Com este regime evita-se este risco, contribuindo cada empregadora para esse fundo e a este título com uma percentagem sobre o ordenado bruto. A empregadora que afinal paga as férias pode pedir reembolso ao fundo na percentagem que lhe não é imputável.

²⁸⁴ Atualmente a Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho.

Quanto a impossibilidade de pedido de reembolso à caixa, pelas prestadoras de serviços, o Tribunal de Justiça considerou que a diferença de tratamento pode justificar-se por motivos objetivos, não constituindo uma discriminação contrária aos artigos 59º e 60º. Alude à impossibilidade de controlo quando as empresas deixam o território, o que justifica o pagamento direto aos trabalhadores. O tratamento diferente pode explicar-se por estas diferenças objetivas e não constitui, por isso, uma discriminação contrária aos artigos 59º e 60º

Quanto ao diferente conceito de empresa, cuja repercussão prática tem a ver com o regime ali aplicável às empresas mistas, que exercem mais que um tipo de atividade, considerou o tribunal haver uma desigualdade de tratamento. As empresas estrangeiras que sejam mistas e se encontrem em situação similar às nacionais de igual natureza, que se encontrem em condições de não estar obrigadas ao referido pagamento, terão sempre que proceder ao pagamento das cotizações.

Em 2007 o Tribunal de Justiça no processo C-490/04²⁸⁵, Comissão/Alemanha, apreciou de novo a regulamentação alemã, após esta ter sofrido alterações, reafirmando o seu entendimento.

Estava em causa a exigência de os documentos serem fornecidos e conservados na língua alemão²⁸⁶. A comissão alegou que tal obrigação se tornou supérflua em virtude do sistema de cooperação entre Estados-Membros previsto no artigo 4º da Diretiva 96/71. A RFA invocou a necessidade da medida para uma efetiva possibilidade de controlo, para assegurar uma eficaz proteção dos trabalhadores. O Tribunal de Justiça entendeu justificar-se a medida, tendo em conta a não existência de medidas de harmonização comunitárias na matéria e o interesse da proteção social dos trabalhadores do sector da construção, e de uma efetiva fiscalização.

No acórdão Santos Palhota, relativo ao mesmo Estado-Membro em causa no acórdão Arblade (Bélgica), já após a diretiva, estava em causa o “regime simplificado” instituído por aquele Estado-Membro na sequência do acórdão Arblade. O prestador de serviços estava obrigado, designadamente, ao envio de uma declaração prévia de destacamento, sendo que o início do destacamento estava subordinado à notificação ao empregador de um número de registo dessa declaração, que poderia levar alguns dias a ser enviado, dispondo a autoridade respetiva de um prazo de cinco dias a contar da receção da declaração para proceder a essa notificação. O prestador estava ainda obrigado a conservar e manter à

²⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2007, Comissão/Alemanha, processo C-490/04; ECLI:EU:C:2007:430.

²⁸⁶ Os documentos em causa são o contrato de trabalho, as folhas de pagamento, o registo do horário de trabalho e os comprovativos do pagamento dos salários, como informa o considerando 66.

disposição das autoridades nacionais durante o destacamento, uma cópia dos documentos equivalentes aos documentos sociais ou de trabalho, tais como uma conta individual e uma ficha de salários, exigidos pelo direito do primeiro Estado, e de enviar no fim do destacamento uma cópia dos documentos às autoridades. A lei nacional referia ainda a obrigação, para destacamentos superiores a seis meses, de manter à disposição das autoridades, uma cópia dos documentos equivalentes, num dos locais designados e por um período de cinco anos.

A dispensa da elaboração da “conta individual” e da ficha de salários nos termos da regulamentação Belga, dependia do envio da declaração prévia, e tem um limite temporal de seis meses, que no caso não se colocava por ser um destacamento por tempo inferior.

O Tribunal de Justiça considerou que o procedimento de notificação prévia nos moldes em que está configurado, só podendo iniciar-se a prestação de serviços após a receção do número de registo da declaração, não constitui um simples procedimento declaratório²⁸⁷, convertendo-se num mecanismo de autorização prévia ao início da atividade²⁸⁸, podendo enterrar o destacamento, designadamente quando a prestação exige rapidez de ação²⁸⁹, tanto mais que a não adesão a tal mecanismo implica a obrigação de apresentar documentos em conformidade com a regulamentação belga²⁹⁰. O que releva para o efeito é a possibilidade de a notificação do registo poder demorar alguns dias, circunstância com que o prestador tem que contar, embora na prática possa demorar apenas dois a três dias.

Quanto à disponibilização dos documentos durante a obra e seu envio às autoridades após esta, considerou as medidas adequadas para efeitos de controlo.

Resulta da jurisprudência do tribunal que para efeitos de controlo é adequado uma exigência de simples comunicação prévia dos trabalhadores a destacar, indicação da duração prevista, e quais os serviços que determinam o destacamento²⁹¹.

²⁸⁷ Considerando 34.

²⁸⁸ Remete-se, referindo analogia, para o acórdão proferido no processo C-168/04, considerando 45.

²⁸⁹ Considerando 35.

²⁹⁰ Considerando 39.

²⁹¹ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2004, Comissão/Luxemburgo, processo C-445/03, ECLI:EU:C:2004:655, considerando 31; de 19 de janeiro de 2006, Comissão/Alemanha, processo C-244/04, considerando 45.

No acórdão Rush portuguesa, relativo a situação anterior à diretiva, estava em causa entre outras, o pagamento de uma contribuição especial exigível a qualquer empregador no local, pela contratação de trabalhadores nacionais de países terceiros. A autoridade Francesa exigia à empresa estabelecida em Portugal que destacara trabalhadores nacionais de países terceiros, o pagamento dessa contribuição, invocando o regime provisório contido no ato de adesão. O regime transitório, quanto à liberdade de prestação de serviços, previa exceções apenas em relação aos setores do turismo, cinema e agências de viagens. Uma das questões colocadas era saber se, “o direito de uma sociedade portuguesa prestar serviços em toda a Comunidade pode ficar dependente de condições, estabelecidas pelos Estados-Membros fundadores da CEE, designadamente, da contratação de pessoal no local, da obtenção de licenças de trabalho para o seu próprio pessoal português ou do pagamento de contribuições a um organismo de imigração?” O Tribunal de Justiça respondeu de forma negativa, ressaltando que o Estado-Membro não pode impor o respeito das condições que impõe à contratação de mão-de-obra no local nem pode sujeitar o prestador a um regime de autorização.

No acórdão C-168/04, Comissão/Áustria²⁹² tratou-se de uma exigência por parte da Áustria de obtenção de uma autorização prévia para os trabalhadores que a entidade prestadora de serviços transnacionais pretendia destacar para o território. Tratando-se de trabalhadores nacionais de um Estado terceiro, previa-se um processo especial, sendo a autorização substituída por uma “confirmação de destacamento europeu” dependendo a sua concessão de determinados requisitos, tendo a autoridade seis semanas para emitir o certificado.

Os requisitos de emissão da “confirmação de destacamento europeu” consistiam em o trabalhador nacional de Estado terceiro, ter um trabalho habitual e regular há pelo menos um ano na empresa destacadora no Estado-Membro de origem, ou um contrato de trabalho por tempo indeterminado, e serem cumpridas as condições salariais e de emprego, bem como as disposições em matéria de segurança social previstas pelo direito austríaco durante o destacamento. Tais assalariados estavam ainda sujeitos a visto e autorização de residência.

Exigia-se ainda uma comunicação de destacamento, a enviar no mínimo uma semana antes do início da prestação de trabalho, com várias informações sobre a sua própria situação, trabalhadores destacados, cliente, atividades e remunerações.

²⁹² Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2006, Comissão/Áustria, processo C-168/04.

O Tribunal de Justiça referiu que o procedimento de confirmação de destacamento europeu tem o carácter de um processo de autorização, não se tratando de um simples procedimento declaratório, salientando o prazo para a confirmação do pedido. O Estado austríaco invocou o interesse em evitar riscos de exploração abusiva da mão-de-obra proveniente de Estados terceiros, evitar que esta mão de obra seja exclusivamente utilizada em destacamentos, ou para efeito do destacamento, e evitar a perturbação do mercado de trabalho nacional.

O tribunal considerou que o meio não era adequado para esses objetivos, desde logo por não levar em conta as medidas de proteção existentes no Estado-Membro de origem, designadamente quanto a condições de trabalho e remuneração. Considerou ainda excessiva a exigência de um vínculo por tempo indeterminado ou a existência de contratos de trabalho com pelo menos um ano no Estado-Membro de origem. Quanto à proteção do mercado, salientou que os trabalhadores destacados não pretendem ingressar no mercado de trabalho nacional. O tribunal concluiu que a obrigação de comunicar antes de um destacamento quais os trabalhadores a destacar, a duração prevista do destacamento e o serviço a prestar, constitui uma medida eficaz e menos restritiva.

Apreciou-se ainda uma regulamentação que determinava a recusa automática de entrada e de residência ao nacional de Estado terceiro, se este (trabalhador a destacar), tiver anteriormente entrado no território sem visto. A comissão invocou, para o caso de destacamento, o direito do trabalhador de entrada e residência como um “direito derivado” da liberdade de prestação de serviços, um direito transmitido pela empregadora, para o tempo necessário à prestação. O visto concedido aos nacionais de Estado terceiro teria natureza formal e deveria ser automaticamente concedido nos casos de destacamento. A Áustria invocou que a autorização de entrada e residência não diz respeito à liberdade de prestação de serviços, não dependendo exclusivamente da legalidade desta, invocando o direito de um Estado verificar do risco para a ordem e segurança pública.

O Tribunal de Justiça considerou que os motivos de salvaguarda da segurança e ordem público, são atendíveis se corresponderem a uma “ameaça real e suficientemente grave²⁹³” que “afete um interesse fundamental da sociedade”. Mais considerou desproporcionada a medida de recusa automático de

²⁹³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de outubro de 1977, Bouchereau, processo 30-77, ECLI:EU:C:1977:172, considerando 35, no sentido de que “o recurso por uma autoridade nacional à noção de ordem pública pressupõe, em todo o caso, a existência, afora a perturbação da ordem social que qualquer infração à lei constitui, de uma ameaça real e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade.”

emissão da autorização de entrada e de residência baseada apenas no facto de este ter anteriormente “entrada sem visto”.

No acórdão Van Duyn, o Tribunal de Justiça considerou que um Estado-Membro pode impor restrições por motivos de ordem pública, com relação a um comportamento pessoal consistente na filiação num grupo ou organização, cujas atividades no entender desse Estado constituem um perigo social, embora as não proíba, nem imponha qualquer sanção aos seus nacionais; que desejem exercer atividade análoga; ao serviço desses mesmos grupos ou organização. O tribunal referiu que a noção de ordem pública pode variar no tempo e no espaço, devendo; sem prejuízo de em “contexto” da União se tratar de conceito de direito da União; conceder-se aos Estados uma certa margem de apreciação. Referiu ainda encontrar-se definida claramente a posição do Estado quanto a tais atividades desenvolvidas por esses grupos ou organizações, tendo adotado medidas administrativas, pelo que o Estado-Membro “não pode ser obrigado, para poder invocar a noção de ordem pública, a proibir por lei essas atividades, se essa medida não foi considerada adequada face às circunstâncias”.

No acórdão Adoui e Cornuaille²⁹⁴, o Tribunal de Justiça desenvolveu o conceito, atribuindo, nas palavras de Maria Luísa Duarte²⁹⁵, “maior relevância ao princípio da não-discriminação”. Referiu o Tribunal de Justiça que, não se impondo uma escala de valores uniforme, o comportamento considerado perigoso deve ser avaliado em função da reação do Estado em relação a idêntico comportamento tomado por um seu nacional. Importa saber se o Estado estabelece medidas repressivas em relação a tal comportamento quando praticado pelos seus nacionais, ou outras medidas reais e efetivas tendo em vista combater o comportamento.

Relativamente a regulamentos prevendo mecanismos de autorização administrativa dos destacamentos, que o tribunal considerou não conformes ao direito da União, designadamente artigo 56º do TFUE, vejamo-nos ainda os acórdãos Vander Elst, e processos C-244/04 e C-445/03²⁹⁶.

²⁹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de maio de 1982, Adoui e Cornuaille, processos apensos 115 e 116/81, ECLI:EU:C:1982:183.

²⁹⁵ Maria Luísa Duarte, «Direito Comunitário do Trabalho: Tópicos de identificação», em *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I (Coimbra: Almedina, 2001), 153–88, p. 184. Refere a autora que a perigosidade de cidadão estrangeiro passa a ser apreciada na base de uma exigência de “discriminação mínima e de proporcionalidade”.

²⁹⁶ Acórdão de 19 de janeiro de 2006, Comissão/Alemanha, C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49; e de 21 de outubro de 2004, Comissão/Luxemburgo, C-445/03, ECLI:EU:C:2004:655.

4.3. As normas de aplicação imediata na Convenção de Roma de 80 e no Regulamento Roma I

A redação das normas na convenção e no regulamento é substancialmente diferente²⁹⁷. Na convenção refere-se no n° 1 do artigo 7°:

“Ao aplicar-se, por força da presente convenção, a lei de um determinado país, pode ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita, se e na medida em que, de acordo com o direito deste último país, essas disposições forem aplicáveis, qualquer que seja a lei reguladora do contrato. Para se decidir se deve ser dada prevalência a estas disposições imperativas, ter-se-á em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências que resultariam da sua aplicação ou da sua não aplicação.”²⁹⁸

No regulamento consta do n° 3 do artigo 9°:

“Pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal. Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação.”

Verifica-se aqui uma restrição quanto às condições em que o julgador do foro pode recorrer a normas de aplicação necessária de outro Estado, tratar-se de normas do Estado onde o contrato deva ou tenha sido

²⁹⁷ Uma outra diferença importante consiste na impossibilidade de efetuar uma reserva quanto à norma do regulamento, o que era possível na convenção, conforme artigo 22°, n° 1.

²⁹⁸ Não obstante Portugal ter efetuado reserva a esta norma, temos dúvida quanto a entender-se que essa reserva possa abranger as matérias em que por força do direito da União, os Estados-Membros (de acolhimento) devem aplicar as suas regras, como é o caso das matérias referidas na Diretiva destacamento, bem como, relativamente a situações com conexão com o direito da União. Estão nesta situação aquelas normas dos Estados-Membros cuja criação o direito da União permite, designadamente as emitidas ao abrigo do artigo 52° e 62° do TFUE e n° 10 do artigo 3° da Diretiva destacamento. Que assim deve entender-se resulta dos instrumentos comunitários que fazem referência à norma do artigo 7° da convenção apesar das reservas efetuadas, pressupondo a sua aplicação a todos os Estados, quando em situações com conexão com o direito europeu. A referência na Diretiva destacamento original ao artigo 7°, auto manifestando-se o instrumento comunitário como uma concretização de tal norma nas matérias a que respeita, só ganha sentido se se entender que no âmbito europeu a norma é aplicável a todos os Estados-Membros, incluindo os que declararam reserva.

executado, e que por força delas a execução do mesmo resulte ilegal. Por outro, o referido artigo no n° 1 introduz uma definição do que sejam normas de aplicação imediata nos seguintes termos:

“As normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento.”

Na convenção deve ter-se em atenção a natureza do vínculo, aludindo a norma a um vínculo estreito. Giuliano e Lagarde²⁹⁹ referem que tem que se tratar de uma ligação real, dando como exemplos o local em que o contrato tenha que ser executado, o local de residência de uma parte ou local onde uma das partes tem o seu centro de negócios.

O julgador para decidir aplicar uma norma não pertencente à *lex causae*, deverá levar em consideração a natureza da matéria em causa, os interesses protegidos pela norma, aqueles que o país a que a norma respeita pretende acautelar, comparando no caso concreto, as consequências para as partes da aplicação da norma da *lex causae* com a aplicação da norma de aplicação imediata em apreciação, conforme refere a última parte do n° 1 do artigo 7° da convenção. Entre nós a norma não terá aplicação relativamente a países não membros³⁰⁰, nem em relação a situações sem conexão com o direito da União, ainda que envolva outro Estado-Membro.

O Regulamento Roma I tem como principal inovação ter introduzido no n° 1 do artigo 9°, um critério material³⁰¹ de identificação deste tipo de normas, o que não acontecia na convenção, que assentava num critério puramente formal. Este critério formal implicava que competia a cada Estado a definição dos critérios de identificação destas normas, resultando como consequência um critério fluido, de geometria variável em função do que cada Estado entendia ser o seu interesse público, como se verificou. As possibilidades de intervenção do Tribunal de Justiça eram limitadas pelo regime estipulado nos protocolos respetivos, não evitando algumas diferenças interpretativas. Isto sem embargo de por força

²⁹⁹ Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles», p. 27.

³⁰⁰ Aqui no sentido em que são considerados Estados-Membros para este efeito os países do espaço económico europeu.

³⁰¹ Inspirado no caso *Arblade*, segundo a exposição de motivos da proposta, COM (2005) 0650 final.

da intervenção do Tribunal de Justiça se ter adentrado num conceito próprio de direito da União, aplicável nas situações intracomunitárias, não obstante a convenção não ser um instrumento comunitário.

O regulamento, além desse critério material consagrado na primeira parte do n° 1 do artigo 9º, mantém o critério formal que resulta da segunda parte do normativo, a exigência da aplicação dessa norma, independentemente da lei aplicável segundo as tradicionais regras de conflitos. É a conjugação destes dois critérios que identifica a norma³⁰².

Quanto à diferente redação entre a convenção e o regulamento, no considerando 45 do acórdão Nikiforidis dá-se nota de que, “resulta dos trabalhos preparatórios do mesmo regulamento que o legislador da União pretendeu restringir as perturbações do sistema de conflitos de leis geradas pela aplicação das normas de aplicação imediata distintas das do Estado do foro. Assim, enquanto a Proposta COM (2005) 650 final da Comissão retomava a possibilidade, prevista pela Convenção de Roma, de dar prevalência às normas de aplicação imediata de um Estado que apresenta uma conexão estreita com o contrato em causa, esta faculdade foi suprimida pelo legislador da União (...)” A proposta referida, introduzindo embora uma qualificação material do que sejam tais normas, no n° 1 do artigo 9, no n° 3 propunha o critério da conexão estreita, em termos idênticos aos da convenção, que não veio a ser consagrado.

A diferença entre as normas na matéria de que se trata, em face da jurisprudência do Tribunal de Justiça fica claramente esbatida, aplicando-se no âmbito do espaço económico europeu em moldes essencialmente idênticos. Assim no âmbito da Convenção refere a Advogada-geral Trstenjak que, “a diretiva, ao determinar quais são as disposições de direito nacional que são imperativas na aceção do artigo 7º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (a seguir «Convenção de Roma»), no âmbito do destacamento de trabalhadores, quis tornar previsíveis as condições de trabalho aplicáveis e, assim, aumentar a segurança jurídica”³⁰³.

O Tribunal de Justiça entendeu, invocando o 13º considerando da Diretiva 97/71/CE, que nos termos desta, as legislações dos Estados-Membros “devem ser coordenadas” tendo por referência o núcleo de proteção mínima que as prestadoras de serviços transnacionais devem sempre acatar aquando do destacamento de trabalhadores. Conclui pela taxatividade das matérias referenciadas no artigo 3º da

³⁰² Sobre o assunto, João Pedro Seixas Soares, «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações», pp. 20 ss.

³⁰³ Considerando 35.

diretiva, que os Estados podem (devem) aplicar aos prestadores de serviços, com base nessa necessidade de coordenação, tendo em vista designadamente a previsibilidade das regras aplicáveis e a liberdade de prestação de serviços, devendo eliminar-se quanto possível as restrições à mesma.

Uma alteração de relevo consiste no nível de conexão exigido em um e outro instrumento. Enquanto na convenção se referia uma conexão estreita, que abria as portas a diversos conectores, no regulamento apenas releva o nexo relativo à “execução do contrato”, e apenas relativamente às normas de cujo incumprimento, de cuja não aplicação, resulta para esse ordenamento a ilegalidade da execução do contrato. Um critério bem mais apertado, demonstrando alguma aversão por este tipo de regras, quando não a coberto de um instrumento da União, o que se compreende num espaço económico e jurídico integrado, já que tornaria menos previsíveis as regras aplicáveis aos contratos, com prejuízo da harmonização de critérios no espaço da económico europeu.

Nos termos do regulamento, o juiz do foro poderá aplicar normas de aplicação imediata que não as do ordenamento jurídico do foro ou do ordenamento aplicável ao contrato, mas apenas naquelas apertadas condições³⁰⁴.

Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a natureza da norma e o seu objeto. Poderá relevar na apreciação sobre a sua aplicação o tratar-se de norma substancial ou instrumental, perçetiva ou proibitiva, ser uma norma de exceção ou especial, de direito pública ou de direito privada. Deve igualmente ter-se em conta o objeto da norma e os fins pela mesma perseguidos. O julgador deve sopesar esses dados, tendo em conta todo o concreto circunstancialismo, comparando o resultado da sua aplicação com o que resulta da sua não aplicação, tendo em conta que a possibilidade de aplicar tais normas de “ordem pública”, tem em vista aplicar a norma mais adequada. A norma mais adequada não é necessariamente aquela que favorece a parte mais fraca da relação, mas aquela que em face da conexão real com a situação, está em melhor condição para a regular.³⁰⁵

Note-se que ao abrigo do Regulamento Roma I a consideração deste tipo de normas se encontra fortemente limitado, e não tanto pela sua caracterização material constante do n° 1 do artigo 9°, já que

³⁰⁴ Acórdão Nikiforidis, considerando 50.

³⁰⁵ Susana Chabert, «Ordem pública internacional e direito comunitário», em *Normas de aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário* (Coimbra: Almedina, 2004), 300–312, pp. 161ss, refere a vaguidade deste tipo de normas, para traduzir um certo grau de indefinição, o que possibilita ao julgador um certo grau de adaptabilidade ao caso concreto, decidindo-se pela norma mais adequada.

para a convenção o Tribunal de Justiça fixou limites semelhantes, mas sobretudo pela circunscrição constante do n.º 3 do normativo, que restringe quer os ordenamentos jurídicos atendíveis, limitando-os àquele ou aqueles em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, quer o tipo de normas atendíveis, limitando-as àquelas nos termos das quais a execução do contrato, no seu espaço de aplicação, seria ilegal.

A norma de aplicação imediata de um outro país pode ser considerada enquanto “elemento de facto” nos termos referidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão Nikiforidis. Referiu o tribunal no considerado 50, apreciando o artigo 9.º do regulamento, que a norma exclui a possibilidade de o tribunal do foro aplicar uma norma de aplicação imediata que não seja do ordenamento do país do foro ou do ordenamento jurídico em que as obrigações resultantes do contrato devem ser ou foram executadas. No considerando 51 adiantou que aquela norma do regulamento “não se opõe a que sejam tomadas em consideração, enquanto elemento de facto, normas de aplicação imediata de um Estado distinto do Estado do foro ou do Estado em que as obrigações resultantes do contrato devem ser ou foram executadas, na medida em que uma regra material do direito aplicável ao contrato, nos termos das disposições do mesmo regulamento, o preveja”³⁰⁶

No caso, um professor de nacionalidade Grega exercia funções numa escola localizada na Alemanha, gerida pela República Helénica. Durante um determinado período a Grécia diminuiu-lhe o ordenado, anteriormente fixado de acordo com convenção coletiva de trabalho Alemã, com fundamento em lei Grega, que visavam aplicar os acordos celebrados com a Troika por ocasião das crises das dívidas soberanas, que reduzia os salários de todos os trabalhadores dos serviços públicos da República Helénica, independentemente de esses trabalhadores exercerem as suas funções no território grego ou no estrangeiro.

A possibilidade de atender a tal norma como elemento de facto, referida pelo tribunal, poderia ter permitido que a norma grega em causa, enquanto facto, enquanto circunstância anómala no decurso da relação contratual, pudesse sustentar a possibilidade da alteração ao contrato com diminuição

³⁰⁶ Luís Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado -Volume I - Introdução e Direito de Conflitos - Parte Geral*, pp. 285 e 286, refere a possibilidade desta relevância, referindo o exemplo da norma proibitiva do país de execução do contrato como facto gerador da impossibilidade de cumprimento.

temporária do salário, caso uma norma de direito alemão em face de tal circunstancialismo factual o permitisse. O direito aplicado seria sempre o direito alemão³⁰⁷.

4.3.1 Exceção de ordem pública

Importa referir por último a norma do artigo 21º do regulamento nos termos da qual “a aplicação de uma disposição da lei de um país designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro.” Norma idêntica à do artigo 16º da convenção.

A exceção de ordem pública consagrada, pretende a salvaguarda da ordem pública do foro, afastando a aplicação de lei estrangeira designada quando seja manifesta a incompatibilidade desta com a ordem pública do foro. A norma salvaguarda a aplicação de determinada disposição, não de toda a lei estrangeira, visando “neutralizar” os efeitos que decorreriam da sua aplicação³⁰⁸. O fundamento da exceção reside na intenção de excluir a aplicação de uma norma aplicável de direito estrangeiro, nos casos em que dessa aplicação resulta uma violação manifesta da ordem pública do Estado do foro. Esta exceção tem, portanto, a função de neutralizar certos efeitos da aplicação do direito estrangeiro que se afiguram indesejáveis à luz da necessidade de proteção da ordem pública.

Como acontece com as normas de polícia, também aqui e nas situações em conexão com o direito europeu, este tem uma palavra a dizer. Desde logo o tribunal do foro só poderá desaplicar uma norma se esta for “manifestamente incompatível” com a ordem pública do foro. Não basta uma simples incompatibilidade. O Tribunal de Justiça pode verificar a adequação da norma nacional de ordem pública em relação ao direito da União, delimitando igualmente o que possa considerar-se ordem pública.

³⁰⁷ O que no concreto caso não ocorreu, já que o tribunal alemão considerou não poder ocorrer tal diminuição de remuneração, porque nos termos da lei alemã seria necessário um acordo formal com o trabalhador, como informa, Edoardo Avato e Matteo M. Winkler, «Analysis and reflections: Reinforcing the public law taboo: A note on Hellenic Republic v nikiforidis», *European Law Review* 43, n. 4 (2018): 569–82, <https://ssrn.com/abstract=3251352>, p. 576.

³⁰⁸ Conclusões do advogado-geral Szpunar no processo Nikiforidis, pontos 69 e 70, referindo a diferença em relação às normas de aplicação imediata. A exceção de ordem pública exclui a aplicação de determinada norma, neutralizando os seus efeitos, a norma de aplicação imediata regula materialmente a situação, em vez da norma que seria aplicável. No código civil o artigo 22º, sem margem de aplicação em face daquelas normas constantes dos instrumentos comunitários.

4.3.2 *As normas de ordem pública comunitária*

O regulamento, para além das normas nacionais de aplicação imediata, refere-se no n.º 4 do artigo 3.º, a uma "ordem pública comunitária" composta pelas normas não derogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo estado do foro.

Refere a norma:

"Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num ou em vários Estados-Membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-Membro não prejudica a aplicação, se for caso disso, das disposições de direito comunitário não derogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro."

De acordo com a proposta de regulamento teve-se em vista prevenir a fraude ao direito comunitário³⁰⁹.

Cabem aqui as normas da União de aplicação direta, como as resultantes dos regulamentos³¹⁰, que revistam as características de inderrogabilidade. Também cabem as normas das diretivas, desde que transpostas pelo menos para um dos Estados-Membros em que se situam elementos relevantes da situação, ou desde que seja possível a aplicação em qualquer um desses Estados-Membros daquelas regras de ordem pública comunitária, por via da interpretação conforme das suas normas³¹¹. Quanto à diretiva destacamento, tratando-se de normas não derogáveis dos próprios Estados-Membros, a sua aplicação resulta em primeira linha do artigo 8.º do regulamento n.º 1.

³⁰⁹ COM(2005) 0650 final, em 4.2.

³¹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 1963, Van Gend & Loos, processo 26-62, ECLI:EU:C:1963:1. As normas dos Tratados para terem efeito direto devem ser claras, precisas e incondicionais; acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 1982, Becker, processo 8/81, ECLI:EU:C:1982:7, relativa a diretivas e seu efeito direto vertical, considerando 25, referindo conteúdo incondicional e suficientemente claro; de 12 de dezembro de 1990, Kaefer e Procacci, processos apensos C-100/89 e C-101/89, ECLI:EU:C:1990:456, considerando 26. De 1 de julho de 2010, Gassmayr, processo C-194/08, ECLI:EU:C:2010:386, considerando 45.

³¹¹ Se todos os elementos da situação se situarem num Estado-Membro, além da regra do n.º 4 haverá que considerar ainda a regra do n.º 3, do artigo 3.º do regulamento. Em tal situação, se conflituarem normas não derogáveis de direito comunitário com normas não derogáveis do Estado-Membro, prevalecem aquelas por força do princípio do primado do direito da União.

5. A lei nacional

O Código do Trabalho que procedeu à transposição da Diretiva 96/71/CE, trata esta matéria nos artigos 6º a 8º. O legislador português nada refere quanto ao regime aplicável ao trabalhador destacado a partir de Portugal, como suprarreferimos. Assim o artigo 6º com a epígrafe “destacamento em território português” transpõe o artigo 1º da diretiva referindo as situações enquadráveis no conceito. Saliente-se que na al. c), e corretamente, se refere além da disponibilização por empresa de trabalho temporário, a disponibilização por outra empresa, não sendo necessário, de acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça, que se trate de empresa que tenha como objeto a disponibilização de mão de obra. Assim e entre nós pode cair no âmbito desta previsão, verificados que se mostrem os pressupostos respetivos, a cedência ocasional fora das condições em que a mesma pode ser efetuada, referidas no artigo 289º do C.T. e sem prejuízo do artigo 292º do mesmo diploma.

Cabem ainda as cedências efetuadas nos termos do artigo 288º e 289º do C.T., quando não se enquadrem na al. b) do nº 1 do artigo 6º do C.T., interpretado em conformidade com a diretiva, ou seja, conforme atrás se deixou referido, quando a utilização pela sociedade cessionária “em relação de grupo”, não ocorra no Estado-Membro do seu estabelecimento. Tratar-se-á das situações em que a cessionária estabelecida no mesmo Estado-Membro da cedente ou em outro Estado-Membro, procede à deslocação do trabalhador para um outro Estado-Membro, no âmbito de uma prestação de serviços, ou por sua vez o “disponibiliza” para empresa estabelecida nesse outro Estado-Membro.

No artigo 7º transpõe-se o artigo 3º da diretiva.

Portugal fez uso da possibilidade concedida pela norma do nº 10 do artigo 3º, da diretiva, último travessão, estabelecendo a aplicabilidade das condições de trabalho e emprego fixadas em regulamentação coletiva de eficácia geral a todas as atividades e não apenas ao setor da construção.

Do nº 2, al. b) do artigo 7º do C.T., consta a isenção a que se reporta o nº 2 do artigo 3º da diretiva, no que se refere a férias, a retribuição mínima e ao pagamento de trabalho suplementar, relativamente ao destacamento de trabalhador tendo em vista efetuar a montagem ou a instalação inicial indispensável ao seu funcionamento, desde que a mesma esteja integrada no contrato de fornecimento e a sua duração não seja superior a oito dias no período de um ano. Esta última referência vai ao encontro do estabelecido

no n.º 6 do artigo 3.º da diretiva. Na al. b) dá-se transposição ao 2.º parágrafo do n.º 2 do artigo 3.º da diretiva.

Relativamente ao tempo de destacamento, importa ter em atenção a natureza da prestação de serviços, devendo evitar-se a fraude, considerando-se não um trabalhador individualmente considerado, mas os trabalhadores destacados para a mesma tarefa.

Portugal introduz algumas alíneas não rigorosamente correspondentes às alíneas constantes da diretiva, com legitimidade, dado que as diretivas apenas vinculam os Estados-Membros quanto ao resultado a atingir, cabendo-lhes a escolha do melhor meio de os atingir de acordo com as especificidades nacionais. Nas als. f), g) e i) do artigo 7.º refere-se que as condições de trabalho e emprego portuguesas são aplicáveis à:

“f) Cedência de trabalhadores por parte de empresa de trabalho temporário;

g) Cedência ocasional de trabalhadores;

i) Proteção na parentalidade”.

As als. f) e g) enquadram-se na previsão da d) do artigo 3.º da diretiva. Referem-se as “condições de disponibilização dos trabalhadores, nomeadamente por empresas de trabalho temporário”. Quanto à al. i) não tendo previsão direta numa alínea específica da diretiva, as matérias por ela abrangidas encontram suficiente apoio nas alíneas conjugadas, e) relativa à segurança saúde e higiene, f) medidas de proteção a grávidas e puérperas, g) igualdade de tratamento e não discriminação entre homens e mulheres.

Quanto ao trabalhador destacado para território de outro Estado-Membro, e normas aplicáveis ao contrato respetivo, a norma do artigo 8.º, com a epígrafe “destacamento para outro Estado”, tem dado azo a diversas interpretações algumas em prejuízo dos fins pretendidos pela diretiva e ou ao arrepio da intenção do legislador. Refere o normativo:

“O trabalhador contratado por uma empresa estabelecida em Portugal, que preste atividade no território de outro Estado em situação a que se refere o artigo 6.º, tem direito às condições de trabalho previstas no artigo anterior, sem prejuízo de regime mais favorável constante da lei aplicável ou do contrato.”

A norma remete para a lei portuguesa, “condições de trabalho previstas no artigo anterior”, e não para as normas do país de acolhimento. Nem tal teria sentido, pois que é o Estado de acolhimento que em cumprimento da diretiva deve fixar as normas aplicáveis ao trabalhador aí destacado. Não se trata de

norma que autorize a aplicação das normas de aplicação imediata, na aceção da diretiva, do país de acolhimento, mas também não se trata de norma que o proíba, o que aliás constituiria violação da diretiva e consequentemente do direito da União, implicando incumprimento do Estado português. Não se trata, pois, de norma que regule a situação aplicável em caso de destacamento a partir de Portugal para outro Estado-Membro.

No processo 233/16.8T8LRA.C1³¹², decidiu-se não aplicar o salário mínimo em vigor em França para trabalhador aí destacado, que ao final de cerca de 8 meses de destacamento sofreu um acidente de trabalho. Apoiando-se no disposto no artigo 8º do CT, sustenta-se que por força do estatuído no art.º 7º, nº 1, al. d) do mesmo diploma, o trabalhador tinha garantida a aplicação do regime jurídico nacional português em matéria de retribuição mínima, sem prejuízo de regime mais favorável constante da lei aplicável ou do contrato. A lei aplicável, diz-se, era a portuguesa. Refere-se que a aplicabilidade do regime Francês quanto ao salário mínimo, por mais favorável, dependia de ser essa a lei aplicável ao contrato, nos termos literais do art.º 8º, nº 1, o que não sucedia.

Desta forma, ao trabalhador português destacado, quando seja aplicável a lei portuguesa, e relativamente às matérias previstas na diretiva ou por ela autorizadas, nunca seriam aplicadas as garantias mínimas previstas nas legislações dos países de acolhimento, ainda que mais vantajosas que as previstas na lei nacional, o que vai ao arrepio do pretendido pela diretiva.

No guia prático da Autoridade para as Condições de Trabalho³¹³, defende-se que o artigo 8º do CT prevê a situação em que o destacamento de trabalhadores se verifica para outros Estados, referindo-se que o trabalhador “tem direito às condições de trabalho mencionadas no nº 1, do artigo 7.º, aplicáveis no país de destino; sem prejuízo de regime mais favorável constante em lei ou contrato no país de origem (Portugal).” Como referimos, não é ao Estado de origem que compete estabelecer quais as matérias relativamente às quais são aplicáveis as normas do Estado de acolhimento, até porque a diretiva concede algumas faculdades aos Estados-Membros.

Não resulta claro do referido guia, se se entende que a norma do artigo 7º do CT autoriza ou não a aplicação das regras de aplicação imediata do país de acolhimento, se se trata consequentemente de norma especial de conflitos autorizante da aplicação das regras estrangeiras. A ser este o entendimento

³¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11/01/2018, (Jorge Loureiro) processo 233/16.8T8LRA.C1, disponível dgsi.pt.

³¹³ Ana Luísa Oliveira et al., «Mobilidade Transnacional de Trabalhadores e empresas: Guias Práticos», p. 10.

o mesmo esbarra na letra da norma e desvirtua a intenção do legislador, ou seja, o real objetivo da norma. Como acima referido a norma remete para as condições de trabalho constantes da lei ou em regulamentação coletiva de trabalho de eficácia geral, portuguesas. Se pretendesse reportar-se às normas do país de acolhimento tê-lo-ia dito.

Pedro Romano Martinez³¹⁴ parece ter outro entendimento quanto a esta norma que julgamos mais adequado. Defende que tal como na diretiva, o preceito “só atende a uma perspetiva unilateral do destacamento: trata-se de trabalhadores que vêm destacados prestar a sua atividade em território português. A situação inversa em que o trabalhador português é destacado para prestar a sua atividade noutro Estado não se encontra prevista na diretiva (...) constituindo uma novidade inserida no artigo 9.º do CT de 2003 (agora artigo 8.º do CT de 2009)”. Defende o autor que a norma garante ao trabalhador destacado contratado por empresa estabelecida em Portugal, caso não se aplique o direito nacional, o recurso a regras de proteção mínimo, as indicadas no artigo 7º, concluindo que no fundo “é-lhe garantida a proteção decorrente de normas de aplicação necessária e imediata [portugueses]”.

Diogo Vaz Marecos³¹⁵, em nota ao artigo 8º, defende o mesmo entendimento, afirmando claramente que a norma pretende abranger os contratos de trabalhadores destacados no estrangeiro por empresas estabelecidas em Portugal, a que não seja aplicável a lei portuguesa.

Trata-se, pois, de uma norma de salvaguarda de normas de aplicação necessária e imediata do direito português. A possibilidade desta salvaguarda resultava do artigo 7º, nº 1 da Convenção de Roma e no Regulamento Roma I do nº 2 do artigo 9º.

Veja-se quanto ao Regulamento (CE) nº 593/2008, e a propósito, o considerando 34, no sentido de que “a regra relativa aos contratos individuais de trabalho não deverá afetar a aplicação das normas de aplicação imediata do país de destacamento, prevista pela Diretiva 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.”

A norma do artigo 8º do CT também não serve de fundamento à aplicabilidade a um contrato sujeito à lei Nacional das condições de trabalho fixadas no país de acolhimento, em transposição da diretiva. Nenhuma norma de direito interno resolve a questão como já vimos em 5.1.1.

³¹⁴ Romano Martinez et al., *Código do Trabalho Anotado*, 8.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2017), p. 113

³¹⁵ Diogo Vaz Marecos, *Código do Trabalho Comentado*, 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2017), pp. 102 e 103.

O real objetivo da norma do artigo 8º do CT, foi constituir uma salvaguarda relativamente aos trabalhadores destacados no estrangeiro a cujos contratos não seja aplicável a lei portuguesa, garantindo-lhes as condições mínimas estabelecidas na nossa lei em cumprimento da diretiva.

As regras nacionais relativas ao destacamento aplicam-se não só ao trabalhador destacado em Portugal a partir de outro Estado-Membro, como ainda ao trabalhador destacado a partir de um Estado terceiro. A norma do artigo 6º do CT não faz distinção. Igualmente assim o dispõe a diretiva, ao referir no nº 4 do artigo 1º que as empresas estabelecidas num Estado que não seja um Estado-Membro, não podem beneficiar de um tratamento mais favorável do que as empresas estabelecidas num Estado-Membro. Para estas situações reveste especial importância a previsão do artigo 6º da diretiva relativa à competência, associada à responsabilidade na subcontratação referida na lei 29/2017, de 30 de maio³¹⁶, como meios de garantir a efetiva proteção dos direitos do trabalhador destacado.

Aplicam-se ainda, por força da salvaguarda prevista no artº 8º, ao contrato de trabalhador contratado por uma empresa estabelecida em Portugal e destacado para outro Estado, membro ou não da União, se essa aplicação resultar mais favorável em relação ao estipulado no contrato, ao que resulta da *lex causae* e ao que resulta da aplicação das normas aplicáveis do país de acolhimento. A expressão “lei aplicável” constante do artigo, reporta-se a toda a norma aplicável no caso concreto e não apenas à lei do contrato.

³¹⁶ O artigo 12º da lei trata da responsabilidade na subcontratação, prescrevendo que, “nas situações de destacamento abrangidas pelo artigo 6.º do Código do Trabalho e para efeitos das condições de trabalho previstas no artigo 7.º do mesmo Código, o contratante a quem o serviço é prestado é solidariamente responsável por qualquer retribuição líquida em atraso correspondente à retribuição mínima legal, convencional ou garantida por contrato de trabalho, devida ao trabalhador destacado pelo prestador de serviços, enquanto subcontratante direto (nº 1), “limitada aos direitos do trabalhador adquiridos no âmbito da relação contratual entre o contratante e o prestador de serviços” (nº 2).

6. Proteção infortunistica no destacamento

A proteção infortunistica não se encontra abrangida nas matérias referenciadas no artigo 3º da diretiva.

Os sistemas de proteção infortunistica por acidente e doença profissional variam de país para país, em redor de três modelos básicos. Os sistemas de “responsabilidade privada”, competindo ao empregador transferir a sua responsabilidade para uma seguradora, de “responsabilidade social”, assumindo um organismo do Estado a obrigação de reparação, podendo haver modelos de seguros sociais ou inserção no sistema de segurança social, e sistemas mistos, utilizando ambos os mecanismos, com várias variantes. O nosso sistema apresenta-se como misto, funcionando em sistema de seguro privado a reparação de sinistros laborais e em sistema público a reparação das doenças profissionais³¹⁷.

Fazemos esta referência para se perceber o acompanhamento que esta matéria faz em relação ao sistema de segurança social dos trabalhadores destacados. Esta matéria, para efeitos de lei aplicável, obedece basicamente ao mesmo regime do contrato do trabalhador destacado.

No acórdão da Relação de Lisboa no processo 3446/17.1T8VFX-4³¹⁸, considerou-se que à responsabilidade por acidente de trabalho, tratando-se de responsabilidade extracontratual, seria aplicável o disposto no Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de julho de 2007 (Roma II), concluindo-se corretamente, pela aplicação da lei portuguesa. Já quanto aos fundamentos parece-nos não ser ao caso aplicável o dito regulamento. Tratando-se embora de responsabilidade extracontratual, no quadro do direito interno, está matéria tem tratamento específico ao nível europeu. Ora as normas de direito europeu não devem ser aplicadas segundo os conceitos nacionais, dadas as exigências de uma interpretação uniforme nos vários estados, sob pena de se desvirtuarem os objetivos de tais regulamentações. No âmbito do direito europeu esta questão não se enquadra no invocado regulamento.

³¹⁷ Viriato Reis e Diogo Ravara, «Acidentes do trabalho e doenças profissionais - Introdução.», em *Acidentes do trabalho e doenças profissionais. Introdução.*, org. Viriato Reis e Diogo Ravara, Coleção Formação Inicial (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013), http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Caderno_Acidentes_trabalho.pdf, p. 20

³¹⁸ Acórdão da Relação de Lisboa, de 24-06-2020, (Manuela Fialho), processo 3446/17.1T8VFX-4, disponível em dgsi.pt.

Como referimos, esta matéria relativa aos sinistros laborais e às doenças profissionais têm abordagens diversas entre os Estados-Membros, e mesmo abordagens semelhantes apresentam algumas diferenciações, nalguns sistemas conjugando seguros de natureza privado com seguros sociais.

Uma coordenação entre os sistemas só é possível, considerando para efeitos europeus tal matéria como relativa ao “sistema de segurança social”, num sentido lato, respeitando as particularidades dos diversos ordenamentos estaduais, como se refere nos considerandos do Regulamento (CEE) n° 1408/71 do Conselho de 14 de junho de 1971, onde se afirma, “considerando que convém respeitar as características específicas das legislações nacionais de segurança social e elaborar unicamente um sistema de coordenação”. Assim, independentemente da natureza de cada regime estadual, as regras de conflitos quanto a estas áreas são as definidas por instrumento da União.

As regras europeias e no que tange aos diversos regimes de segurança social constavam do Regulamento n° 1408/71 do Conselho de 14 de Junho de 1971³¹⁹. No artigo 4º estabelece-se o seu âmbito de aplicação material, referindo-se na al. e) as prestações por acidente de trabalho e por doença profissional. Na mesma linha, no artigo 1º refere-se que para efeitos de aplicação do regulamento, a expressão “trabalhador assalariado” designa a pessoa que “esteja abrangida por um seguro obrigatório ou facultativo continuado contra uma ou mais eventualidades correspondentes aos ramos de um regime de segurança social (...)”. O artigo deste regulamento fixa o regime geral, determinando, sem prejuízo dos regimes especiais dos artigos 14º-C e 14º-F, a sujeição a uma única legislação. Na al. a) estabelece-se como critério de conexão o local onde se exerce atividade. O artigo 14º n° 1 dispõe quanto ao destacamento referindo a sujeição à legislação do estado de origem, dentro de determinados condicionalismos temporais.

Atualmente regula o Regulamento (CE) N° 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004 relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (Texto relevante para efeitos do EEE e para a Suíça) – Regulamento base -. Trata das “regras de coordenação dos sistemas nacionais de segurança social”, conforme seu considerando 1º, referindo no considerando 4º a necessidade de respeitar as características próprias das legislações nacionais de segurança social. No considerando 15 refere-se a necessidade de as pessoas que se deslocam no interior da comunidade estarem sujeitas a um único regime de segurança social de modo a evitar sobreposição de legislações. No considerando

³¹⁹ Versão consolidada – Jornal Oficial n° L 28 de 30.1.1997. A última alteração foi efetuada pelo Regulamento (CE) n° 118/97 do Conselho, de 22 de dezembro de 1996, em vigor “no que respeita a determinados atos comunitários e a acordos em que a Comunidade é parte, a fim de salvaguardar a segurança jurídica”, conforme considerando 44 do regulamento (CE) n° 883/2004.

25 alude-se aos acidentes e doenças referindo que, “importa estabelecer regras que assegurem proteção das pessoas que residam ou tenham estado num Estado-Membro que não o Estado-Membro competente”.

No seu artigo 3º, al. f) referem-se os acidentes e doenças profissionais.

A regra geral consta do artigo 11º, referindo o Estado onde é exercida a atividade.

Relativamente ao trabalhador destacado dispõe o artigo 12º quanto ao sistema de segurança social:

Regras especiais

1. A pessoa que exerça uma atividade por conta de outrem num Estado-Membro ao serviço de um empregador que normalmente exerce as suas atividades nesse Estado-Membro, e que seja destacada por esse empregador para realizar um trabalho por conta deste noutro Estado-Membro, continua sujeita à legislação do primeiro Estado-Membro, desde que a duração previsível do referido trabalho não exceda 24 meses e que essa pessoa não seja enviada em substituição de outra pessoa destacada.

(...)

Caso a duração previsível do destacamento seja de mais de 24 meses, deverá desde início aplicar-se o regime do país de acolhimento. O mesmo se passará se não sendo previsível que atinja tal período o mesmo vier a ser ultrapassado, e a partir da data em que perfeitamente 24 meses. Tal regime depende da existência de proteção no país de origem, como resulta do artigo 14º do Regulamento (CE) nº 987/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CE) nº 883/2004. Refere o normativo no seu nº 1 que “para efeitos da aplicação do nº 1 do artigo 12º do Regulamento base, uma ‘pessoa que exerça uma atividade por conta de outrem num Estado-Membro ao serviço de um empregador que normalmente exerça as suas atividades nesse Estado-Membro, e que seja destacada por esse empregador para outro Estado-Membro’, inclui uma pessoa que pode ser recrutada com vista a ser destacada noutro Estado-Membro,

desde que, imediatamente antes do início da sua atividade, a pessoa em causa esteja já sujeita à legislação do Estado-Membro em que o respetivo empregador está estabelecido” – realçado nosso³²⁰.

Nos termos do artigo 16º do Regulamento base o período poderá ser prolongado, por acordo entre os Estados-Membros envolvidos e nos termos estabelecidos pelos mesmos. Refere o normativo:

Exceções aos artigos 11º a 15º

1. Dois ou mais Estados-Membros, as autoridades competentes desses Estados-Membros ou os organismos designados por essas autoridades podem estabelecer, de comum acordo, exceções aos artigos 11º a 15º, no interesse de determinadas pessoas ou categorias de pessoas.

(...)

O artigo 18º do Regulamento (CE) nº 987/2009, estabelece o procedimento para a aplicação do artigo 16º atrás referido.

Para os casos de seguro voluntário ou facultativo resulta do artigo 14º do Regulamento base, nº 1:

Seguro voluntário ou seguro facultativo continuado

1. Os artigos 11º a 13º não são aplicáveis em matéria de seguro voluntário ou facultativo continuado, salvo se, em relação a um dos ramos referidos no nº 1 do artigo 3º, num Estado-Membro apenas existir um regime de seguro voluntário.

2. Quando, em virtude da legislação de um Estado-Membro, o interessado esteja sujeito ao seguro obrigatório nesse Estado-Membro, não pode estar sujeito a um regime de seguro voluntário ou facultativo continuado noutra Estado-Membro. Em todos os outros casos em que, para um determinado ramo, exista a possibilidade de escolha entre vários regimes de seguro voluntário ou facultativo continuado, o interessado só beneficia do regime que tiver escolhido.

(...)

³²⁰ Percebe-se assim a exigência de comprovação da cobertura infortunistica decorrente de acidentes de trabalho para os trabalhadores a destacar, para emissão dos atestados E 101, hoje A1, aprovada pelo despacho nº 23529/2000, do Secretário de Estado da Segurança Social, Diário da República - 2.ª SERIE, nº 266, de 17.11.2000, Pág. 18646.

Quanto aos elementos de definição relativos aos artigos 12º e 13º do Regulamento base veja-se a disposição 14º do Regulamento (CE) nº 987/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CE) nº 883/2004.

No caso português temos regimes obrigatórios, conforme artigos 283º do CT e artigo 79º da Lei dos acidentes de trabalho, aplicando-se aquelas regras.

O Regulamento base estabelece regras especiais no capítulo segundo relativas às prestações por acidentes de trabalho e doenças profissionais, com carácter coordenador entre instituições, tendo em vista facilitar os pagamentos, com reembolso entre as instituições, regulamentado no capítulo segundo do Regulamento (CE) nº 987/2009.

6.1 O regime da lei portuguesa de acidentes de trabalho

O artigo 5º da LAT³²¹ trata do trabalhador estrangeiro que exerce funções em Portugal referindo no seu nº 1 que “o trabalhador estrangeiro que exerça atividade em Portugal é, para efeitos da presente lei, equiparado ao trabalhador português”. No nº 3 prevê a situação dos destacados em território português, referindo o carácter temporário ou intermitente da atividade e prescrevendo que o trabalhador pode ficar excluído do âmbito da lei, se por acordo entre Estados, se tenha convencionado a aplicação da legislação relativa à proteção do sinistrado em acidente de trabalho em vigor no Estado de origem. Relativamente aos Estados-Membros, e no âmbito do espaço EE mais suíça, importa ter presente que estas normas de conflitos, sendo internas cedem relativamente aos instrumentos comunitários por força do princípio do primado do direito da União. Neste sentido veja-se o acórdão da Relação de Lisboa acima referido. No espaço referido, não é necessário qualquer acordo entre Estados, já que esse “acordo” resulta daqueles instrumentos. Relativamente a Estados não membros, Portugal celebrou diversos instrumentos, referenciados no *site* da segurança social.

Quanto ao trabalhador a exercer funções “habitualmente em Portugal”, destacado para o espaço europeu, nos termos do artigo 6º da LAT, estão sujeitos ao regime desta. A norma está em conformidade

³²¹ Lei nº 98/2009, de 04 de setembro, regulamenta o Regime de Reparação de Acidentes de Trabalho e de Doenças Profissionais, Diário da República nº 172/2009, Série I de 2009-09-04.

com a legislação da União, devendo, contudo, ter-se em atenção que após 24 meses de destacamento, ou mesmo logo de início se o prazo de destacamento previsível ultrapassar os 24 meses, aplica-se o regime do país de acolhimento, sem prejuízo das regras relativas ao regime mais favorável. Poderá tal prazo vir a ser em concreto superior a 24 meses, por requerimento e se tal for concedido pelos Estados, como acima referido.

Refere o artigo 6º que se a legislação do Estado onde ocorreu o acidente reconhecer direito à reparação, o trabalhador pode optar por qualquer dos regimes. A letra da norma parece pressupor ter já existido uma ocorrência, um sinistro, disputando dois ordenamentos a aplicabilidade à situação. Dificilmente se compreende o direito de opção, que parece afrontar a natureza destas normas, a sua imperatividade e a inderrogabilidade por acordo e irrenunciabilidade. Veja-se o artigo 12º do diploma, estipulando a nulidade da convenção contrária aos direitos ou garantias conferidas na lei ou com eles incompatível bem como dos atos e contratos que visem a renúncia aos direitos conferidos na presente lei. Já o nº 2 do normativo, de forma mais conforme à natureza destas normas, refere que a lei portuguesa se aplica “na ausência de opção expressa do trabalhador sinistrado em acidente de trabalho no estrangeiro ao serviço de empresa portuguesa, salvo se a do Estado onde ocorreu o acidente for mais favorável”.

No quadro europeu, não podendo impor-se à prestadora de serviços a subscrição de sistema de segurança no país de acolhimento, se estiver vinculada no país de origem, nem se atribuindo ao trabalhador direito de opção pelo sistema securitário do país de acolhimento, a previsão poderá ter relevo apenas para os casos em que o Estado de acolhimento prescreve esse direito pelo simples facto do trabalho no respetivo espaço de jurisdição, sem obrigações para a prestadora.

A ocorrência de um sinistro em situação de destacamento tem implicações na apreciação dos direitos do sinistrado, devendo atender-se ao salário por este auferido e não ao salário que recebia em Portugal, ou que em Portugal lhe corresponderia. Nos termos do nº 1 artigo 71º da LAT, deve atender-se para efeitos de indemnização por incapacidade temporária, pensão por morte e por incapacidade permanente, absoluta ou parcial, à retribuição anual ilíquida normalmente devida ao sinistrado, à data do acidente. No nº 2 referem-se quais as prestações que devem ser incluídas, aludindo a “todas as prestações recebidas com carácter de regularidade que não se destinem a compensar o sinistrado por custos aleatórios”. Nos termos do nº 4, “se a retribuição correspondente ao dia do acidente for diferente da retribuição normal, esta é calculada pela média dos dias de trabalho e a respetiva retribuição auferida pelo sinistrado no período de um ano anterior ao acidente”. A retribuição auferida pelo trabalhador destacado deve ser entendida como a sua retribuição normal, já que é a retribuição devida de acordo

com a regulamentação obrigatória do país de acolhimento, sendo que aí até corresponderá por regra aos valores mínimos aplicáveis tendo em consideração as funções e setor de atividade em causa. No sentido de atendimento em acidente de trabalho ocorrido durante o destacamento, do salário auferido no país de acolhimento, o acórdão proferido na Relação do Porto no processo 4800/16.1T8MTS.P1³²² e na Relação de Guimarães no processo 2226/17.9T8BCL.G2³²³.

³²² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22-05-2019, (Nelson Fernandes), processo 4800/16.1T8MTS.P1, disponível em dgsi.pt.

³²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 22-10-2020, (Alda Martins), processo 2226/17.9T8BCL.G2, disponível em dgsi.pt.

Conclusão

No quadro da UE o objetivo de construção de um mercado interno, em conjugação com a liberdades consagradas, designadamente as liberdades de circulação de trabalhadores e livre prestação de serviços, demandou naturalmente um incremento das prestações de serviços envolvendo trabalho por destacamento de trabalhadores. Tal incremento verificou-se sobretudo dos países menos desenvolvidos para os mais desenvolvidos e com melhores níveis salariais.

Numa comunidade em que as integrações reais das economias regionais é ainda um processo apresentando disparidades de relevo entre os níveis de produtividade de algumas das economias integradas e os níveis de produtividade dos Estados mais ricos, ocorre a natural tentação destes Estados em proteger as suas economias, as suas empresas e os seus trabalhadores, tentação a que não é alheia a pressão de uns e de outros. Tal proteção, manifestou-se e manifesta-se, através de normas de aplicação imediata, numa relação de confronto com a necessidade de em todo o Espaço comunitários se aplicarem regras semelhantes.

Interessa à União, tendo em conta aqueles objetivos, evitar a proliferação de normas a gosto de cada Estado, evitar a criação de uma teia de regras complexa e obstáculos de vária ordem, administrativos, económicos e outros, de difícil acesso aos prestadores de serviços, e com implicações negativas na realização dos objetivos tidos em vista pelos tratados. Tal desiderato só mediante a atuação concertada podia ser perseguido já que a intervenção casuística do TJ não constituiu a resposta que a dimensão do problema exigia, nem respondia à necessária clarificação sobre os termos em que os Estados se poderiam mover.

A Diretiva destacamento procurou responder a estas necessidades e foi ainda em atenção a elas que o TJ fixou jurisprudência no sentido de tal instrumento normativo. No que respeita ao n.º 1 do seu artigo 3.º fixa regras de proteção máxima contrariando a pretensão de alguns Estados e a crítica de alguma doutrina. Tais críticas são a nosso ver injustificadas dada a necessidade de no espaço comunitário as regras deverem ser não só harmonizadas, mas também de fácil conhecimento por parte dos agentes económicos, circunstâncias que aliás a nova versão da diretiva veio reforçar.

A diretiva, em consonância com o que estabelecem as regras relativas à lei aplicável ao contrato de trabalho (Convenção de Roma de 80 e Regulamento Roma I), e à possibilidade de aplicação de normas

de aplicação imediata de outros Estados que não o da lei aplicável ao contrato, veio elencar uma série de matérias em relação às quais os Estados devem e/ou podem, conforme a matéria de que se trate, reclamar a aplicação de determinadas normas do seu ordenamento jurídico, desde que se verifique a conexão exigida para tal. Pretendendo-se como se pretende uma harmonização de matérias a abranger na categoria de normas de aplicação imediata, o entendimento do que sejam estas normas é o que decorrer do direito da União.

A possibilidade de os Estados-Membros emitirem normas de aplicação imediata não os subtrai da obrigação de cumprimento dos Tratados. Tais normas quando constituam uma restrição das liberdades comunitárias devem ser interpretadas restritivamente, estando sujeitas ao princípio do primado do direito da União, como referiu o Tribunal de Justiça. As normas devem ser determinadas por razões de interesse público, respeitar o princípio do tratamento igual, da necessidade, adequação e proporcionalidade. O Tribunal de Justiça tem competência para apreciação de todos estes requisitos.

Face ao entendimento do Tribunal de Justiça, no sentido de o elenco das matérias relativamente às quais os Estados devem emitir normas de aplicação imediata, em transposição da diretiva, referenciadas no artigo 3º nº 1 da mesma, ser taxativo, a previsão do nº 10 primeiro parágrafo e nº 7 do mesmo normativo, fica reduzido às matérias não abrangidas no nº 1, a matérias não relacionadas com o contrato de trabalho, ficando relegado para normas como as relativas a obrigações acessórias no âmbito de um destacamento.

O fundamento para aplicabilidade destas normas de outros Estados por parte do tribunal competente, deve buscar-se na lei do foro. Na falta de norma expressa, no quadro do espaço europeu (EEE), o artigo 3º, 1 e 1-A da diretiva parece configurarem “normas especiais de conflitos”, conforme seu considerando 11 e entendimento do Tribunal. Entendendo-se haver obstáculo a tal consideração por se tratar de norma de diretiva, sem aplicação horizontal, a aplicação de norma de outro Estado-Membro encontrará respaldo na norma do artigo 9º, 3 do Regulamento Roma I (ou se for o caso na sua corresponde da Convenção de Roma de 80, o artigo 7º, nº 1). Em todo o caso, sempre poderá fundamentar-se a aplicação de tais normas no próprio direito da União, invocando-se princípios fundamentais deste, como o “princípio da harmonia internacional das decisões e o princípio do reconhecimento mútuo”.

Entre nós o Código do Trabalho procede à transposição da diretiva nos artigos 6º a 8º. O Código não prevê a situação dos trabalhadores destacados a partir de Portugal, regulando no artigo 7º as matérias previstas no artigo 3º da diretiva.

O artigo 8º, para trabalhador destacado a partir do território nacional, constitui uma norma de salvaguarda das condições previstas na lei portuguesa, quando não seja esta a lei aplicável ao contrato, quando quer o estipulado no contrato, quer a lei aplicável a este, quer a “norma” de aplicação imediata do país de acolhimento não sejam mais favoráveis.

Quanto à proteção infortunistica importa ter em atenção o Regulamento (CE) nº 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004 (Regulamento Base), designadamente o seu artigo 3º, al. f), sendo aplicável a lei do país onde o trabalho é habitualmente prestado, salvo se o destacamento exceder 24 meses ou se a sua duração previsível exceder 24 meses, conforme artigo 11º e 12º. Este regime depende, contudo, da existência de um regime de proteção no país de origem, conforme artigo 14º do regulamento (CE) nº 987/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CE) nº 883/2004 e adite exceções conforme artigo 16º do Regulamento Base.

Lista Bibliográfica

Bibliografia:

Avato, Edoardo, e Matteo M. Winkler. «Analysis and reflections: Reinforcing the public law taboo: A note on Hellenic Republic v nikiforidis». *European Law Review* 43, n. 4 (2018): 569–82.
<https://ssrn.com/abstract=3251352>.

Bonomi, Andrea. *Le norme imperative nel diritto internazionale privato: Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*. Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé 33. Zurique: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.

———. «Le régime des règles imperatives et des lois de police dans le Règlement “Rome I” sur la loi applicable aux contrats». Em *Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles: actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, editado por Eleanor Cashin Ritaine e Andrea Bonomi, 217–37. Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé 62. Zurique: Schulthess, 2008. <http://www.e-collection.isdc.ch/zoom/4259/view?page=1&p=separate&tool=info&view=0,0,1832,2658>.

Buggenhout, Gothardo Backx Van. «Destacamento De Trabalhadores Na União Europeia». *Revista Jurídica Portucalense* 27 (2020): 46–69. [https://doi.org/https://doi.org/10.34625/issn.2183-5705\(27\)2020](https://doi.org/https://doi.org/10.34625/issn.2183-5705(27)2020).

Chabert, Susana. «Ordem pública internacional e direito comunitário». Em *Normas de aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, 300–312. Coimbra: Almedina, 2004.

Collaço, Isabel Magalhães. *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado: Aspetos Fundamentais, Vol. I*. Lisboa: Império, 1954.

Duarte, Carlos Adolfo T. «A lei aplicável ao contrato internacional de trabalho». *Revista de Ciência Política* 29, n. 3 (1986): 89–102.
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60196/58513>.

Duarte, Maria Luísa. «Direito Comunitário do Trabalho: Tópicos de identificação». Em *Estudos do*

- Instituto de Direito do Trabalho*, I:153–88. Coimbra: Almedina, 2001.
- Giuliano, Mario, e Paul Lagarde. Rapport Concernant la Convention Sur la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles, Pub. L. No. Jornal Oficial n° C 282 de 31/10/1980, pp. 1–50 (1980). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=FR).
- Gomes, Júlio Manuel Vieira. «Algumas reflexões sobre o Destacamento de Trabalhadores na Jurisprudência do Tribunal de Justiça». *Revista de Direito e de Estudos Sociais Ano LIII (XXVI da 2ª série) 3/4* (2012): 43–79.
- . *Direito do Trabalho I*. 1ª. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- Marecos, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Comentado*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- Martinez, Romano, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, e Luís Gonçalves da Silva. *Código do Trabalho Anotado*. 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- Mayer, Pierre. «Les lois de police». *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé* 1, n. 1 (1988): 105–20. <https://doi.org/10.3406/tcfdi.1988.1791>.
- Moizard, Nicolas. *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée: L'exemple du droit du travail français*. Aix en Provence: Presses universitaires d'Aix Marseille, 2000.
- Monteiro, António Pinto. «Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções». Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 1103–32. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutrinais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>.
- Nascimento, André P., e José Pedro Anacoreta. «Destacamento de trabalhadores». *Actualidad jurídica* 18 (2007): 119–25. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones1812/documento/articuloUM.pdf?id=3175>.
- Neves, Helena Telino, e Raphaella Viana Silva Asfora. «Comentário aos Acórdãos Viking e Laval : o direito de greve na União Europeia». *Revista Eletrônica de direito do Centro Universitário Newton Paiva* 28 (2016): 68–78. <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/dir28-07-comentarios-aos-acordaos-viking-e-laval-o-direito-de-greve-na-uniao-europeia/>.

Oliveira, Ana Luísa, Adélia Mariano, Eduarda Canelas, Joana Amorim, José Magalhães, Kátia Costa e Silva, Luis Rodrigues, Marina Tavares, Marta Rodrigues, e Rui Arrifana. «Mobilidade Transnacional de Trabalhadores e empresas: Guias Práticos». Editado por ACT - Autoridade para as Condições do Trabalho, 2017. [https://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/crc/PublicacoesElectronicas/Relacoesdetrabalho/Documents/Guia Pratico - Mobilidade Transnacional de Trabalhadores e Empresas Final.pdf](https://www.act.gov.pt/(pt-PT)/crc/PublicacoesElectronicas/Relacoesdetrabalho/Documents/Guia Pratico - Mobilidade Transnacional de Trabalhadores e Empresas Final.pdf).

Pinheiro, Luis de Lima. *Direito Internacional Privado - Volume II - Direito de Conflitos - Parte Especial*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

———. *Direito Internacional Privado -Volume I - Introdução e Direito de Conflitos - Parte Geral*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

———. «O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - Uma Introdução». Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, editado por Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, e Susana Aires de Sousa, 4:833–900. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

———. «Um Direito Internacional Privado Comum ? :Texto revisto da comunicação apresentada no Congresso Internacional “25 Anos na União Europeia – 25 Anos de Instituto Europeu”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Novembro de 2011», 1–7. Lisboa, 2011. https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Um_Direito_Internacional_Privado_Comum.pdf.

Pissarra, Nuno Andrade. «Normas de aplicação imediata e Direito Comunitário». Em *Normas de aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, 17–140. Coimbra: Almedina, 2004.

Ramos, Rui Manuel Moura. *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991.

Reis, Viriato, e Diogo Ravara. «Acidentes do trabalho e doenças profissionais - Introdução.» Em *Acidentes do trabalho e doenças profissionais. Introdução.*, editado por Viriato Reis e Diogo Ravara. Coleção Formação Inicial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Caderno_Acidentes_trabalho.pdf.

Ribeiro, Geraldo Rocha. «A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas Sobre o Problema da Interpretação do Âmbito Objectivo dos

Regulamentos Comunitários». *Julgar* 27, n. 3 (2014): 265–92. <http://julgar.pt/a-europeizacao-do-direito-internacional-privado-e-direito-processual-internacional/>.

Rinaldi de Barcellos, Nicole. «Competência Judicial Internacional em Matéria de Contratos Individuais de Trabalho na União Europeia: Europeização das Regras de Conflito no Regulamento Bruxelas I Reformulado». *Revista Brasileira de Direito Internacional* 4, n. 1 (21 de Agosto de 2018): 1–21. <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0219/2018.v4i1.4308>.

Saccà, Elisa. «Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L’ordinamento svedese tra responsabilità per danno “da sciopero” e innovazioni legislative (indotte)». C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2010. <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Nuovi-scenari-nazionali-del-caso-Laval-Lordinamento-svedese-tra-responsabilit-per-danno-da-sciopero-/404.aspx>.

Santos, António Marques dos. «A Aplicação do Direito Estrangeiro». *Revista da Ordem dos Advogados* Ano 60, n. II (2000): 647–68.

———. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1991.

Soares, João Pedro Seixas. «A atribuição de relevância a normas de aplicação imediata estrangeiras em decisões de Tribunais judiciais Portugueses no âmbito do Direito Internacional Privado das obrigações». Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2019. https://run.unl.pt/bitstream/10362/66764/1/Soares_2019.pdf.

Vecchio, Fausto. «Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?» Em *Per costruire l’unità. Studi sull’Italia e l’integrazione europea di fronte alla nuova governance mondiale in occasione del 150 anniversario dell’unità di Italia*, editado por Filadelfio Basile e Manuela Pilato, 399–414. Bari: Cacucci Editore, 2010. https://www.academia.edu/3873556/Dopo_Viking_Lavall_e_Ruffert_verso_una_nuova_compos_izione_tra_libertà_economiche_europee_e_diritti_sociali_fondamentali.

Vicente, Dário Moura. *Direito Internacional Privado: Ensaio - Vol. I*. Coimbra: Almedina, 2002.

Documentação institucional:

Comissão das Comunidades Europeias. Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização: COM(2002) 654 Final (2002).

<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20040121/020654EN.pdf>.

———. Proposta de Diretiva do Conselho relativa ao destacamento de Trabalhadores no âmbito de prestação de Serviços: Com(91) 230 Final (1991). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0230&from=PT>.

———. Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I): COM(2005) 0650 Final (2005). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM%3A2005%3A0650%3AFIN>.

Comissão Europeia. Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão Resumo da Avaliação de Impacto que Acompanha o Documento Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho respeitante à Execução da Diretiva 96/71/CE... /* SWD/2012/0064 final - APP/2012/0064 */ (2012). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52012SC0064>.

———. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2006/22/CE no que diz respeito aos requisitos de execução e estabelece regras específicas no que se refere à Diretiva 96/71/CE e à Diretiva 2014/67/UE.../: COM(2117) 0278 Final (2017). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52017PC0278>.

———. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 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: COM(2016) 0128 Final (2016). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52016PC0128>.

Parlamento Europeu. Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de setembro de 2016, sobre o «dumping» social na União Europeia: (2015/2255(INI)), Jornal Oficial n° C 204 de 13/6/2018, pp. 111–122 (2016). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016IP0346>.

Jurisprudência:

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011, Voogsgeerd, Processo C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de dezembro de 2007, Laval, processo C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de junho de 1978, Bertrand, processo 150/77, ECLI:EU:C:2005:33.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 1993, Shearson Lehmann Hutton, processo C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1997, Benincasa, processo C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2002, Rudolf Gabriel, processo C-96/00, ECLI:EU:C:2002:436;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de janeiro de 2005, Engler, processo C-27/02, ECLI:EU:C:2005:33.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2011, Heiko Koelzsch, processo C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 2016, Grigorios Nikiforidis, processo C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de julho de 2008, Kozłowski, processo C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2016, Dworzecki, processo C-108/16 PPU, EU:C:2016:346.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2009, ICF, processo nº C-133/08, ECLI:EU:C:2009:617.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de setembro de 2013, Anton Schlecker, processo C-64/12
ECLI:EU:C:2013:551.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 1993, Mulox IBC, processo C-125/92,
ECLI:EU:C:1993:306.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de janeiro de 1997, Rutten, processo C-383/95, ECLI:EU:C:1997:7

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de fevereiro de 2002, Herbert Weber, processo C-37/00
ECLI:EU:C:2002:122.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de abril de 2003, Pugliese, processo C-437/00,
ECLI:EU:C:2003:219.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de abril de 2008, Ruffert, processo C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2007, Viking, processo C-438/05,
ECLI:EU:C:2007:772.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2008, Comissão/Luxemburgo, processo C-319/06,
ECLI:EU:C:2008:350.

Acórdão do Tribunal de 25 de fevereiro de 1999, Carbonari, processo C-131/97, ECLI:EU:C:1999:98.

Acórdão do Tribunal de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer, processos apensos C-397/01 a C-403/01,
ECLI:EU:C:2004:584.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de março de 2019, Pawlak, processo C-545/17,
ECLI:EU:C:2019:260.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de janeiro de 2019, Cresco Investigation, processo C-193/17,
ECLI:EU:C:2019:43.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 2010, Küçükdeveci, processo C-555/07,
ECLI:EU:C:2010:21.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2018, Förderung der Wissenschaften, processo C-
684/16, ECLI:EU:C:2018:874.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de novembro de 1990, Marleasing, processo C-106/89,

ECLI:EU:C:1990:395.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1994, Dori, processo C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de fevereiro de 2011, Vicoplus, processos apensos C-307/09, C-308/09 e C-309/09, ECLI:EU:C:2011:64.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de março de 1990, Cricket St Thomas, processo C-372/88, ECLI:EU:C:1990:140.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 1998, Institute of the Motor Industry, processo C-149/97, ECLI:EU:C:1998:536.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de março de 2011, Comissão/Países Baixos, processo C-41/09, ECLI:EU:C:2011:108.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 2012, Kurcums Metal, processo C-558/11, ECLI:EU:C:2012.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 1981, Webb, processo 279/80, ECLI:EU:C:1981:314.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2014, Essent Energie, processo C-91/13, ECLI:EU:C:2014:2206.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 2015, Martin Meat, processo C-586/13, ECLI:EU:C:2015:405.

Acórdão Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 2018, Danieli, Processo C-18/17, ECLI:EU:C:2018:904.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 março de 1990, Rush Portuguesa, processo C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, processo C-43/93, ECLI:EU:C:1994:310.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2019, Dobersberger, processo C-16/18, ECLI:EU:C:2019:1110.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2020, Hungria/Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, processo C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de fevereiro de 2015, Sähköalojen ammattiliitto ry, processo C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de abril de 2005, Comissão das Comunidades Europeias/República Federal da Alemanha, processo C-341/02, ECLI:EU:C:2005:220.

Acórdão do Tribunal de Justiça de novembro de 2013, Isbir, processo C-522/12, ECLI:EU:C:2013:711.

Acórdão Tribunal de Justiça de 24 de janeiro de 2002, Portugaia, processo C-164/99, ECLI:EU:C:2002:40.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2006, Comissão das Comunidades Europeias/República da Áustria, processo C-168/04, ECLI:EU:C:2006:595.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 2006, Comissão/Alemanha, processo C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 1995, Bozkurt, processo C-434/93, ECLI:EU:C:1995:168.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de setembro de 1989, Lopes da Veiga, processo 9/88, ECLI:EU:C:1989:346.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 1997, Günaydin, processo C-36/96, ECLI:EU:C:1997:445.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 1997, Ertanir, processo C-98/96, ECLI:EU:C:1997:446.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2001, Mazzoleni, processo C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162.

Acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de fevereiro de 1982, Seco e Desquenne, processos apensos 62 e 63/81, ECLI:EU:C:1982:34.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de março de 1996, Guiot, processo C-272/94,

ECLI:EU:C:1996:147.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 1999, Arblade, processos apensos C-369/96 e C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 2010, Santos Palhota, processo C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de julho de 1991, Säger, processo C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2015, Grupo Itevelesa, processo C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de dezembro de 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, C-338/09, EU:C:2010:814.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de junho de 2019, Moro, processo C-646/17, ECLI:EU:C:2019:489.

Acórdão Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2003, Lindqvist, processo C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de maio de 2003, Österreichischer Rundfunk e o., C-465/00, C-138/01 e C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2020, República da Polónia/ Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, Processo C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 1991, Wieger, processo C 17/90, ECLI:EU:C:1991:416.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de dezembro de 2020, Federatie Nederlandse Vakbeweging, processo C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de abril de 1988, Bekaert, processo 204/87, ECLI:EU:C:1988:192.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 1990, Nino, processos apensos C-54/88, C-91/88 e C-14/89, ECLI:EU:C:1990:340.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de março de 2014, Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona,

processo C-139/12, ECLI:EU:C:2014:174.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 2016, Ullens de Schooten, processo C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 1995, Bosman, processo C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de julho de 1997, Leur-Bloem, processo C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de maio de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, processo C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 2013, Unamar, processo C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663

Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2006, Comissão/Espanha, processo C-503/03, ECLI:EU:C:2006:74.

Acórdão do Tribunal de Justiça de outubro de 1975, Rutili, processo 36-75, ECLI:EU:C:1975:137

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de outubro de 1977, Bouchereau, processo 30-77, ECLI:EU:C:1977:172.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de dezembro de 1974, van Duyn, processo 41-74, ECLI:EU:C:1974:133.

Acórdão do Tribunal de Justiça de abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri, processos apensos C-482/01 e C-493/01, ECLI:EU:C:2004:262.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 2014, Edgard Jan De Clercq, processo C 315/13, ECLI:EU:C:2014:2408.

Acórdão do Tribunal de 12 de outubro de 2004, Wolff & Müller, processo C-60/03, ECLI:EU:C:2004:610.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de outubro de 2001, Finalarte, Portugaia e Engil, processos apensos C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98, ECLI:EU:C:2001:564.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2012, Comissão/Bélgica, processo C-577/10,

ECLI:EU:C:2012:814.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 1996, Reisebüro Broede, processo C-3/95, ECLI:EU:C:1996:487.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 1999, Terhoeve, processo C-18/95, ECLI:EU:C:1999:22.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 fevereiro de 1983, van Luipen, processo 29/82, ECLI:EU:C:1983:25

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 1995, Gebhard, processo C-55/94, ECLI:EU:C:1995:41.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de dezembro de 1986, Comissão/Alemanha, processo 205/84, ECLI:EU:C:1986:463.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2007, Comissão/Alemanha, processo C-490/04; ECLI:EU:C:2007:430.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2004, Comissão/Luxemburgo, processo C-445/03, ECLI:EU:C:2004:655.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de outubro de 1977, Bouchereau, processo 30-77, ECLI:EU:C:1977:172.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de maio de 1982, Adoui e Cornuaille, processos apensos 115 e 116/81, ECLI:EU:C:1982:183.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 2006, Comissão/Alemanha, C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2004, Comissão/Luxemburgo, C-445/03, ECLI:EU:C:2004:655.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 1963, Van Gend & Loos, processo 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 1982, Becker, processo 8/81, ECLI:EU:C:1982:7.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 1990, Kaefer e Procacci, processos apensos C-

100/89 e C-101/89, ECLI:EU:C:1990:456.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de julho de 2010, Gassmayr, processo C-194/08, ECLI:EU:C:2010:386.

Acórdão da Relação de Coimbra de 11/01/2018, (Jorge Loureiro), processo 233/16.8T8LRA.C1, disponível em dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7/11/2019, (Maria Leonor), processo n.º 4300/17.2T8VCT.G1 disponível em dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11/012/2007, (Azevedo Mendes), processo n.º 147/1999.C1, disponível em dgsi.pt.

Acórdão da Relação do Porto de 22-05-2019, (Nelson Fernandes), processo 4800/16.1T8MTS.P1, disponível em dgsi.pt.

Acórdão da Relação de Guimarães de 22-10-2020, (Alda Martins), processo 2226/17.9T8BCL.G2, disponível em dgsi.pt.

Acórdão da Relação de Lisboa de 24-06-2020, (Manuela Fialho), processo 3446/17.1T8VFX-4, disponível em dgsi.pt.

Conclusões do advogado-geral Alber apresentadas em 29 de setembro de 1999, Mazzoleni, processo C-165/98, ECLI:EU:C:1999:461.

Conclusões do advogado-geral M. Szpunar apresentadas em 20 de abril de 2016, Grigorios Nikiforidis, Processo C-135/15, ECLI:EU:C:2016:281.

Conclusões do advogado-geral M. Szpunar apresentadas em 2 de março de 2017, Vinyls Italia, processo C-54/16, ECLI:EU:C:2017:164.

Conclusões do advogado-geral Wahl apresentadas em 18 de setembro de 2014, Sähköalojen ammattiliitto, processo C-396/13, ECLI:EU:C:2014:2236.

Conclusões da advogada-geral Trstenjak apresentadas em 13 de setembro de 2007,

comissão/Luxemburgo, processo C-319/06, ECLI:EU:C:2007:516.

Conclusões do advogado-geral Bot apresentadas em 20 de setembro de 2007, Rüffert, processo C-346/06, ECLI:EU:C:2007:541.

Conclusões da advogada-geral Sharpston apresentadas em 15 de janeiro de 2015, Martin Meat, processo C-586/13, ECLI:EU:C:2015:15.

Conclusões do advogado-geral Bot apresentadas em 9 de setembro de 2010, Vicoplus, processos apensos C-307/09, C-308/09 e C-309/09, ECLI:EU:C:2010:510.

Conclusões do advogado-geral M. Szpunar apresentadas em 29 de julho de 2019, Dobersberger, processo C-16/18, ECLI:EU:C:2019:638.

Conclusões do advogado-geral Bobek apresentadas em 30 de abril de 2020, Van den Bosch, processo C 815/18, ECLI:EU:C:2020:319.

Conclusões do advogado-geral Bobek apresentadas em 5 de fevereiro de 2019, Moro, processo C-646/17, ECLI:EU:C:2019:95.

Conclusões do advogado-geral Cruz Villalón apresentadas em 5 de maio de 2010, Santos Palhota, processo C-515/08, ECLI:EU:C:2010:245.