

**ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO À GREVE E A SUA EVOLUÇÃO AO
NÍVEL EUROPEU**

***SOME NOTES ON THE RIGHT TO STRIKE AND ITS EVOLUTION AT A
EUROPEAN LEVEL***

*JÚLIO GOMES**

Juiz Conselheiro

RESUMO

Este artigo aprecia a recente evolução da compreensão do direito à greve, em especial na medida em que ele se apresenta em rota de colisão com outros direitos e bens fundamentais. A análise é empreendida tendo por referência a jurisprudência do Tribunal de Justiça (da União Europeia), nomeadamente os Acórdãos *Viking* e *Laval*, e também do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nomeadamente os Acórdãos *Demir and Baykara c. Turquia*, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquia* e *National Union of Rail e Maritime and Transport Workers c. Reino Unido*.

PALAVRAS CHAVE: greve; conflito de direitos; Direito da União Europeia; Direito do Conselho da Europa.

ABSTRACT

* Juiz Conselheiro. Professor convidado da Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Membro da ANESC/RACSE.

This article assesses the most recent evolution of the comprehension of the right to strike, especially from the perspective of its conflict with other rights and fundamental values. This analysis is made with reference to the case law of the Court of Justice (of the European Union), mainly the *Viking* and the *Laval* rulings, and of the European Court of Human Rights, mainly the cases of *Demir and Baykara v. Turkey*, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, and *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom*.

KEYWORDS: strike; conflict of rights; European Union Law; Council of Europe Law.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO. DIREITO À GREVE E AÇÃO COLETIVA.
2. O DIREITO À GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO DIREITO DA UNIÃO.
3. O DIREITO À GREVE NA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH – UM CONFLITO POTENCIAL COM O TRIBUNAL DE JUSTIÇA?.
4. BREVE REFERÊNCIA À CARTA SOCIAL EUROPEIA.
5. BREVE REFERÊNCIA À CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA.
6. À GUIZA DE CONCLUSÃO. A INCERTEZA DO TEMPO PRESENTE.

1. INTRODUÇÃO. DIREITO À GREVE E AÇÃO COLETIVA.

O presente estudo irá incidir sobre a recente evolução do direito à greve ao nível europeu – mais precisamente, quer ao nível da União Europeia, quer na Europa, mas fora desse contexto institucional e, designadamente, no quadro do Conselho da Europa – e sobre as possíveis repercussões que tal evolução pode ter no nosso próprio ordenamento jurídico interno. Temos plena consciência de que esta é uma área particularmente sensível do direito do trabalho – a que alguém já chamou uma “zona sísmica”¹ – e uma área em que os estudos comparativos se revelam particularmente difíceis.

¹ BRUNO VENEZIANI, “La Corte di Giustizia e il Trauma del Cavallo di Troia”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2008, parte II, pp.295 e ss., p. 296. Para este autor, a autonomia

Importará, de resto, começar por algumas advertências prévias. Em primeiro lugar, a observação de que não existem, praticamente, dois sistemas jurídicos em que a greve seja regulada de forma muito similar, para não dizer idêntica. Em cada ordenamento jurídico – e isso também é verdade nos Estados membros da União Europeia – a greve é concebida de uma maneira idiossincrática, fruto da história e dos compromissos políticos possíveis. Como é sabido, a história da greve, do ponto de vista jurídico, corresponde a uma evolução de um fenómeno não jurídico ou até antijurídico para um fenómeno reconhecido pelo direito, ora como liberdade, ora como direito subjetivo fundamental². Sublinhe-se, contudo, que o reconhecimento da greve como direito nunca foi pacífico – se para alguns esse reconhecimento é perigoso, porque parece chamar à colação uma série de institutos conexos com o direito subjetivo, mormente o abuso de direito^{3 4}, para outros o que está em jogo é a dificuldade em conceber como direito um poder que não se reduz a uma legítima defesa, mas que parece consistir antes em um poder de infligir um dano económico a outrem.

Vivemos, é certo, em um momento histórico em que a greve é consagrada como direito em muitos ordenamentos e, inclusive, em sede constitucional. Escrevendo em 2015 um autor⁵ recenseava 98 países como consagrando expressamente na sua Constituição o direito à greve⁶, embora acrescentasse que nesses 98 países não havia um único em que a Constituição definisse greve.

coletiva e a greve pertencem à “zona sísmica do direito do trabalho”, o âmbito em que “a norma jurídica se transforma em técnica de distribuição do poder social privado (da autonomia coletiva) e público, seja ao nível nacional, seja ao nível comunitário”.

² HALTON CHEADLE, “Constitutionalising the Right to Strike”, in *Laws Against Strikes, The South African Experience in an International and Comparative Perspective*, ed. por Bob Hepple, Rochelle le Roux e Silvana Sciarra, Franco Angeli, Milano, 2015, pp. 67 e ss., p. 69, sublinha que a história do direito à greve é a história da sua progressão de uma proibição para uma liberdade e depois para um direito e uma imunidade.

³ RENATO SCOGNAMIGLIO, “La Dimensione Sindacale/Collettiva del Diritto del Lavoro”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2011, parte I, pp. 487 e ss., sustenta que “o erro de fundo consiste precisamente na sua configuração como um direito subjetivo segundo o ordenamento jurídico do Estado” (ob. cit., pág. 521)

⁴ KEITH D: EWING, “Myth and Reality of the Right to Strike as a Fundamental Labour Right”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2013, vol. 29, n.º 2, pp.145 e ss., p. 165, considera que a experiência das sociedades ocidentais industrializadas desde o século XIX mostra que ao reconhecer o fenómeno da greve e ao trazê-lo para o domínio do jurídico e da legalidade é possível, não apenas legitimar a ação colectiva, mas também controlá-la e limitá-la.

⁵ HALTON CHEADLE, ob. cit., p. 67.

⁶ Para alguns autores a consagração constitucional do direito à greve seria quase irrelevante. Assim, por exemplo, EDOARDO ALES, “The Law and the Courts. Regulating Strike in Seven European Countries”, in *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the Balance*, dir. por Edoardo Ales e Tonia Novitz, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2010, pp. 243 e ss., p. 249, afirma que o facto de que em França, Espanha e Itália o direito à greve é reconhecido no plano constitucional não parece proporcionar uma protecção acrescida (“does not seem to provide any added value”). Pela nossa parte discordamos do autor. Não só porque em países como a Áustria em que o direito à greve não é reconhecido no plano constitucional o seu âmbito tende a ser muito mais restrito, mas e sobretudo porque concordamos com JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO, “Teoría del derecho de huelga, constitución y contenido protegido”, *Trabajo y Derecho*, n.º 23, 2016, pp. 23 e ss., p. 33, quando afirma que “a constitucionalização da greve (...) implica a rutura com uma estrutura monista de valores com

Um segundo aspeto que também convém ter presente é o de que embora a greve seja um instrumento “tão arcaico quanto necessário”⁷, a greve não se confunde com os meios de ação coletiva, sendo apenas um (e porventura hoje ainda o mais importante) desses meios. Os documentos internacionais a que vamos aludir, designadamente a Carta Social Europeia no seu artigo 6 n.º4 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no seu artigo 28, referem-se aos direitos de ação coletiva. Um autor espanhol, ANTONIO BAYLOS⁸, referiu recentemente que o conceito de ação coletiva não é um conceito técnico com um significado preciso em Espanha e autores italianos, por seu turno, afirmaram que em Itália greve e ação coletiva se confundem⁹. Também em Portugal não nos parece existir ainda uma compreensão clara de que a greve não esgota e não pode esgotar os meios de ação coletiva dos trabalhadores¹⁰. Muito embora esse não seja o tema deste trabalho e, portanto, não o desenvolveremos aqui, importa, com efeito, ter presente, que o direito à greve é necessário, mas não é suficiente para a defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores. Do mesmo modo que DÄUBLER afirmou, em 2015, que a contratação coletiva está em declínio e esse declínio se afigura inexorável, e se interrogou sobre as possibilidades de os sindicatos continuarem a representar os interesses dos trabalhadores fora de um sistema de contratação coletiva¹¹, importa também reconhecer que o próprio direito à greve como arma tem hoje uma utilidade muito variável consoante os sectores de atividade e os trabalhadores afetados. Ao nível do direito à greve importa reconceptualizá-lo de modo a torná-lo adequado a um mundo em que as condições de trabalho são crescentemente determinadas por quem não é o empregador em termos contratuais dos trabalhadores grevistas. Não são apenas os trabalhadores temporários, mas também os trabalhadores de empresas subcontratadas ou os trabalhadores de empresas em situação de grupo que cada vez mais são vulneráveis a essa determinação por um terceiro das suas condições de trabalho. A greve terá que acompanhar essa “terceirização” sob pena de crescente irrelevância. Mas

reconhecimento jurídico fundamentalmente associados à liberdade económica e à propriedade privada, para dar lugar a um espaço constitucional pluralista e, portanto, estruturalmente contraditório”.

⁷ A expressão é de TIENNOT GRUMBACH, “Le simple et le complexe dans le droit du travail”, *Droit Social*, 2003, pp. 48 e ss., p. 51.

⁸ ANTONIO BAYLOS, “Collective Action in Spain”, in *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the Balance*, dir. por Edoardo Ales e Tonia Novitz, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2010, pp. 109 e ss., p. 109: “Under the Spanish system, the expression “collective action” has no precise meaning”.

⁹ EDOARDO ALES, LORENZO GAETA, GIOVANNI ORLANDINI, “Collective action in Italy – Conceptualising the right to strike”, in *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the Balance*, dir. por Edoardo Ales e Tonia Novitz, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2010, pp. 77 e ss., p.79: “according to a long-lasting tradition in Italian industrial relations, collective action and strike can be basically understood as synonymous from the employees’ side”.

¹⁰ Cfr., contudo, JORGE LEITE, Anotação ao artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, coord. por Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 340 e ss., p. 340: “À autotutela coletiva associa-se, com mais frequência, a greve e, em alguns sistemas nacionais, também o locaute, mas várias outras formas de ação coletiva se podem considerar suas modalidades ou formas de expressão, como a reunião, a manifestação, o abaixo-assinado, o label, o boicote, etc.” (itálico no original).

¹¹ WOLFGANG DÄUBLER, “La rappresentanza degli interessi dei lavoratori al di là della contrattazione collettiva”, *Lavoro e Diritto*, 2015, pp. 93 e ss., p.94.

mesmo essa reconfiguração não será suficiente para dotá-la de eficácia em todos os domínios: a greve continuará a ser potencialmente eficaz em sectores como os dos transportes, continuará a ser ela própria um meio de publicitar junto dos *media* e da opinião pública as aspirações e as necessidades dos trabalhadores, mas em muitos dos sectores económicos a greve continuará a ser pouco relevante. Daí a necessidade de expandir a liberdade de expressão sindical¹², bem como a de pensar em outros meios de ação coletiva. DÄUBLER no estudo atrás referido, sublinhava que o direito do trabalho não trata normalmente de questões como a mobilização da opinião pública, mas acrescentava que a opinião pública pode ser convertida em instrumento de pressão e a sua mobilização revelar-se mais fácil e mais eficiente que as tradicionais formas de luta coletiva¹³. Para tanto seria necessário, contudo, discutir da admissibilidade de boicotes económicos, de campanhas organizadas nas redes sociais para a defesa, por exemplo, do comércio justo. Áreas em que o direito do trabalho tenderá a enfrentar – o que de resto não é novo – o direito da concorrência¹⁴. E refira-se que na Alemanha, por exemplo, os tribunais – inclusive o Tribunal Constitucional – já admitiram a licitude de outras formas de ação coletiva, como é o caso do *flashmob*.

¹² Sobre esta e a necessidade de a conceber não como mera manifestação da liberdade de expressão em geral, mas como expressão da liberdade sindical cfr., recentemente, JEAN-FRANÇOIS AKANDJI-KOMBÉ, “La liberté d’expression syndicale, fille méconnue de la liberté syndicale. Plaidoyer pour des retrouvailles sous l’égide de l’article 11 de la CEDH”, in *Le Travail Humain au Carrefour du Droit et de la Sociologie, Hommage du Professeur Nikitas Aliprantis*, coord. por Christian Mestre, Corinne Sachs-Durand e Michel Storck, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2014, pp. 549 e ss. O autor sublinha que não é neutro ou desprovido de consequências escolher um ou outro dos fundamentos para a liberdade de expressão sindical (ob. cit., p. 551) e sublinha que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Acórdãos recentes – mormente em *Syndicat de la police de la République slovaque et autres c. Slovaquie* de 25 de setembro de 2012 – preferiu fundar a liberdade de expressão sindical no artigo 11.º da Carta como *lex specialis*, ainda que sem deixar de atender também na interpretação do próprio artigo 11.º ao disposto no artigo 10.º.

¹³ WOLFGANG DÄUBLER, ob. cit., p. 101.

¹⁴ Cfr. ABBO JUNKER, “Die Gewährleistung der Tarifautonomie im europäischen Recht”, *ZfA*, 2015, pp. 267 e ss., p.283. No caso *Albany*, C-67/97, reconheceu-se uma exceção para a contratação coletiva. Mas enquanto o Advogado-Geral falou do direito à contratação coletiva, o TJ sublinhou o importante papel dos parceiros sociais para o desenvolvimento das condições de trabalho, expresso na concertação social ou diálogo social europeu e considerou que a negociação coletiva e a defesa de interesses coletivos é desejável para a realização de finalidades de política social ao nível europeu. Para o autor tal exceção do domínio da concorrência não deve, contudo, existir quando as convenções coletivas se transformam sobretudo em contratos em desfavor de terceiros cujo escopo primário é na realidade eliminar concorrentes. Uma interpretação igualmente restritiva do caso *Albany* pode encontrar-se nas Conclusões de alguns Advogados-Gerais: assim, por exemplo, nas Conclusões apresentadas pela Advogada-Geral VERICA TRSTENJAK, apresentadas a 14 de Abril de 2010, no processo C-271/08, Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha, números de margem 54 a 62, em que a Advogada-Geral sustenta que “ nos acórdãos *Albany*, *Brentjens*’ e *Drijvende Bokken*, o TJ não declarou a existência de uma exceção sectorial geral às regras de concorrência do direito primário para as convenções colectivas. Pelo contrário, estes acórdãos devem ser interpretados no sentido de que foi neles declarada a existência de um limite do artigo 81.º CE, inerente ao direito primário, relativamente a convenções coletivas com determinado conteúdo” (número de margem 62 das Conclusões). Em sentido semelhante se pronunciara já o Advogado-Geral N. FENNELLY nas suas Conclusões apresentadas a 11 de maio de 2000 no Processo van der Woude, C-222/98. Sobre o caso *Albany*, cfr., também, ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ, “Negociación colectiva. Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, vol. 92, pp. 143 e ss., p. 146.

Focando, no entanto, apenas, o direito à greve enquanto um dos meios de ação coletiva ao serviço dos trabalhadores importa afirmar que, por paradoxal que pareça, a multiplicação do seu reconhecimento em tratados e declarações internacionais, mesmo atendendo só ao nível europeu, não contribui necessariamente para um reforço da sua tutela. Nas palavras de PETER HUBER “seria ingénuo pensar que a multiplicação de regimes e de declarações de proteção dos direitos fundamentais incrementa o seu nível efetivo de tutela”¹⁵. Bem ao invés a sua existência paralela se não for corretamente circunscrita e delimitada gera insegurança jurídica.

Antes mesmo de começar a apreciar a evolução verificada ao nível da União Europeia interessa destacar a radical diversidade de regulamentações da greve no âmbito dos Estados Membros. Em alguns, mormente no Reino Unido e na Irlanda – pode duvidar-se se a greve corresponde a um direito ou não será antes uma liberdade. Mas mesmo naqueles, que são a larga maioria, em que a greve é reconhecida como um direito, o seu regime varia consideravelmente¹⁶. Desde logo, na sua titularidade: em alguns Estados o direito à greve é concebido como um direito das associações sindicais, enquanto noutros se trata de um direito dos trabalhadores, ainda que se fale frequentemente em um direito individual de exercício colectivo. Depois, na própria definição do que seja uma greve, definição essa que, aliás, nem sempre é feita pela lei, mas é por vezes remetida para a jurisprudência. Uma grande heterogeneidade é também verificável quanto aos escopos da greve: em alguns Estados a greve é concebido como um mero instrumento do direito à contratação coletiva e pode apenas ser exercida no quadro da renegociação de uma convenção (é o caso da Alemanha). As convenções coletivas são em alguns Estados concebidos como determinando uma obrigação de trégua ou de paz sindical, ao menos relativa, enquanto em outros Estados (como é o caso de Portugal) não têm esse efeito na ausência de uma cláusula expressa de paz sindical. As greves de solidariedade são permitidas em muitos Estados, ao passo que as chamadas greves políticas são lícitas em um relativamente pequeno número de Estados Membros. Mas a própria amplitude das referidas greves de solidariedade varia consideravelmente, bem como os direitos dos

¹⁵ PETER M. HUBER, “Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte”, *NJW*, 2011, pp. 2385 e ss., p.2385. No mesmo sentido se pronuncia FERDINAND KIRCHOF, “Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte”, *NJW*, 2011, pp. 3681 e ss., p. 3682, para quem a existência paralela de declarações de direitos não cria automaticamente uma maior protecção para o cidadão, podendo até reduzir a liberdade deste, criando insegurança jurídica. Também MEHRDAD PAYANDEH, “Die EMRK als grundrechtsbeschränkendes Gesetz?”, *JuS*, 2009, pp. 212 e ss., p.216, sublinha que a existência paralela de vários sistemas e de vários níveis de protecção dos direitos fundamentais coloca não apenas a questão de saber quem tem a última palavra, mas também a de determinar como é que tais regimes interagem entre si.

¹⁶ FEDERICO FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe, Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2014, pp. 146 e ss., classifica os diferentes modelos segundo vários critérios: em primeiro lugar, saber se o direito à greve está consagrado constitucionalmente ou se apenas está previsto na lei ordinária ou como uma mera liberdade da *common law*. Em segundo lugar, se o direito a greve é um direito individual ou se é um direito coletivo a ser exercido apenas pelos sindicatos. Um terceiro fator diz respeito aos procedimentos que devem ser adotados para exercer o direito à greve, bem como as limitações e as condições materiais ou substantivas do seu exercício. Finalmente, refere as consequências do seu exercício relativamente às relações individuais de trabalho.

piquetes de greve ou a possibilidade de ocupação da empresa. Do mesmo modo variam também os efeitos das greves sobre os contratos de trabalho dos grevistas e dos não grevistas e as próprias possibilidades concedidas ao empregador para se prevenir ou defender contra os efeitos económicos prejudiciais de uma greve, mormente através da substituição de grevistas ou de *lock-out* defensivo.

2. O DIREITO À GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO DIREITO DA UNIÃO

Pode parecer estranho dar tanta relevância à compreensão do direito à greve ao nível da União Europeia. No fim de contas, nem a contratação coletiva, nem o direito à greve cabem nas competências próprias da União Europeia, as quais não foram ampliadas pelo Tratado de Lisboa. No entanto, seria ilusório supor que estas matérias da contratação coletiva e do direito à greve poderiam ser isoladas, mais ou menos hermeticamente do direito da União Europeia¹⁷. Basta atender a que também no domínio do exercício das suas competências próprias, os Estados Membros devem respeitar o direito europeu e evitar a violação do mesmo. Além disso, as próprias convenções coletivas podem ser vistas e são concebidas por muitos como cartéis pelo que é necessário decidir em que medida é que as mesmas representam desvios lícitos e consentidos aos princípios e regras do direito da concorrência. Direitos como o direito à greve podem igualmente entrar em conflito, mais ou menos direto, com as liberdades fundamentais da União Europeia¹⁸. Não seria tolerável na construção de um mercado comum que o direito à greve fosse esgrimido com o escopo, por exemplo, de garantir que o trabalho existente em certas empresas, em certo sector, em certa área de um Estado Membro fosse, por hipótese, reservado aos nacionais desse Estado¹⁹. Como também não seria aceitável que o direito à contratação coletiva fosse utilizado como um instrumento para gerar desigualdade salarial por exemplo entre géneros ou, de qualquer

¹⁷ Como destaca, aliás, FEDERICO FABBRINI, ob. cit., p. 188: “*The decisions of the ECJ in Viking and Laval demonstrated that insulating national systems of industrial relations from the impact of EU law is no longer an option*”.

¹⁸ Sublinhando que não se trata aqui, apenas, como por vezes se pretende, de uma oposição entre o social e o económico cfr. CARSTEN HERRESTHAL, “*Die Re-Individualisierung des kollektiven Arbeitsrechts in der europäischen Integration am Beispiel der Tarifautonomie*”, *EuZA*, 2011, pp. 3 e ss., p. 8. Como este autor destaca, as liberdades fundamentais têm face aos sistemas de relações coletivas dos Estados-Membros uma função de garantir a abertura do mercado ao nível da União (“*Die Grundfreiheiten haben gerade auch gegenüber dem nationalen kollektiven Arbeitsrecht eine marktsichernde und marktöffnende Funktion*”). São a expressão de um conceito que assegura a liberdade de atividade económica transfronteiriça em todo o mercado comum.

¹⁹ CHRISTIAN WAGNER, *Der Arbeitskampf als Gegenstand des Rechts der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2010, p. 29, recorda as greves selvagens ocorridas em Inglaterra no setor do petróleo e da energia quando a empresa francesa *TOTAL* contratou a empresa italiana *IREM* para efetuar uma série de trabalhos em uma refinaria na Inglaterra. As greves tiveram como escopo impedir que trabalhadores temporários italianos e portugueses fossem trabalhar na referida obra (sobre o tema cfr. CATHERINE BARNARD, “*British Jobs for British Workers*’: The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market”, *Industrial Law Journal*, 2009, pp. 245 e ss., que tenta, aliás, defender a compatibilidade com o direito da União das cláusulas que reservam postos de trabalho para trabalhadores nacionais).

modo, introduzir discriminações proibidas á luz do Direito da União²⁰. Em suma, pode falar-se de uma certa ordem pública da União ou de princípios e liberdades estruturantes da mesma que não podem ser postos em causa mesmo pelos meios de ação coletiva.

É nesse contexto que surgiram decisões do Tribunal de Justiça (TJ), hoje muito célebres como os Acórdãos *Viking*, *Laval*, Comissão c. Alemanha e Comissão c. Luxemburgo. Estes casos suscitaram uma reação muito intensa e massiva por parte da doutrina ao nível europeu. Trata-se de Acórdãos que deixaram “um sabor amargo”²¹ ou que representam mesmo “uma mudança na arquitetura institucional do direito do trabalho europeu”²², não faltando, inclusive, quem fale abertamente de decisões sofisticadas²³ e de um novo Cavallo de Tróia no direito do trabalho. Apesar dos rios de tinta que fizeram correr, a verdade é que, como recentemente fez notar RODIÈRE²⁴, mesmo que nada mais de útil se possa acrescentar sobre eles torna-se difícil ou impossível evitá-los. Não podemos, no entanto, deixar de advertir o leitor, mesmo antes de começar a analisá-los, ainda que de modo muito perfunctório, que não partilhamos esta análise extrema e fortemente negativa dos referidos Acórdãos e mormente das decisões do TJ nos casos *Viking* e *Laval*.

No processo C-438/05, *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union contra Viking Line ABP*²⁵, o litígio opôs duas associações sindicais a uma empresa (*Viking Line ABP*) e à sua filial (*OÜ Viking Line Eesti*) “a propósito de uma ação coletiva e da ameaça dessa ação com o intuito de mudar o pavilhão finlandês de um dos seus navios e de registar esse navio sob o pavilhão de outro Estado-membro” (n.º 2 do Acórdão). A *Viking* era uma sociedade de direito finlandês que operava sete navios, entre os quais o *Rosella*, que asseguravam a ligação marítima entre a Estónia e a Finlândia. A atividade de exploração do *Rosella* foi deficitária por força da concorrência com navios estónios que asseguravam os mesmos trajetos com custos salariais inferiores (n.º 9 do Acórdão) razão pela qual a *Viking* planeou mudar o pavilhão do *Rosella*

²⁰ Com efeito, a convenção coletiva pode ser, ela própria, um instrumento de discriminação contra nacionais de outros Estados membros e um entrave à livre circulação: recorde-se o caso *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, C-281/98, de 6 de Junho de 2000, em que era a própria convenção coletiva que exigia um certificado de competência linguística que só podia ser obtido em uma certa zona geográfica e não podia ser substituído por outra prova dos conhecimentos linguísticos. Cfr., igualmente, C-35/97, de 24 de Setembro de 1998, Comissão das Comunidades Europeias c. República Francesa e C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg*, de 15 de Janeiro de 1998.

²¹ A expressão é de FRANCIS KESSLER, “Le droit fondamental à la négociation collective n’existe, en Europe, que sous condition, CJCE 15 juillet 2010, aff. 271/08 *Commission européenne c. République fédérale d’Allemagne*”, *Droit Social*, 2010, pp. 1233 e ss., p.1238.

²² VINCENZO BAVARO, “Lo sciopero e il diritto fra innovazione, tradizione e ragione pratica”, *Lavoro e Diritto*, 2015, pp.285 e ss., p. 288.

²³ PIERRE RODIÈRE, “Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective”, *RTDeur* 2008, pp.47 e ss., p. 65, que, a propósito do caso *Laval*, fala de uma análise surpreendente e de carácter sofista (“caractère sophistique”).

²⁴ PIERRE RODIÈRE, “L’impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE”, *Droit Social*, 2010, pp. 573 e ss., p. 573, que, referindo-se aos Acórdãos *Viking* e *Laval* sublinha o seu papel central em toda a discussão: “Nul doute que ces deux affaires ne mangent le paysage, avec de bonnes raisons à cela”.

²⁵ Acórdão proferido a 11 de Dezembro de 2007.

registando o navio na Estónia ou na Noruega para celebrar uma nova convenção coletiva com um sindicato de um desses Estados. A *Viking* informou a associação sindical FSU, um sindicato finlandês em que estavam filiados os membros da tripulação do *Rosella*, sendo que o FSU, por seu turno, estava filiado na ITE, uma federação internacional de trabalhadores do sector dos transportes com sede em Londres (n.º 7 do Acórdão). O FSU manifestou a sua oposição ao projeto. Houve negociações entre as partes e inclusive “no âmbito de um processo de conciliação a *Viking* assumiu o compromisso de que, num primeiro momento, a mudança de pavilhão não daria origem a quaisquer despedimentos” (n.º 19 do Acórdão). O FSU não renunciou à sua intenção de declarar uma greve e, por outro lado, pediu à ITF que transmitisse a informação a todos os sindicatos nela filiados de que conservava o direito de negociação com a *Viking* pelo que todos os sindicatos filiados na ITF deveriam abster-se de negociar com a *Viking*. A ITF dirigiu, mesmo, uma circular aos seus filiados ordenando-lhes que não encetassem negociações com a *Viking* alertando para o perigo de sanções no caso de violação da referida circular (n.º 12). Como entretanto a atividade do *Rosella* continuou a ser deficitária a *Viking* persistiu na sua intenção de mudança de pavilhão (n.º 21) acabando por intentar nos tribunais do Reino Unido “uma ação na qual pedia que a ação da ITF e do FSU fosse declarada contrária ao artigo 43.º CE, que fosse ordenada a revogação da circular ITF e que o FSU fosse intimado a não colocar entraves aos direitos de que a *Viking* goza ao abrigo do direito comunitário” (n.º 22), tendo sido um Tribunal inglês que colocou ao TJ várias questões prejudiciais.

O caso *Laval*²⁶ foi, por seu turno, e como é sabido, um caso sobre destacamento internacional de trabalhadores. Uma empresa letã venceu um concurso na Suécia respeitante a uma subempreitada. Essa empresa letã tinha uma filial na Suécia e para aí destacou trabalhadores letões. Um sindicato sueco tentou, sem sucesso, que essa empresa letã celebrasse uma convenção coletiva com determinadas tabelas salariais convenção que, sublinhe-se, não se aplicava a todos os empregadores suecos nesse sector. Acresce que o sistema sueco de relações coletivas caracterizado por elevadas taxas de filiação sindical não conhece convenções coletivas com eficácia *erga omnes* e não tinha à época salários mínimos fixados por lei. A empresa letã celebrou uma convenção coletiva com um sindicato letão, mas o direito sueco não reconhecia essa convenção estrangeira e não limitava o recurso aos meios de ação coletivos durante a vigência de convenções estrangeiras. Na sequência do insucesso da negociação coletiva o sindicato sueco decretou uma greve a qual, na Suécia, foi acompanhada – tal como a lei sueca permite – não apenas de extensas greves de solidariedade, mas de boicote económico, tendo a empresa letã sido alvo de boicote por fornecedores e empresas clientes e acabando mesmo por entrar em situação de insolvência. Sublinhe-se também que o referido sindicato sueco não tinha como filiados, como se torna quase evidente, quaisquer trabalhadores letões destacados. O caso *Laval* é, assim, em primeira linha, um

²⁶ *Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05 de 18 de Dezembro de 2007.

caso de destacamento internacional de trabalhadores e colocou questões delicadas de interpretação da Directiva em matéria de destacamento. Esta Directiva – cuja renegociação, aliás, se revelou tão delicada que, em vez da sua alteração ou substituição se optou por redigir nova Directiva de execução da anterior – tentou encontrar uma delicada solução de compromisso entre os interesses dos Estados Membros de acolhimento e os interesses dos Estados Membros de que são oriundos boa parte dos trabalhadores destacados, de modo a preservar o essencial da liberdade de prestação de serviços, sem no entanto contribuir para o que vulgarmente se designa por *dumping* social. Depois de numerosa jurisprudência sobre o tema o entendimento do TJ tem sido o de que além de um elenco imperativo de matérias em que as soluções legais dos Estados de acolhimento se impõem no regime dos trabalhadores destacados, desde que mais favoráveis, os Estados Membros de acolhimento só podem estender a esses trabalhadores destacados regimes que decorram de lei imperativa ou de convenções com eficácia *erga omnes*. O TJ foi, pois, confrontado com uma situação em que um sindicato sueco pretendia impor a uma empresa através da negociação coletiva um regime, designadamente tabelas salariais, que não eram aplicáveis a todos os empresários suecos concorrentes.

As decisões do TJ nos Acórdãos *Viking* e *Laval* suscitaram uma verdadeira avalanche de críticas, algumas delas, de resto, de sinal oposto. Houve, inclusive, quem criticasse a fundamentação do reconhecimento do direito à contratação coletiva e do direito à greve como direitos fundamentais da União Europeia. Não faltou, também, quem sublinhasse que as duas situações de facto com que o tribunal se deparou não correspondiam ao paradigma normal da greve ou, pelo menos, à sua forma mais usual²⁷: a abstenção coletiva e concertada de trabalho por parte de trabalhadores como modo de obterem vantagens ou contrapartidas por parte do seu próprio empregador. Com efeito, o Acórdão *Laval* referiu-se não apenas a greves de solidariedade, mas a bloqueios e boicotes económicos²⁸ e no Acórdão *Viking* estava em jogo uma greve de solidariedade de cariz internacional também ela acompanhada de boicotes.

Ainda assim, é inegável que estes Acórdãos representam o reconhecimento do direito à greve como um direito fundamental da União Europeia, mesmo num momento em que não estava ainda em vigor o artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁹ e, sublinhe-se também, em momento anterior ao reconhecimento pelo

²⁷ Assim, por exemplo, REBHAHN, “Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking”, *ZESAR*, 2008, pp. 109 e ss., p. 113. O autor destaca que “tanto em Viking, como em Laval, tratou-se, em primeira linha ou exclusivamente de um boicote dirigido contra uma atividade económica transfronteiriça de um terceiro. Já de um ponto de vista fenomenológico é muito distinta uma greve de trabalhadores contra o seu próprio empregador para a melhoria das suas condições de trabalho”.

²⁸ Como destaca FELIPE TEMMING, “Das “schwedische Modell” auf dem Prüfstein in Luxemburg – der Fall Laval”, *ZESAR*, 2008, pp. 231 e ss., p.240, o TJ aceitou, sem se pronunciar, o conteúdo do direito de ação coletiva que era aceite na Suécia (“*Bemerkenswert ist des Weiteren, dass der EuGH die Legitimität des Mittels, also diejenige des Streiks nicht prüft*”).

²⁹ Preceito que foi, no entanto, invocado nos Acórdãos *Viking* e *Laval* ainda que tenha servido, sobretudo, para fundamentar restrições ou limites ao direito à ação coletiva. A este propósito BERTRAM ZWANZIGER, “Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen ‘Laval’ und ‘Viking’”,

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) de que o artigo 11.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem deve ser interpretado no sentido de consagrar tanto o direito à negociação coletiva como o próprio direito à greve. No entanto, este aspeto positivo do reconhecimento como direito fundamental do direito à greve não foi, de todo, o aspeto mais destacado pela doutrina maioritária. Muito embora o direito à greve não seja, em qualquer ordenamento, um direito absoluto, a verdade é que a doutrina se insurgiu contra as decisões do TJ que afirmaram a existência de limites ao direito à greve³⁰.

Em primeiro lugar, o TJ considerou que os direitos fundamentais da contratação coletiva e da ação coletiva, mormente da greve, têm que ser exercidos no respeito pelos princípios estruturantes da União Europeia e, designadamente pelas liberdades económicas fundamentais. Esta simples afirmação de limites desencadeou uma série de críticas: houve quem considerasse que se estava assim a sujeitar o social ao económico³¹ e mesmo que as ditas liberdades económicas fundamentais são apenas interesses empresariais aos quais não deveria sequer ser atribuída a mesma dignidade ou posição hierárquica que aos direitos de contratação coletiva e ao direito à greve³². Queremos esclarecer desde já que não compartilhamos este tipo de crítica: a constituição de um mercado comum do ponto de vista económico não se compadece com um direito à greve ou mesmo com um direito à contratação coletiva sem quaisquer limites e que pudesse servir para escopos mais ou menos confessadamente protecionistas^{33 34}. Acresce que o conteúdo das liberdades económicas fundamentais ou,

Der Betrieb, 2008, pp.294 e ss., p. 296, observa criticamente que uma norma que consagra um direito foi transformada pelo Tribunal em uma norma que delimita direitos (“*Aus einer grundrechtgewährenden Regelung wird eine grundrechtsinschränkende gemacht*”). Também ANTONIO LO FARO, “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, *Lavoro e Diritto*, 2008, pp.65 e ss., p.93, destaca que o artigo 28 da Carta foi invocado apenas como argumento para legitimar as limitações ao direito de ação coletiva e não tanto para o afirmar.

³⁰ TONIA NOVITZ, “The Impact of Viking and Laval, Contesting the Social Function and the Legal Regulation of the Right to Strike”, in *Collective Actions and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the Balance*, coord. por Edoardo Ales e Tonia Novitz, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2010, pp. 251 e ss., pp. 256-257, considera que o TJ partiu das seguintes premissas: 1) A ação coletiva é a manifestação da regulamentação pelo sindicato das relações de trabalho, através da contratação coletiva; 2) a ação coletiva só se justifica por referência aos interesses económicos imediatos dos trabalhadores; 3) a ação coletiva deve ser um recurso a adotar apenas quando os meios de negociação falharem, um último recurso; 4) os tribunais estão em condições de determinarem quando é que uma medida de ação coletiva, por exemplo, uma greve é proporcionada.

³¹ Cfr., por todos, VILJIA VELVITE, “The Right to Strike in the European Union after Accession to the European Convention on Human Rights: Identifying Conflict and Achieving Coherence”, *Human Rights Law Review*, 2015, 15, pp. 73 e ss., p. 84, que considera que o TJ criou uma hierarquia entre valores sociais e valores económicos na União, dando primazia a estes últimos.

³² Para ALBERTINE VELDMANN, “The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context of the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to the ECHR”, *Utrecht Law Review*, 2013, vol. 9, n.º 1, pp. 104 e ss., p. 116, as liberdades económicas (de empresa, de prestação de serviços) devem ser concebidas como meros interesses comerciais ou empresariais que não devem sobrepor-se aos direitos fundamentais dos sindicatos.

³³ Como afirma FRANK BAYREUTHER, “Das Verhältnis zwischen dem nationalen Streikrecht und der EU-Wirtschaftsverfassung”, *EuZA*, 2008, pp. 395 e ss., p. 407, os meios de ação coletiva não são, nem podem ser, um espaço “livre das liberdades fundamentais”.

pelo menos, de algumas delas, como a livre circulação de trabalhadores, não se deixa reconduzir a meros interesses empresariais e tais interesses empresariais têm também subjacentes direitos fundamentais como a propriedade privada ou a liberdade de empresa³⁵. Mais delicadas e subtis são outras das críticas dirigidas contra o Tribunal: assim, acusou-se o Tribunal de, mais ou menos sub-repticiamente e apesar de formalmente colocar ao mesmo nível direitos fundamentais e liberdades, acabar por materialmente dar primazia às liberdades sobre tais direitos³⁶. E isto porque o direito à contratação coletiva e o direito à greve foram apreendidos como restrições às liberdades fundamentais que, como restrições, careciam de especial justificação. Outra crítica muito comum foi a de que o Tribunal não tinha operado a necessária densificação dos direitos coletivos, mormente do direito à greve, o que inviabilizava uma genuína e correta ponderação dos direitos e liberdades em conflito³⁷. Mais uma vez pensamos que as críticas são excessivas ou, mesmo, injustificadas: quanto à primeira, porque o Tribunal foi confrontado com situações em que o prejuízo se verificava da banda do titular da liberdade. No caso *Laval*, recorde-se, a greve, acompanhada de boicote e de bloqueio, foi tão eficaz que conduziu à insolvência da filial sueca da empresa letã. Face a esse ponto de partida é natural que o Tribunal se tenha interrogado, sobretudo, sobre a justificação (ou ausência dela) dos danos produzidos na esfera jurídica dos titulares das

³⁴ Cfr., a este respeito, BRUNO MESTRE, “The ruling Laval un Partneri: clarification and innovation”, *European Law Reporter*, 2008, n.º 1, pp. 2 e ss., que observa que o TJ pretendeu evitar, no caso *Laval*, que os sindicatos acabassem por assumir, através da negociação coletiva, uma atitude protecionista (“*It seems to me that the ECJ was fearful that allowing trade unions to bargain wages on a case-by-case basis (...) would open door to protectionist bargains and that trade unions would demand above minimum wages to foreign competitors (as it happened in the present case) in order to deprive them of the wage-cost advantage and close the market for those services*”).

³⁵ ROLF WANK, “Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, Unterstützungsstreik, Streik um Tarifsozialplan, Schadensersatz und einstweilige Verfügung”, *Recht der Arbeit* 2009, pp. 1 e ss., p.8, observa a propósito que as convenções coletivas e os meios de conflito coletivo podem pretender regular as consequências do exercício da liberdade empresarial, mas não impedir o seu exercício ou eliminá-lo.

³⁶ JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD/JEAN MOULY, “La jurisprudence sociale de la Cour EDH: bilan et perspectives”, *Droit Social*, 2010, pp. 883 e ss., p. 891 : “Na realidade, no seu raciocínio, o Tribunal inverteu sub-repticiamente o procedimento colocando, no primeiro plano, não o direito de greve que acaba de reconhecer, mas as liberdades económicas prioritariamente consagradas pela União. Estas duas categorias de liberdades não ocupam, pois, o mesmo plano. O TJ preferiu colocar o direito de ação coletiva dos trabalhadores na categoria dos direitos fundamentais de segunda categoria, sob o ascendente das liberdades económicas a que devem submeter-se”.

³⁷ Assim, por exemplo, ANDREAS BÜCKER, “Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Massnahmen gegen Standortverlagerungen: Der Vorhang zu und viele Fragen offen”, *NZA*, 2008, pp. 212 e ss. O TJ sublinhou que é competência dos tribunais nacionais determinar quais são nos seus respectivos ordenamentos os meios de ação coletiva lícitos (*Viking*, números 35,60,63,80 e 85) e qual a extensão da liberdade de associação. Para o autor esta perspectiva é incorreta, porquanto sem uma visão própria do conteúdo desse direito não é possível contrapô-lo a uma liberdade fundamental e determinar qual a concordância prática que é necessária. Sem densificar o seu conteúdo cair-se-ia no casuísmo (“*Ohne eine eigenständige und systematische Auslegung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit, die im vorliegenden Fall unterblieben ist, kann der EuGH nicht die Gegenstandsbereich der Niederlassungsfreiheit auf der einen Seite und der Koalitionsfreiheit auf der anderen Seite abwägen und Umfang sowie Grenzen der gewährten Freiheiten in der nötigen Allgemeinheit und Differenziertheit bestimmt. Die Aussagen des EuGH bleiben auf den Einzelfall beschränkt und es besteht die Gefahr, dass die Entscheidung zu sehr von den tatsächlichen oder vermeintlichen Besonderheiten des konkreten Einzelfalls beeinflusst wird*”).

liberdades, de prestação de serviços num caso³⁸ e de estabelecimento no outro, cujo próprio âmago tinha sido ameaçado pelos meios de ação coletiva. Por outro lado, a acusação de que o Tribunal não procedeu a uma densificação ou concretização dos direitos de negociação coletiva e de greve esbarra na mera constatação, já atrás referida, de uma radical diversidade quanto à configuração dos mesmos direitos pelos diferentes Estados Membros. De resto no caso Laval o Tribunal foi confrontado com uma das ordens jurídicas, a sueca, que, ao nível da União, consagra meios de ação coletiva de maior amplitude. Considerando que o direito à greve e o direito à negociação coletiva não cabem na competência específica da União Europeia, não vemos como é que ao TJ seria exigível definir o núcleo duro destes direitos ou sequer densificá-los. Pelo contrário, o Tribunal optou pelo caminho metodologicamente mais correto que foi o de aceitar a existência dos meios de ação coletiva tal como o direito sueco os aceita e os considera lícitos, como uma premissa que não podia questionar, limitando-se depois a verificar se o exercício em concreto desses direitos era justificado e proporcionado face à lesão que acarretava para as liberdades económicas fundamentais.

Mais interessante e mais certa – ainda que também não a compartilhemos – tem sido a doutrina que critica o que já foi considerado como uma verdadeira revolução nestes Acórdãos, a saber, a vinculação de particulares, de pessoas privadas, como são na maior parte dos sistemas europeus os sindicatos, às liberdades fundamentais³⁹. É certo que já havia antecedentes⁴⁰ sobretudo quanto a pessoas privadas dotadas de poderes normativos ou quase legislativos, no que por vezes é apresentado como uma delegação de poderes do Estado. É também verdade que para muitos autores, em muitos sistemas, as convenções coletivas desempenham um papel similar à Lei e são autênticas fontes de direito, pelo que os próprios sindicatos e associações de empregadores assumem um papel similar ao do legislador. Contudo, o TJ foi mais longe⁴¹ ao considerar que os

³⁸ Como destaca CLAUDIA SCHUBERT, *Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskämpfrecht im Konflikt, Recht der Arbeit* 2008, pp. 289 e ss., p. 292, no caso Laval a liberdade de prestação de serviços era posta em causa duplamente: por um lado, porque não se atendia à convenção coletiva estrangeira e, por outro lado, porque ao exigir um aumento de salários tornava impossível à empresa prestadora de serviços utilizar o diferencial de salários entre os Estados-membros e tirava todo o interesse económico nessa prestação de serviços transnacional.

³⁹ BRUNO VENEZIANI, *ob. cit.*, p. 306, refere-se a uma “indevida assimilação” desmentida pela “natureza estritamente privada dos sujeitos sindicais não assimiláveis a entidades estatais e da administração pública e pela sua função solidarística e de defesa de interesses privados” (“*squisitamente privati*”). Também ALBERTINE VELDMANN, *ob. cit.*, p.108, censura o TJ por tratar sindicatos que são pessoas privadas como destinatários de normas de interesse público que garantem a livre prestação de serviços ou a liberdade de estabelecimento.

⁴⁰ BRUNO MESTRE, “The ruling...”, *cit.*, p. 7, embora considere que a possibilidade de invocação das liberdades fundamentais no confronto com pessoas de direito privado como os sindicatos representa uma verdadeira “revolução na interpretação das liberdades fundamentais” alerta para a necessidade de só permitir tal invocação em situações limite ou de fronteira (“*I believe that it is safe to conclude that the innovation brought about by Viking and Laval consists in applying the free movement provisions to those borderline situations in which the the behaviour of private parties places an obstacle to the functioning of the internal market but are not captured by the competition rules*”).

⁴¹ Como resulta inequivocamente do Acórdão *Viking*, números 64-65. Com efeito, o Tribunal afirmou, expressamente, que “não resulta da jurisprudência do TJ recordada no n.º 57 do presente acórdão que a referida interpretação seja limitada aos organismos quase-públicos ou às associações que exercem

sindicatos estavam sujeitos ao respeito pelas liberdades fundamentais mesmo no exercício da sua ação reivindicativa ou seja, não apenas quando celebravam convenções coletivas com efeito normativo, mas já quando recorriam à greve ou a outros meios de conflito coletivo.

Esta sujeição é para muitos autores altamente perturbadora, tendo suscitado um aceso debate doutrinal. Por um lado, pode dizer-se que em muitos sistemas jurídicos os sindicatos não são sequer os verdadeiros sujeitos do direito à greve, o qual pode ser exercido por trabalhadores não necessariamente organizados como sindicato. Por outro lado, a parificação ou equiparação dos sindicatos, pessoas privadas, ao Estado e aos poderes públicos não pode ser completa sob pena de suscitar alguns paradoxos⁴². Poderá dizer-se que os sindicatos prosseguem o bem comum⁴³? Com efeito, e mesmo que se aceite que não representam apenas os trabalhadores neles filiados⁴⁴, mas os restantes trabalhadores (e até os trabalhadores destacados no caso *Laval*⁴⁵) será que esse interesse é equiparável ao bem comum? Para o TJ, em todo o caso, agem para a

funções regulamentares ou que dispõem de poderes quase-legislativos” (n.º 64), acrescentando que “esta jurisprudência não contém indício algum que permita sustentar validamente que se limita às associações ou aos organismos que exercem funções regulamentares ou que dispõem de poderes quase-legislativos” (n.º 65).

⁴² MICHAEL PIESKALLA, “Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften”, *NZA*, 2007, pp. 1144 e ss., p. 1146, observa que para além das situações em que se pode imputar ao Estado uma conduta privada, porquanto certas entidades privadas aparecem na realidade como instrumentos do Estado e para lá da jurisprudência do caso *Angonese*, o TJ admite também que certos poderes intermédios podem ser diretamente sujeitos ao respeito das liberdades fundamentais. Trata-se de pessoas que sendo embora privadas têm uma certa medida de poder coletivo. Uma associação desportiva, uma ordem profissional estão em condições de limitar o exercício das liberdades fundamentais de modo muito similar ao dos titulares da soberania. Em todo o caso, o autor sublinha que dificilmente entidades privadas (ver, no entanto o caso *Bosman*, 86) podem invocar como causas de justificação a segurança e a ordem pública ou mesmo o bem comum. Tais entidades privadas não são obrigadas em regra à realização do bem comum. Por conseguinte, e porque não podem invocar o bem comum ou a ordem e segurança públicas acabariam, paradoxalmente, por ficar mais vinculadas às liberdades fundamentais que os próprios Estados Membros.

⁴³ Como destaca ABBO JUNKER, ob. cit., p. 282, n.º 90, um ponto nevrálgico nos Acórdãos *Viking* e *Laval* é o de que o TJ emprega ou discute como meios de justificação possível da atuação dos sindicatos os mesmos argumentos que para a atuação do Estado, em particular o bem comum.

⁴⁴ Para JONAS MALMBERG/TORE SIGEMAN, “Industrial Action and EU Economic Freedoms: The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice”, *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, pp. 1115 e ss., p. 1131, os sindicatos têm interesse em regulamentar os níveis dos salários e das condições de trabalho de todas as empresas que operam no mesmo sector ou mercado mesmo quando se trata de trabalhadores que não são filiados nesse sindicato. Ao salvaguardar um certo nível de salários e de condições de trabalho o sindicato acaba indiretamente por proteger os salários, as condições de emprego e até a empregabilidade dos seus próprios filiados, a médio ou longo prazo.

⁴⁵ A este respeito JAIME CABEZA PEREIRO, “Huelga, Conflicto Colectivo y Libertades Comunitarias, in *El Conflicto Colectivo y la Huelga*”, in *Estudios en Homenaje al Profesor Gonzalo Díezguez*, coord. por Jaime Cabeza Pereiro e Jesús Martínez Girón, Ediciones Laborum, Murcia, 2008, pp. 57 e ss., p. 93, não deixa de sublinhar que no caso *Laval* o sindicato sueco não representava qualquer um dos trabalhadores destacados e não representava qualquer medida de solidariedade ou de defesa dos trabalhadores destacados: “é manifestamente claro que o bloqueio não pretendia defender os direitos dos trabalhadores destacados, mas antes impedir a prestação de serviços com custos salariais comparativamente baixos”.

proteção dos trabalhadores, a qual “figura entre as razões imperiosas de interesse geral já reconhecidas pelo Tribunal de Justiça”^{46 47}.

Seja como for, a preservação do mercado comum⁴⁸, primeiro no seu aspeto económico, mas também depois na sua dimensão social, parece conduzir à conclusão de que pessoas de direito privado, mas com um assinalável poder de facto, como ocorre com muitos sindicatos, têm que estar sujeitas na sua atuação ao respeito pelas liberdades económicas fundamentais, sob pena de as atuações xenófobas, nacionalistas ou protecionistas proibidas aos Estados Membros serem, afinal, convenientemente assumidas por alguns sindicatos ou associações de empregadores, com o argumento de que são apenas pessoas de direito privado.

⁴⁶ Acórdão *Viking*, n.º 77. Mas sublinhe-se que o Tribunal também afirmou, a propósito da ação coletiva desencadeada pela associação sindical FSU que “embora se possa razoavelmente considerar que essa ação, que visa a proteção dos postos e das condições de trabalho dos membros deste sindicato suscetíveis de virem a ser afetados pela mudança de pavilhão do *Rosella*, tem, à primeira vista, um objetivo de proteção dos trabalhadores, esta qualificação não pode, no entanto, ser mantida se for demonstrado que os postos ou as condições de trabalho em causa não eram afetados nem seriamente ameaçados” (n.º 81). Para GABRIELE BUCHHOLTZ, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, Zum Harmonisierungspotenzial des Art. 6 nr. 4 ESC in der Anwendung des EGMR und des EuGH*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 386, a exigência feita pelo TJ para a justificação de uma limitação às liberdades fundamentais pelo exercício do direito à greve de um perigo ou uma ameaça significativa dos postos de trabalho ou das condições de trabalho reduz significativamente a margem de apreciação ou de ponderação dos sindicatos. EVA KOCHER, “Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?”, *Arbeit und Recht*, 2008, pp. 13 e ss., p. 16, por seu turno, embora reconhecendo que é certo que os meios de ação coletiva existem para tutela dos interesses dos trabalhadores afirma que a questão fundamental é quem é que define esse interesse, quem é que decide o que é no interesse dos trabalhadores. O TJ admite, a final, que a definição ou determinação desse interesse pelo sindicato pode ou mesmo deve ser sindicada pelos tribunais nacionais, para determinar se a ação coletiva é justificada e proporcionada.

⁴⁷ Importa, contudo, reconhecer que a visão do TJ sobre os interesses dos trabalhadores é muito restritiva já que parece exigir a demonstração de que os postos ou as condições de trabalho são afetados ou seriamente ameaçados. A este propósito JAIME CABEZA PEREIRO, ob. cit., p. 79, refere, certamente, que “do ponto de vista das organizações sindicais é como se esta doutrina pretendesse impor-lhes uma certa miopia estratégica, para limitar o seu papel à defesa das necessidades mais imediatas, mas sem a possibilidade de contemplar o médio e o longo prazo”.

⁴⁸ O TJ tem sido muito criticado por ignorar em grande medida na sua análise as Convenções da OIT a que muitos dos Estados “Membros estão vinculados. Mas é essa verdadeiramente a sua função? A este respeito cfr. PATRICK REMY, *Quel droit social européen? Propos irrévérencieux sur un objet surestimé dans l’enseignement universitaire* », in *Droit du Travail, Emploi, Entreprise, Mélanges en l’Honneur du professeur François Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, pp. 185 e ss., p.211 (“*la Cour de Justice ne se contente-elle pas d’appliquer les Traités lorsqu’elle fait prévaloir les libertés économiques, c’est-à-dire ce qui demeure l’élément constitutif au fondement même de l’identité de l’Union?*”) e CAROL DAUGHERTY RASNIC, “Lowering production costs by hiring non-domestic labor: Finnish Seamen’s Union v. Viking Line and its progeny (and some comparisons with U.S. law)”, in *Le Travail Humain au Carrefour du Droit et de la Sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2014, pp. 607 e ss., p. 618 (“*It should be remembered that the ECJ has the task of construing and applying the body of European Union law only. The tension among the several international laws to which EU member states are also bound is a major factor presenting legal uncertainty (...) the ECJ will continue to be the scapegoat for its non-enforcement of mandates from other conventions or charters, obligations not arising from the EU law it is charged with interpreting and applying*”).

Um outro aspeto muito polémico das decisões consiste na afirmação do TJ de que a greve está sujeita a um juízo de proporcionalidade e, sobretudo, a asserção de que tal proporcionalidade pode e deve ser sindicada pelos tribunais nacionais⁴⁹. Esta noção de proporcionalidade surge, aliás, associada a uma certa ideia de recurso à greve como “último remédio” ou como “última arma”. Também aqui a grande diversidade do regime do direito à greve nos vários Estados Membros contribuiu para reações muito diferenciadas. Se em alguns Estados Membros, como sucede na Alemanha, e sobretudo na Holanda, esta ideia de proporcionalidade na utilização da greve é uma ideia familiar, o mesmo não se pode dizer, sobretudo, nos Estados Membros do Sul da Europa como Portugal, Espanha, Itália ou França. O modelo que mais parece assemelhar-se à solução proposta pelo TJ é o modelo holandês em que os tribunais intervêm, amiúde, para aferir da proporcionalidade de uma greve e da sua licitude. Contudo, esta perspetiva de uma intervenção judicial alargada representa para muitos uma grave violação da liberdade sindical, sobretudo se os tribunais pretenderem avaliar da razoabilidade ou proporcionalidade dos objetivos visados pela greve por comparação com os danos que esta poderá suscitar^{50 51}. A visão tradicional nos países latinos é a de que cabe aos

⁴⁹ Uma análise muito crítica da jurisprudência do TJ nesta matéria pode encontrar-se em VILJA VELVITE, “The Right to Strike...”, *cit.*, pp. 84-85. Para a autora, o TJ afirmou que para que o direito à greve fosse exercido de modo legítimo, a ação coletiva deveria ter ela própria um escopo legítimo, ser justificada por razões preponderantes de interesse público, ser adequada para atingir o objetivo prosseguido e não ultrapassar o necessário para o atingir. O Tribunal aceitou que a proteção dos trabalhadores pode ser uma razão predominante de interesse público, mas só quando os empregos ou as condições de trabalho estão em causa ou são seriamente ameaçadas. Além disso, sublinhou que a ação coletiva era apenas um dos meios para os sindicatos defenderem os interesses dos trabalhadores e que a greve para ser necessária deve ser decretada apenas depois de esgotar outros meios menos restritivos para chegar a acordo com o empregador. Adotou também um conceito de proporcionalidade tanto no sentido mais amplo como em outro mais estrito em que o dano financeiro sofrido pelo empregador por força da greve não deve ser excessivo em relação ao objetivo de proteger as condições de trabalho. Ao proceder assim o Tribunal terá violado a autonomia legal dos sindicatos, autonomia que é um princípio reconhecido internacionalmente. Além disso, reduziu os escopos permitidos à greve a um só, a saber, defender as condições de trabalho quando os empregos estão em jogo. Tais restrições são incompatíveis com padrões internacionais porquanto de acordo com a convenção n.º 87 da OIT o que importa é que se defendam interesses sociais e económicos dos trabalhadores. A autora considera que a exigência de que a greve seja necessária e que a ela só se recorra em último caso iria contra a natureza do direito à greve e comprometeria a eficácia da contratação coletiva. Seria, além do mais, fonte de incerteza legal. Por outro lado, se os sindicatos pudessem ser responsabilizados patrimonialmente pelas greves os empregadores teriam um forte incentivo para ações judiciais o que já foi criticado tanto pela Comissão sobre a liberdade de associação da OIT como pelo ECSR (Comité Europeu dos Direitos Sociais)

⁵⁰ Assim, com toda a clareza, BRUNO VENEZIANI, *ob. cit.*, p. 309: “A necessidade e a proporcionalidade são testes que não podem ser objeto de um juízo, por muito escrupuloso que seja, do exterior porque ambos se reportam à livre determinação dos protagonistas da luta: os únicos capazes de avaliar a economia, por assim dizer, dos recursos conflituais, a sua estratégia (era necessário? era oportuno?) e a sua tática (era proporcionado ao fim?)”. A avaliação judicial da proporcionalidade é, assim, uma “avaliação heterodoxa do complexo fenómeno sindical, da oportunidade, dos escopos, dos tempos e das modalidades do conflito, da adequação das reivindicações e da sua compatibilidade face ao funcionamento da empresa em um dado contexto e em um dado momento”. Trata-se de uma interferência judicial invasiva e que não está de acordo com a tradição cultural e histórica de países como a Itália e, já agora, também de Portugal desde a instauração da democracia em 1974.

⁵¹ TONIA NOVITZ, “The Impact of Viking and Laval...”, *cit.*, p. 271, observa, a este respeito, que um dos riscos inerentes às decisões do TJ é o de esta visão restritiva do direito de greve acabar por influenciar

sindicatos quando não definir, pelo menos representar e identificar os interesses coletivos a prosseguir através da greve e de outros meios de ação coletiva. E tal é particularmente exato quando se adere à visão da greve como uma arma que não deixa de ser política e cujos objetivos transcendem em muito a negociação coletiva representando antes um instrumento de maior participação na vida política dos trabalhadores subordinados.

A análise do TJ nos seus Acórdãos *Viking* e *Laval* foi de algum modo reiterada no caso C-271/08, de 15 de Julho de 2010, Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha⁵². Ainda que o caso se refira não ao direito à greve ou à ação coletiva, mas ao direito de contratação coletiva é significativo que o TJ tenha, mais uma vez, invocado o artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia para sujeitar a negociação coletiva aos princípios e regras do Direito da União⁵³. Afirma-se, com efeito, que “embora, na verdade, o direito de negociação coletiva goze, na Alemanha, da proteção constitucional (...) também é verdade que, nos termos do artigo 28.º da Carta, esse direito deve ser exercido em conformidade com o direito da União”. O Tribunal decidiu que as convenções coletivas que adjudicavam a certas empresas e organismos, sem concurso público ao nível europeu, os contratos relativos a planos de pensões profissionais não escapavam à aplicação das Diretivas 92/50/CEE e 2004/18/CE por não se comprometer assim o âmago essencial do direito à negociação coletiva⁵⁴.

No rasto do intenso debate doutrinal que estas e outras decisões do TJ suscitaram, a Comissão Europeia tentou mesmo criar um regulamento⁵⁵ que definisse as condições

as decisões dos tribunais nacionais. Para esta autora, “o TJ deveria, talvez, prestar mais atenção às conclusões do Comité Europeu dos Direitos Sociais (por exemplo, quanto à aplicação do princípio do *ultimum remedium*) e, também, atender [responder] aos desenvolvimentos da jurisprudência do THDE em matéria de direito à greve e de liberdade de associação”.

⁵² Sobre este Acórdão cfr., por todos, PHIL SYRPIS, “Reconciling Economic Freedoms and Social Rights: The Potential of Commission v Germany (Case C-271/08, Judgement of 15 July 2010)”, *Industrial Law Journal*, 2011, vol. 40, pp. 222 e ss.

⁵³ MÉLANIE SCHMITT, “L’influence des conventions de l’OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective”, *Revue de Droit du Travail*, 2013, pp. 513 e ss., p. 519, comparando esta decisão com a do caso Albany, observa que “há um paradoxo em reconhecer o direito fundamental à negociação coletiva e adotar da mesma uma conceção mais restritiva do que aquela que resultava de uma decisão que rejeitou a existência de um direito fundamental de negociação coletiva”.

⁵⁴ Distinguindo o caso do Acórdão Albany, o TJ afirmou, com efeito, que “diferentemente do objetivo, acordado entre os parceiros sociais, de melhorar o nível das pensões dos trabalhadores da função pública municipal, a designação dos organismos e das empresas numa convenção coletiva como a que está em causa no processo principal não afeta a essência do direito de negociação coletiva”. E quanto à objeção de que tal designação direta, por via da convenção coletiva, permitiria um melhor controlo ou participação dos trabalhadores naquelas entidades, uma aplicação de princípios de solidariedade e uma melhor verificação das condições de idoneidade e solvabilidade de tais entidades o Tribunal retorquiu afirmando que nada disso é verdadeiramente incompatível ou inconciliável com o processo de adjudicação que resultaria da aplicação das Diretivas.”

⁵⁵ Sobre esta proposta cfr., por todos, NIKLAS BRUUN/ ANDREAS BÜCKER, Der Monti II Verordnungsvorschlag der EU Kommission. Eine kritische Würdigung”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2012, pp. 1136 e ss., p. 1140, que destacam que o princípio da proporcionalidade não vinha referido no articulado da proposta, mas constava das considerações preliminares 11 e 13, dizendo-se na

para o exercício do direito à greve em termos europeus, tentativa essa que no entanto fracassou quer por razões políticas e culturais – a diversidade dos modelos legais de greve nos vários Estados Membros tem causas muito profundas do ponto de vista histórico e social e traduz até diferentes compreensões dos sistemas de relações coletivas e da própria democracia – além de ser dificilmente compreensível numa matéria que, em rigor, continua no essencial a estar subtraída à competência da União Europeia.

3. O DIREITO À GREVE NA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH – UM CONFLITO POTENCIAL COM O TRIBUNAL DE JUSTIÇA?

Como já mencionámos os Acórdãos *Viking* e *Laval* foram proferidos pelo TJ em um momento histórico em que a posição assumida pelo TEDH era, no mínimo, ambígua⁵⁶.

Com efeito, durante décadas o TEDH reusou-se a interpretar o artigo 11.º da Declaração Europeia dos Direitos do Homem como consagrando o direito à contratação coletiva e, muito menos, o direito à greve.

Como destaca M.^a CARMEN SALCEDO BELTRÁN⁵⁷, na sua jurisprudência anterior o TEDH – veja-se, por todos, o Acórdão de 6 de fevereiro de 1976, processo n.º 5589/1972, *Schmidt e Dahlström v. Suécia* – afirmara que o artigo 11 da Convenção apresentava a liberdade sindical como uma modalidade especial da liberdade de associação e que a Convenção protegia a liberdade de defender os interesses profissionais dos filiados de um sindicato através do recurso à ação coletiva, mas o artigo 11 deixava aos Estados a eleição dos meios para atingir esse fim e a concessão do direito à greve era um dos mais importantes, mas havia outros meios para atingir esse desiderato. Assim, a greve era um direito não expressamente garantido pelo artigo 11, direito que poderia ser submetido pela lei nacional a uma regulamentação que limitasse o seu exercício em certas circunstâncias. Em suma, do artigo 11 não resultavam direitos concretos como os de consulta, negociação coletiva ou de greve, na medida em que esse preceito impunha ao Estado que proporcionasse meios ou instrumentos de atuação concretos da liberdade sindical, mas não este ou aquele em particular. Para a autora, esta interpretação do preceito permitia ao Tribunal rejeitar qualquer pedido em concreto esvaziando o preceito, já que “sempre haveria a possibilidade de exercer outro meio [de atuação] em vez daquele que se pretende ou que foi violado”.

consideração 13 que deveria valer tanto para o exercício do direito fundamental como para o exercício de uma liberdade.

⁵⁶ Assim a classificava expressamente em 2007 MURIEL MERINO, “Le Renforcement de la Protection de la Liberté Syndicale par la Cour Européenne des Droits de L’Homme en Question”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2007, pp. 463 e ss., pp. 480-481 : “Sur la question de la protection du droit de négociation collective et du droit de grève, la position du juge européen est assez ambiguë”.

⁵⁷ M.^a CARMEN SALCEDO BELTRÁN, *Negociación Coletiva, Conflicto Laboral y Carta Social Europea*, Editorial Bomarzo, Madrid, pp. 84 e ss.

Podia dizer-se, como afirmou um autor, que o artigo 11 era, em resultado, um preceito moribundo⁵⁸ pelo menos no domínio das relações coletivas. Invocando, no entanto, a necessidade de proceder a uma interpretação evolutiva⁵⁹, de modo a não deixar estagnado o artigo 11, interpretação essa que tivesse em conta a evolução ao nível dos Tratados internacionais e as próprias tradições comuns aos Estados que pertencem ao Conselho Europeu, o TEDH rompeu expressamente com a sua anterior jurisprudência⁶⁰ e reconheceu abertamente como direitos fundamentais tanto o direito à contratação coletiva, em um primeiro momento, como, posteriormente, o direito à greve, enquanto corolário essencial do direito de associação sindical. Esta jurisprudência recente do TEDH⁶¹ – mormente os seus Acórdãos *Demir*⁶² ⁶³ e *Enerji* – colocou este Tribunal no

⁵⁸ Assim, por exemplo, CHARLES BARROW, “Demir and Baykara v. Turkey: Insuflating life into article 11”, *European Human Rights Law Review*, 2010, n.º 4, pp. 419 e ss., p.422.

⁵⁹ Esta interpretação evolutiva é tudo menos consensual. Uma parte da doutrina revela-se extremamente crítica quanto a esta nova interpretação do artigo 11. Refira-se, a título de exemplo, o estudo de JEAN-FRANÇOIS RENUCCI/ CORNELIU BIRSAN, “La Cour européenne des droits de l’homme et la Charte sociale européenne: les liaisons dangereuses”, *Recueil Dalloz*, 2007, n.º 6, pp. 410 e ss. Para estes autores, se o artigo 11 da CEDH garante a liberdade de associação e de reunião – e, por conseguinte, a liberdade sindical – não garantiria, em rigor, o direito de concluir uma convenção coletiva. Ao abrigo de uma pretensa interpretação o Tribunal estaria a reescrever a Convenção criando novas obrigações para os Estados outorgantes. Sublinham que a Turquia expressamente ressalvou o artigo 6 da Carta Social Europeia, mas o Tribunal leu mesmo assim o artigo 11 da CEDH à luz do artigo 6 da Carta. “Esta maneira de proceder é muito contestável na medida em que a jurisprudência europeia força um Estado a respeitar um compromisso que não assumiu”. Igualmente crítico é ABBO JUNKER, ob. cit., p.272, para quem a decisão do Tribunal no caso Demir foi fundamentada de modo muito duvidoso e insuficiente. Refere, a propósito, que o Tribunal invoca fontes internacionais que não estão em vigor em todos os Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Na doutrina alemã, também SEIFERT, *EuZA*, 2013, vol. 6, considera igualmente que a fundamentação da decisão é metodologicamente débil (“steht auf methodisch äusserst wackeligen Füßen”).

⁶⁰ CHARLES BARROW, ob. cit., p. 420, destaca, precisamente, este aspecto e referindo-se aos casos *Demir and Baykara v. Turkey* e *Enerji Yap-Yol Sen v. Turkey*, afirma que o significado destas decisões não está apenas no seu conteúdo, mas na capacidade de que o Tribunal deu mostras de interpretar a Convenção como um instrumento vivo e de alterar a sua jurisprudência anterior em função das novas realidades sociais e da evolução de outros elementos do direito internacional (“the willingness of the Strasbourg Court to re-assess previous authority on the content and application of art. 11 by reference to the Convention as a “living instrument” that needs to change as circumstances evolve and for the stress they place on their obligation to interpret the Convention in the light of other relevant international instruments”).

⁶¹ M.^a CARMEN SALCEDO BELTRÁN, ob. cit., p. 93, sustenta que houve uma progressiva ampliação do conteúdo do artigo 11 já com os Acórdãos Gustafsson contra Suécia de 25 de Abril de 1996 (n.º15573/1989) e o de 2 de Julho de 2002 (n.º30668/1996) por se ter “ultrapassado a consideração de que todos os direitos incluídos na liberdade sindical eram equivalentes e passado a dar prioridade ao direito à negociação coletiva”, com a consequência de que “o Estado tem que adotar medidas específicas e concretas para garantir tal direito”.

⁶² JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD/JEAN MOULY, “L’avènement d’une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, “Demir et Baykara c/Turquie”)”, *Recueil Dalloz*, 2009, pp.739 e ss., p. 739, afirmam que “os livros de história do direito dirão porventura um dia que o caso Demir e Baykara contra Turquia marcou emblematicamente o TEDH”. K.D. EWING/JOHN HENDY OC, “The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*”, *Industrial Law Journal*, 2010, vol. 39, n.º 1, pp. 2 e ss., p. 4, por seu turno, falam de uma inflexão dramática (“dramatic turn of events”).

⁶³ Para PATRICK FÜTTERER, “Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtssprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit gemäss Art.11 EMRK (Demir und Baykara und andere)”, *EuZA*, 2011, pp. 505 e ss., p.511, o caso Demir e Baykara representa uma mudança de

que alguns autores consideraram ser uma rota de colisão, um choque quase cultural⁶⁴, com o TJ. Não faltou, inclusive, quem previsse um conflito⁶⁵ e mesmo uma espécie de “duelo”⁶⁶. Vozes mais moderadas e, porventura, mais razoáveis, sublinharam, é certo, que a oposição não era tão evidente: por um lado, porque o TEDH não lida normalmente com conflitos de direitos e liberdades entre privados, mas sim e sobretudo com acuações dos Estados ou outros poderes públicos suscetíveis de ameaçar os direitos e as liberdades dos cidadãos⁶⁷. Depois, porque o TJ tem uma função de defesa de uma ordem supranacional e dos valores e princípios que estruturam o projeto europeu, também do ponto de vista económico. Mas, e sobretudo, porque a mais recente jurisprudência do TEDH terá contribuído para reduzir as expectativas de quem o concebia já como o paladino de um direito à greve muito extenso e incompatível com restrições colocadas por liberdades económicas.

Referimo-nos, sobretudo, ao Acórdão do TEDH de 08/04/2014 (Final: 08/09/2014), *Case of the National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*.

O caso teve origem em uma queixa apresentada por um sindicato inglês com mais de 80 mil filiados no sector dos transportes. O sindicato invocava que a regulamentação restritiva excessiva em matéria de greve diminuía a sua capacidade de proteger os interesses dos seus filiados, violando a sua liberdade de associação. A queixa do sindicato dizia respeito a dois aspetos da lei inglesa em matéria de greves: em primeiro lugar, a exigência de uma votação pelos filiados em favor da greve para que a mesma pudesse ser lícita e, em segundo lugar, a proibição pela lei inglesa de greves de solidariedade ou de simpatia (*secondary strike action*). Quanto ao primeiro aspeto da queixa dizia respeito a uma situação em que o sindicato, em conformidade com a lei inglesa, notificou o empregador para que a votação fosse realizada e descreveu as categorias dos trabalhadores que iriam votar como engenheiros/técnicos, informando o número dos seus filiados que iriam votar. O empregador retorquiu no dia seguinte, advertindo que não reconhecia a categoria engenheiros/técnicos e exigindo uma informação mais detalhada quanto aos tipos de trabalhadores envolvidos na votação. Como não houve entendimento entre o sindicato e o empregador, o empregador

paradigma, uma mudança fundamental na compreensão pelo Tribunal da liberdade sindical (“*grundlegender Wandel im Verständnis der Koalitionsfreiheit*”).

⁶⁴ JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD/JEAN MOULY, “La jurisprudence sociale de la Cour EDH...”, cit., p. 891, fala de “uma oposição quase-cultural” entre os acórdãos do TEDH e os acórdãos *Viking* e *Laval* do TJ.

⁶⁵ K. D. EWING/JOHN HENDY OC, ob. cit., p 41: “*there is a conflict between the two courts at the apex of the European political system*”.

⁶⁶ K. D. EWING/JOHN HENDY OC, ob. cit., p.4: “*It is also clear that the ECtHR is pulling in different directions from its Luxembourg counterpart, with the mouth-watering possibility of a high noon conflict between the two*”.

⁶⁷ Mesmo JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD/JEAN MOULY, “La jurisprudence sociale de la Cour EDH...”, cit., acabam por reconhecer, em nota (p.892, n.62) que a tarefa do TEDH era mais simples que a tarefa do TJ, já que o TEDH só tinha que se pronunciar sobre a possível violação da Convenção por um Estado outorgante enquanto o TJ tinha que resolver uma questão de conflito ou colisão de direitos.

recorreu aos tribunais e obteve uma providência cautelar de suspensão da greve, tendo o tribunal inglês considerado que as exigências legais não restringiam excessivamente o direito à greve. O sindicato reuniu informações sobre as qualificações exatas dos trabalhadores e renovou a notificação ao empregador, tendo-se depois efetuado a votação a favor da greve. No entanto, antes que a mesma ocorresse, o empregador fez uma nova proposta de convenção coletiva que foi aceite pelo sindicato.

A segunda parte da queixa do sindicato respeitava a outra situação: uma sociedade, pertencente a um grupo, estava encarregada da manutenção do caminho-de-ferro, enquanto outra sociedade do mesmo grupo era responsável pela construção da referida via-férrea. As duas sociedades empregavam conjuntamente cerca de 1200 trabalhadores, dos quais 569 eram membros do sindicato que apresentou a queixa, o *RMT*. Uma destas sociedades transmitiu parte do estabelecimento para outra sociedade, transmissão de unidade económica que afetou cerca de 20 trabalhadores. Por força das regras inglesas que transpõem a Diretiva sobre transmissão de unidade económica, a *TUPE*, as condições contratuais destes trabalhadores foram mantidas pelo transmissário. No entanto, os trabalhadores estavam apreensivos porque os salários praticados no transmissário eram globalmente inferiores e a força dos sindicatos muito menor. Três anos após a transmissão, o transmissário informou os trabalhadores que tinham acompanhado a unidade económica transmitida que iria reduzir os seus salários para os uniformizar com os salários dos restantes trabalhadores do transmissário. Tratava-se de uma redução de cerca de 36% a 40%. O sindicato organizou a votação dos trabalhadores filiados que ainda trabalhavam no transmissário – cerca de 17 – tendo procedido a uma greve com a organização de piquetes em vários dos locais onde normalmente trabalhavam. Esta atividade de piquete levou a que o empregador advertisse o sindicato de que poderia vir a pedir uma indemnização pelos danos sofridos porque de acordo com a lei inglesa a atividade de piquete só pode ocorrer nas instalações do empregador ou próximo destas. Uma segunda greve chegou a ser anunciada e votada favoravelmente por nove dos trabalhadores, mas a posição destes era extremamente débil porque o pequeno número de trabalhadores envolvidos tornava a greve praticamente ineficaz. O sindicato pretendia decretar uma greve de solidariedade nas empresas onde estes trabalhadores trabalhavam inicialmente ou que pertenciam ao grupo de onde tinham saído, mas não o podia fazer por força da lei inglesa.

O TEDH procedeu a uma análise dos vários tratados e documentos internacionais que reconhecem o direito à greve, bem como uma análise, ainda que perfunctória, de direito comparado. Sublinhou (n.º 27) que as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) não reconhecem expressamente o direito à greve, mas que tanto o comité sobre liberdade de associação como o comité de peritos sobre a aplicação da convenção e recomendações têm desenvolvido progressivamente princípios em matéria de greve baseados nos artigos 3 e 10 da convenção n.º 87 da OIT de 1948. O comité de peritos observou que a proibição geral de greves de solidariedade poderia conduzir a abusos, particularmente no contexto da globalização caracterizado por uma crescente

interdependência e internalização da produção e que os trabalhadores deveriam poder decretar tais greves, desde que a greve inicial, com a qual pretendem ser solidários, seja ela própria lícita (n.º 30). O comité sustentou, também, que a proibição de uma greve não ligada com uma disputa coletiva com o empregador contraria os princípios da liberdade de associação. O comité de peritos criticou reiteradamente a posição da lei inglesa de proibir greves de simpatia. Criticou também a possibilidade de exigir indemnizações aos sindicatos ou de serem objeto de injunções ou providências cautelares. Afirmou mesmo, já em 1989, que era importante que os sindicatos e os trabalhadores tivessem alguma forma de proteção contra a responsabilidade civil nas hipóteses de greve, preocupação que reiterou em 1995 e em 2012.

O Tribunal sublinhou que o direito à greve se encontra protegido pelo artigo 6.º, parágrafo 4.º, da Carta Social Europeia, o qual reconhece como meio para assegurar o exercício efetivo do direito à negociação coletiva, “o direito dos trabalhadores e dos empregadores à ação coletiva nos casos de conflitos de interesses”, incluindo o direito à greve, sujeito às obrigações que possam derivar das convenções coletivas previamente celebradas. O comité europeu sobre direitos sociais já avaliou no passado as regras inglesas sobre a votação dos trabalhadores como condição de licitude da greve tendo-as considerado incompatíveis com o artigo 6.º parágrafo 4.º porque excessivas (isto em 2010). Considerou igualmente excessiva a proibição de greves de solidariedade afirmando que a lei inglesa não estava em conformidade com o mencionado artigo 6.º, parágrafo 4.º da Carta. A lei inglesa não permitia, por exemplo, a ação coletiva contra um empregador de facto.

O TEDH sublinhou também que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reconhece a liberdade de reunião e de associação no artigo 12.º, com uma menção especial à liberdade sindical e referindo-se expressamente ao direito de todos de formar e aderir a sindicatos para a proteção dos seus interesses. Por seu turno, o artigo 28.º afirma que “trabalhadores e empregadores ou as suas respetivas organizações têm, em conformidade com o direito da União e com as práticas e as leis nacionais, o direito de negociar e concluir convenções coletivas aos vários níveis e, nos casos de conflitos de interesse, o direito de adoptar ações coletivas para defender os seus interesses, designadamente a greve”. Relativamente aos elementos de direito comparado (números 38 a 41) o tribunal sublinhou que as greves de solidariedade são permitidas, ainda que com restrições ou condições, na grande maioria dos Estados Membros da União Europeia. Os Estados que não permitem greves de solidariedade são apenas, além do Reino Unido, a Áustria, o Luxemburgo e a Holanda.

Relativamente à primeira queixa, o Tribunal acabou, no entanto, por não a atender em razão, curiosamente, do sucesso da atividade do sindicato. Com efeito, este acabou por conseguir fazer a votação e decretar uma greve que só não foi avante porque o empregador fez uma proposta de convenção coletiva que acabou por ser aceite. O tribunal afirma que só pode examinar as queixas face aos factos concretos e que a

situação na realidade é a de uma ação coletiva com sucesso (n.º 45). Esta queixa foi considerada manifestamente mal fundada e rejeitada porque inadmissível.

O Tribunal analisou portanto apenas a segunda queixa, a proibição de greves de solidariedade. O Tribunal reconheceu que as greves solidárias e outras formas de ação coletiva contra um empregador para promover os interesses dos filiados junto de outro empregador eram parte da atividade do sindicato coberta pelo artigo 11.º da Convenção (n.º 77), tendo também afirmado que o artigo 11.º da Convenção deveria ser interpretado de acordo com o seu sentido usual, no seu contexto e atendendo à sua teleologia como resulta do artigo 31.º, parágrafo 1.º, da convenção de Viena. Recordou também uma passagem do seu Acórdão *Demir and Baykara* (parágrafo 85) segundo a qual o tribunal ao interpretar o texto da convenção pode e deve ter em conta outros elementos de direito internacional, bem como a interpretação de tais elementos pelos órgãos competentes e a prática dos estados europeus que reflete os seus valores comuns. Afirmou, ainda, que a proibição legal de greves de solidariedade é uma interferência com o direito à greve que para ser legítima deverá estar prevista na lei, prosseguir um escopo legítimo e ser necessária em uma sociedade democrática para a prossecução desses fins. No caso *Unisom* o tribunal tinha aceiteado uma restrição da greve fundada nos direitos dos outros, incluindo o empregador. O queixoso invocava contudo que os interesses económicos do empregador não deviam ter precedência sobre os direitos humanos dos trabalhadores. Tal era também a perspectiva do Comité Europeu dos Direitos Sociais que não aceita qualquer princípio de proporcionalidade entre a greve e as consequências desta sobre os interesses do empregador. O queixoso recordou também a posição do TEDH no caso *Gustafsson v. Sweden*, 15/04/1996.

O Tribunal, contudo, sustentou que se deveria distinguir a greve primária e a greve secundária com o argumento de que as greves de solidariedade podem ter ramificações muito mais amplas do que as greves primárias, com maiores consequências para direitos de terceiros, graves perturbações da economia e dos serviços prestados ao público. Em suma, a lei ao proibir a greve solidária prossegue um escopo legítimo de proteção dos direitos e liberdades de outros e não apenas dos interesses económicos do empregador (n.º 82). O queixoso tinha invocado particularmente o caso *Enerji* de 21/04/2009 em cujo parágrafo 24 se lê que o direito à greve é o corolário indispensável do direito de organização sindical. No entanto, o Tribunal defendeu que o que esse e outros casos demonstram é que o direito à greve é claramente protegido pelo artigo 11.º, mas não haveria necessidade neste caso de lhe conceder o estatuto de um elemento essencial de garantia do artigo 11.º (n.º 84). O facto de que o processo de negociação coletiva e de ação coletiva não teve sucesso não significa que o exercício destes direitos seja ilusório, do mesmo modo que o direito á negociação coletiva não implica o direito a um resultado.

O Tribunal distinguiu também este caso dos anteriores: nos casos anteriores havia restrições ao direito primário de greve relativamente a trabalhadores do sector público, enquanto aqui estão em jogo greves de solidariedade. Dever-se-ia reconhecer uma

margem de apreciação mais ampla às autoridades nacionais para regular estes aspetos secundários da atividade do sindicato (n.º 88). Como se afirma no n.º 87 do Acórdão, se a restrição legislativa atinge o próprio âmago da atividade do sindicato deve conceder-se ao legislador nacional uma margem menor de apreciação e exigir-se mais para justificar a proporcionalidade da interferência no interesse geral no exercício da liberdade sindical. Em contrapartida, se o que está em jogo não é o âmago, mas um aspeto secundário ou acessório da atividade do sindicato, a margem é mais ampla e será mais verosímil que a interferência seja proporcionada. O Tribunal reconheceu que há países que adotam uma atitude muito mais permissiva em relação às greves de solidariedade (é o caso da Grécia, da Finlândia, da Noruega e da Suécia), mas afirmou também que há diferenças profundas e estruturais entre os vários Estados europeus no domínio das relações industriais e sublinhou que o governo inglês considerou que a proibição de greves de solidariedade era a melhor solução para a economia inglesa. “As autoridades nacionais e em particular os parlamentos democraticamente eleitos estão em princípio melhor colocados que os juízes internacionais para apreciar o que é no interesse público por razões económicas ou sociais e quais são as medidas legislativas mais adequadas para as condições do seu país em ordem a implementar a política social, económica ou industrial adotada” (n.º 89).

O Acórdão não deixa de reconhecer, na esteira aliás da argumentação do governo do Reino Unido, que o próprio comité de peritos reconheceu recentemente os limites do seu papel tendo sublinhado em 2013, no seu relatório prestado na sessão 102 da OIT que as suas opiniões e recomendações não são vinculantes dentro da OIT nem tampouco fora da OIT, a não ser que um instrumento internacional expressamente o afirme, ou que um tribunal supremo de um país assim o entenda⁶⁸.

O Tribunal volta a distinguir a situação dos casos anteriores (n.º 98) e acaba por considerar que as posições negativas adotadas pelos órgãos de supervisão da OIT e da Carta Social europeia não são suficientemente persuasivas para determinar que a proibição de greves de solidariedade no presente caso fiquem fora das opções permitidas às autoridades nacionais de acordo com o artigo 11.º da Convenção. Destaca, de resto, expressamente que a proibição de greves de solidariedade permaneceu intacta por mais de duas décadas, apesar das mudanças de governo o que denota um consenso democrático em apoio desta proibição. E o Tribunal remata afirmando (n.º 106) que a sua jurisdição está limitada à Convenção, não tendo competência para verificar o respeito pelos Estados dos padrões da OIT ou da Carta Social Europeia e que a sua conclusão não deveria ser encarada como pondo em causa as análises efetuadas com base em outros escopos e padrões tanto pelo comité de peritos da OIT como pelo comité europeu dos direitos sociais (n.º 106).

Não existe em este Acórdão qualquer voto de vencido, tendo a decisão sido tomada por unanimidade. Contém, contudo, declarações de concordância de juízes que chegam à

⁶⁸ Tratar-se-ia, pois, de *soft law*, ainda que o Tribunal não pareça aderir inteiramente a este entendimento (veja-se o n.º 97 do Acórdão).

mesma conclusão com uma argumentação diversa, em um caso um pouco diversa e em outro porventura muito diferente. Três dos juízes, Ziemele, Hirvelä e Bianku, embora concordando com a argumentação do Tribunal, sublinham a dificuldade na interpretação da convenção europeia dos direitos do homem. Consideram que o Tribunal deve concluir que as greves secundárias são abrangidas pelo artigo 11, mas que o Tribunal deveria ser cauteloso ao proferir um julgamento que exigisse uma modificação de princípios importantes de política social e económica com graves implicações para a economia de um país. Discordam, no entanto, do argumento de que se deve, em princípio, respeitar as medidas gerais adotadas por um parlamento. Diferente é a posição do Juiz Wojtyczek para quem o artigo 11 não é aplicável nesta situação não havendo, por conseguinte, qualquer violação do mesmo⁶⁹.

Esta decisão do TEDH terá sido muito decepcionante para aqueles autores que tinham louvado, anteriormente, o modo como este Tribunal citava as Convenções da OIT e sobretudo acolhia as conclusões do comité de peritos⁷⁰ – ao contrário do TJ – autores que, como já referimos, previam um conflito potencial entre o TJ e o TEDH. Na realidade, esta decisão mostra como a nova interpretação do artigo 11 da Convenção pelo TEDH logra o reconhecimento de um direito á greve, mas ainda assim de um direito muito limitado⁷¹.

4. BREVE REFERÊNCIA À CARTA SOCIAL EUROPEIA

⁶⁹ Este magistrado cita o artigo 51 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, recordando que a mesma não amplia o campo de aplicação do direito da união para lá dos poderes da União. E relativamente à Carta Social Europeia sublinha que dez Estados outorgantes escolheram não ficar vinculados pelo artigo 6, parágrafo 4.º

⁷⁰ Para MÉLANIE SCHMITT, ob. cit., p.514, “enquanto os juízes de Estrasburgo incorporam as convenções da OIT na sua interpretação do artigo 11 da Convenção, o Tribunal do Luxemburgo não se lhes refere quando aplica o artigo 28 da Carta dos direitos fundamentais”. A autora acrescenta que o Acórdão Demir e Baykara teria culminado a evolução ao consagrar o carácter sistemático da referência às convenções da OIT tal como elas são interpretadas pelos comités da OIT, ao passo que o TJ se recusou sempre a referir-se à Convenção n.º 98 (ob. cit., p. 516). Cfr., também, K.D. EWING/JOHN HENDY OC, “The Dramatic Implications...”, cit., p. 7: “One of the most notable aspects of the decision is the importance attached to both ILO and Council of Europe standards in determining the content of the right to trade union membership guaranteed by Article 11”.

⁷¹ Na jurisprudência posterior do Tribunal, reconhecendo o direito à greve, cfr. *Case of Veniamin Tymoshenko and Others v. Ukraine* (n.º 48408/12), de 2 de Outubro de 2014 e *Case of Hrvatski Liječnicki Sindikat v. Croatia* de 27 de Novembro de 2014. Neste último Acórdão o Juíz PINTO DE ALBUQUERQUE na sua “Concurring Opinion” não deixa de manifestar alguma insatisfação ou inquietação com a decisão do Tribunal em *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers*: “I find problematic the distance taken in *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers* (...) §§ 86-88, with regard to § 119 of *Demir and Baykara*, in which the Court restricted the margin of appreciation in this domain. This is so for two reasons: first, the somewhat lax, non-purposive interpretative approach of *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers* may engender great legal uncertainty, and second, blanket and absolute prohibitions of strike action may tilt the balance unacceptably towards the benefit of employers and put in jeopardy the inalienable substance of the Article 11 right”. Sobre a jurisprudência mais recente do TEDH em matéria de direito à greve cfr., pot todos, KLAUS LÖRCHER, “Neue Entwicklungen im Streikrecht durch die EGMR-Urteile Tymoshenko und HLS”, *Arbeit und Arbeitsrecht*, 2015, pp. 126 e ss.

Ao longo deste pequeno estudo, tanto a propósito da jurisprudência do TJ, como da jurisprudência do TEDH, encontramos referências a dois preceitos que merecem uma referência mais específica, ainda que necessariamente breve. Referimo-nos ao artigo 6.º da Carta Social Europeia, por um lado, e já no plano da União Europeia, ao artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Tem-se assistido recentemente a um interesse renovado na Carta Social Europeia e nos trabalhos do Comité, em parte como reação ao que se considera ser uma visão muito restrita dos direitos de ação coletiva, mormente do direito à greve, por parte do TJ⁷². Enquanto durante muito tempo a Carta Social Europeia era considerada por muitos uma espécie de “bela adormecida”⁷³ ou mesmo “um tigre sem dentes”⁷⁴, parte da doutrina tem afirmado a natureza vinculante da Carta. Tem, por isso, assumido uma importância crescente o disposto no n.º 4 do artigo 6.º da Carta na medida em que consagra “o direito dos trabalhadores e dos empregadores a ações coletivas no caso de conflitos de interesses, incluindo o direito de greve, sob reserva das obrigações decorrentes das convenções coletivas em vigor”.

⁷² Cfr. KONSTANTINA CHATZILAOU, “La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval”, *Revue de Droit du Travail*, 2014, pp. 160 e ss. A autora refere-se ao caso LO e TCO c. Suécia apreciado pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais. Este comité excluiu qualquer presunção de conformidade do direito da União Europeia com a carta social europeia (pág. 161). Pág. 162: afirmou mesmo que o direito da carta e a legislação da União Europeia são dois sistemas jurídicos diferentes e que “os princípios, regras e obrigações que formam a segunda não coincidem necessariamente com o sistema de valores, princípios e direitos consagrados pela primeira”. O comité rejeitou qualquer superioridade hierárquica das liberdades económicas sobre os direitos essenciais dos trabalhadores. Reconheceu, no entanto, que o direito à greve não é absoluto e que tem limites resultantes dos direitos e liberdades de outrem, designadamente dos direitos dos outros trabalhadores da empresa e do próprio direito do empregador de exercer uma atividade lucrativa. Não pode, pois, afastar-se que uma greve seja abusiva. No entanto, o direito à ação coletiva não pode ser objeto de restrições que o atinjam na sua essência. As reivindicações dos trabalhadores não podem ser reduzidas à defesa de condições mínimas já que visam também melhorar a sorte dos trabalhadores. Segundo o Comité, o artigo 6.º, parágrafo 4.º da carta social europeia não permite ao juiz nem ao legislador ou à administração controlar o conteúdo das reivindicações profissionais ou limitar estas a condições mínimas de trabalho, mas a autora reconhece que nenhuma disposição do direito primário da União permite afirmar a obrigação do TJ de se conformar com as decisões do comité europeu dos direitos sociais (ob. cit., p.164).

⁷³ M. DE BOER-BUQUICCHIO *cit apud* STEFAN CLAUWAERT, « Le droit à l’action collective (y compris le droit de grève) du point de vue de la Charte sociale européenne du Conseil de l’Europe », *Revue de Droit du Travail*, 2016, pp. 438 e ss., p. 438. STEFAN CLAUWAERT acrescenta que a Carta permaneceu por muito tempo na sombra da sua irmã (“sa grande soeur”), mais conhecida, a CEDH e cita igualmente OTTO KAHN-FREUND que a designou de “grande nota de rodapé” da CEDH,

⁷⁴ ANGELIKA NUSSBERGER, “Auswirkungen der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht”, *Recht der Arbeit*, 2012, pp. 270 e ss., p.271: Apesar de todo o esforço do Committee for Social Rights e em razão de as suas posições não serem vinculantes, a Carta Social Europeia permaneceu um “tigre sem dentes”. ROLAND CZYCHOLL/TINO FRIELING, “Auswirkungen der Europäischen Sozialcharta auf das Arbeitskämpfrecht – Das Streikrecht aus Art. 6 Abs. 4 ESC als vorrangige gesetzgeberische Entscheidung”, *ZESAR*, 2011, pp. 322 e ss., p. 322, reconhecem expressamente (embora critiquem) que o facto de o direito à greve ser expressamente referido no artigo 6, n.º 4, da Carta Social Europeia, tem sido praticamente irrelevante no direito alemão, apesar de a lei fundamental alemã não se referir expressamente ao direito à greve. Recorde-se, no entanto, que o BAG decidiu, em Acórdão de 19.6.2007 aceitar a licitude de greves de simpatia, invocando expressamente o artigo 6 n.º 4 da Carta Social Europeia.

Antes de mais, importa reconhecer que a Carta Social Europeia representou um marco histórico importante ao consagrar expressamente um direito à ação coletiva e, designadamente, o direito à greve dos trabalhadores⁷⁵. Parece-nos, com efeito, que o preceito, ao contrário de outras disposições da Carta que acolhem obrigações para as partes outorgantes, consagra inequivocamente um direito, atribuindo esse direito, aliás, aos trabalhadores e não propriamente aos sindicatos⁷⁶.

Sublinhe-se, de resto, que o preceito não consagra, apenas, o direito à ação coletiva dos trabalhadores⁷⁷, mas também o direito à ação coletiva por parte dos empregadores, no qual cabe, evidentemente, o lock-out⁷⁸. Razão pela qual, de resto, Portugal introduziu uma reserva na ratificação da Convenção, porquanto a nossa Constituição, como é sabido, proíbe o lock-out.

Mas importa reconhecer que os contornos do direito à greve tal como este parece consagrado no artigo 6.º da Carta são, em muitos aspetos, bem distintos do direito à greve reconhecido no nosso ordenamento.

Em primeiro lugar, e como já referimos, porque a Carta consagra um direito dos trabalhadores e não dos sindicatos. Ora, em Portugal a lei ordinária dificulta sobremaneira o exercício da greve por iniciativa dos trabalhadores não filiados, numa solução que, aliás, nos parece de duvidosa compatibilidade com a Constituição.

⁷⁵ STEFAN CLAUWAERT, ob. cit., p.447, refere que “a Carta é, ao nível europeu (e internacional) o instrumento mais antigo em matéria de direitos sociais fundamentais a reconhecer expressamente o direito à greve”. JAN MICHAEL WITTER, *Europarechtliche Aspekte des Streikrechts*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008, p. 51, destaca que o direito à greve reconhecido no artigo 6.º n.º 4 da Carta é um direito individual e não um direito coletivo, como resulta dos trabalhos preparatórios e da evolução do preceito, designadamente da sua versão em inglês em que se evoluiu de “every worker has the right to strike” para “workers”.

⁷⁶ Sobre o artigo 6.º da Carta cfr., com muito interesse, ERIKA KOVÁCS, “The Right to Strike in the European Social Charter”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2005, vol. 26, pp. 445 e ss. A autora sublinha que o comité não definiu o conceito de greve, nem descreveu os seus componentes ou escopos, e defende que a palavra greve pode cobrir várias ações passivas, tais como a recusa em fazer trabalho suplementar, a greve de zelo ou greves rotativas. O comité também não discutiu a conformidade com a carta de várias modalidades de ação coletiva: assim por exemplo a atuação dos piquetes e a ocupação ou mesmo o bloqueio de uma empresa. Também não discutiu (ob. cit., p. 448) aspetos do direito à greve como o direito ao trabalho dos não grevistas.

⁷⁷ MATTHIAS DUMKE, *Streikrecht i.S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskammerrecht, Vorgaben, Vereinbarkeit und Umsetzung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, pp. 71-72, destaca que as medidas coletivas são um género (Oberbegriff) de que o direito à greve é apenas uma espécie. Referindo-se às duas versões linguísticas da Carta que são vinculantes, a inglesa e a francesa, o Autor considera que não existe diferença entre as duas (“collective action” e “conflict social”).

⁷⁸ STEIN EVJU, “The Right to Collective Action under the European Social Charter”, *European Labour Law Journal*, 2011, pp. 196 e ss., pp. 201-202, sublinha que o artigo 6 n.º 4 abrange o direito à ação coletiva dos empregadores e que o CEDS afirmou já que o texto do preceito reconhece claramente tanto as greves, como o lock-out, até porque o lock-out é a principal, quando não a única, forma de ação coletiva dos empregadores. Mas o CEDS também reconheceu que a Carta não implica necessariamente que a legislação e os tribunais tenham que afirmar uma completa equivalência ou igualdade entre o direito à greve e o lock-out. Cfr., igualmente, ANDRZEJ MARIAN SWIATKOWSKI, “European Social Charter: The Right to Strike”, *Managerial Law*, 2005, vol. 47, pp. 284 e ss., p. 285.

Mas também porque a Carta parece ter uma visão do direito à greve como um meio ancilar da negociação coletiva – recorde-se que no corpo do artigo 6.º, preceito que tem aliás a epígrafe “direito à negociação coletiva”, se diz “com vista a assegurar o exercício efetivo do direito à negociação coletiva – e restringe-o a “conflitos de interesses”, conceito que parece contrapor-se a conflitos de direitos⁷⁹. Destarte, a doutrina dominante entende que à luz do artigo 6.º da Carta não seria lícita uma greve política, sendo que no passado se questionou da licitude da própria greve de solidariedade. É, pois, um direito à greve relativamente modesto o que a Carta Social reconhece, bem mais acanhado do que aquele que a nossa própria Constituição consagra.

5. BREVE REFERÊNCIA À CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Uma referência, finalmente, ao artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁰, preceito reiteradamente invocado pelo TJ, ainda que, segundo os seus críticos, mais para restringir, do que verdadeiramente para fundar, o direito à greve. Com a epígrafe “Direito de negociação e de ação coletiva” o referido preceito estabelece que “os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respetivas organizações, têm, de acordo com o direito comunitário 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”.

O sentido e o alcance precisos deste preceito têm-se revelado extremamente controversos⁸¹. Para alguns autores, visa-se com ele apenas reconhecer como direitos fundamentais no plano do Direito da União os direitos de negociação coletiva e de ação coletiva tal como eles são reconhecidos ao nível dos direitos nacionais dos Estados Membros, na sua radical diversidade⁸² (“de acordo com (...) as legislações e práticas

⁷⁹ Neste sentido, cfr., por exemplo, JAN MICHAEL WITTER, ob. e lug. cit., para quem a garantia da Carta já não abrange conflitos de direitos. Cfr., também, ERIKA KOVÁCS, ob. e lug. cit.

⁸⁰ Para uma apreciação da Carta do ponto de vista laboral, apreciação aliás não muito positiva, cfr., por todos, REMEDIOS ROQUETA BUJ, “Los Derechos Sindicales en la ‘Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea’”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2008, pp. 197 e ss. A autora, ob. cit., p. 206, chama a atenção para a circunstância de que no artigo 12 “se silencia o significado institucional do sindicato e se ignora a sua atividade diferentemente do que sucede com os partidos políticos” e considera, também, que o tratamento da liberdade de associação sindical no âmbito da liberdade de associação e de reunião em geral, sem conexão com os direitos de ação sindical e negociação coletiva, tratados sob a epígrafe solidariedade, constitui um tratamento “não sistemático e disfuncional”.

⁸¹ A este respeito observa JORGE LEITE, ob. cit., p. 348, que “não seria necessário um grande esforço para mostrar a ambiguidade de que padece o artigo 28.º”, referindo, ainda (n. 17, p. 348) que tal “acrescenta complexidade a uma norma em si mesma já complexa quanto baste”. O Autor pergunta, ainda, “que tipo de norma é esta que parece fugir às questões que, à primeira vista, deveria resolver?” (p. 349).

⁸² Assim, por exemplo, PATRICK REMY, “Quel droit social européen?...”, cit., p. 192, para quem a diversidade de concepções do direito à greve nos Estados membros é de tal ordem que nada mais se pode fazer que uma remissão de conteúdo (“*le droit fondamental énoncé dans la Charte est décliné de façon si différente d’un État membre à un autre (le droit de grève, par exemple) que la différence de régime ne*

nacionais”, sem esquecer o respeito pelas Constituições dos Estados-Membros referidas no artigo 53.º, parte final), ainda que sujeitando-os ao respeito suplementar pelo direito comunitário. A norma desempenharia, assim, um importante papel de charneira⁸³ – enquanto norma de remissão⁸⁴ – entre o Direito da União e os ordenamentos nacionais, mas não se poderia propriamente falar de um conteúdo específico⁸⁵ do direito de negociação coletiva ou do direito de ação coletiva, enquanto direitos fundamentais da União Europeia⁸⁶.

peut que rejaillir sur la notion elle-même. Conformité à son indétermination, on n’a alors d’autre solution que de projeter sur le droit social fondamental européen en question la Conception que l’on s’en fait dans son propre droit”), ainda que tal possa ter como consequência uma certa vacuidade do artigo 28.º (p. 211: “*indéterminé dans son objet, le droit social fondamental devient alors totalement creux*”). Tal espelharia, de resto, a ausência de um consenso político comum europeu e de uma cultura europeia comum em matéria de conflito coletivo (p. 211: “*que faire lorsque sont en cause des institutions juridiques qui, comme le droit de grève, sont à ce point indissociables de chaque culture juridique nationale qu’elles ne peuvent obéir qu’à des régimes très différents d’un État membre à un autre au point même d’y recevoir des définitions sinon opposées en tout cas inconciliables?*”).

⁸³ GREGOR THÜSING/JOHANNES TRAUT, “Zur begrenzten Reichweite der Koalitionsfreiheit im Unionsrecht”, *Recht der Arbeit*, 2012, pp.65 e ss., p.68, defendem que o artigo 28 da Carta funciona como charneira e faz com que os meios de ação coletiva reconhecidos como lícitos na ordem jurídica de cada Estado membro sejam reconhecidos ao nível do direito europeu de modo a poderem ser colocados em concordância prática com outras posições juridicamente relevantes no direito da União. O direito europeu aceita o direito à greve de cada Estado membro, tal como este é concebido nesse Estado. O papel de charneira do artigo 28.º é importante porque, de acordo com o Acórdão Schmidberger, C-112/00, n.º 65, as liberdades fundamentais podem apenas ser restringidas por direitos europeus e não por direitos nacionais. Sobre a relação entre os direitos e as liberdades fundamentais cfr., também, WALTER FRENZ, “Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten im Arbeitsrecht”, *Recht der Arbeit*, 2011, pp.199 e ss.

⁸⁴ JORGE LEITE, ob. cit., p. 250, fala a este propósito de “remissão dinâmica ou material”. Para JAN MICHAEL WITTER, ob. cit., p. 139, as normas e práticas nacionais dos Estados Membros não restringem propriamente os direitos reconhecidos na Carta, mas antes determinam o seu alcance e conteúdo. A razão para esta remissão encontra-se na própria distribuição de competências entre a União e os Estados membros pelo que a remissão acentua a margem de manobra dos Estados Membros na definição do conteúdo destes direitos (“*Der Grund für die zusätzliche Einführung des Vorbehalts in den einzelnen Grundrechten liegt darin, dass so der Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten zusätzlich betont wird*”).

⁸⁵ Assim, por exemplo, THOMAS SCHMITZ, “Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht”, *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 833 e ss., p. 840, que fala de uma espécie de “concha normativa” a preencher, caso a caso, pela remissão, sendo que os Estados membros seriam inteiramente livres no conteúdo a dar a estes direitos, desde que não os suprimissem (“*Hier bilden die Charta-Rechte nur eine normative Hülle, während sich die Substanz der Rechte aus anderer Quelle ergibt – und damit im übrigen variieren kann. Die normative Hülle wirkt nur dahin, die betreffenden Positionen überhaupt als Grundrechte der Union anzuerkennen. Den Mitgliedstaaten erwachsen daraus keine zusätzlichen Verpflichtungen. Sie dürfen den anerkannten sozialen Schutz lediglich nicht völlig abschaffen*”). Também YVONNE DORF, “Zur Interpretation der Grundrechtecharta”, *Juristen Zeitung*, 2005, pp. 126 e ss., p. 130, realça a total margem de manobra dos Estados membros (“*bleibt die grundrechtliche Gewährleistung nach Schutzbereich und Schranken in vollem Umfang in der Hand der Mitgliedstaaten*”). Cfr., igualmente, SEBASTIAN KREBBER, “Soziale Rechte in der Gemeinschaftsrechtsordnung”, *Recht der Arbeit*, 2009, pp.224 e ss., pp. 234-235, face à letra dos artigos 27, 28 e 30 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estas normas não têm o efeito de exigir um padrão mínimo que tenha que ser respeitado pelo direito secundário da União (“*haben diese Normen nicht die rechtliche Kraft, einen Mindeststandard zu verlangen, dem das sekundäre Gemeinschaftsrecht zu genügen hat*”).

⁸⁶ Parece ser esse o sentido para que se inclina AINHOUA LASA LÓPEZ, “Derechos de conflicto y razones de mercado: caracterización jurídica de la huelga en el derecho comunitario europeo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 13, 2010, pp. 291 e ss., pp. 318 e ss., para quem a Carta

Para outros autores, embora se reconheça a eficácia defensiva⁸⁷ do artigo 28.º e se afirme que a passagem “de acordo com o direito da União” exprime sobretudo a divisão de competências entre a União e os Estados membros nestas matérias^{88 89}, seria um erro supor que o preceito seria uma norma vazia, que deixasse completamente em aberto o conteúdo próprio dos direitos que consagra. Com efeito, do próprio artigo 52.º da Carta, e nomeadamente do seu n.º 3⁹⁰, resulta um conteúdo mínimo destes direitos⁹¹, o qual não pode ficar aquém do que resulta da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais⁹².

Pela nossa parte entendemos que esta segunda posição é a mais correta e que seria um erro pensar que o artigo 28 seria uma pura norma de remissão. Bem ao invés, dessa norma decorrem opções concretas relativamente aos direitos que consagra.

Desde logo, porque esclarece que se trata de direitos individuais, de direitos que cabem não apenas às respetivas organizações, mas aos trabalhadores e aos empregadores, independentemente, portanto, de serem filiados ou não filiados^{93 94 95}.

verdadeiramente nada nos diz sobre qual é o conteúdo essencial do direito à greve, podendo, mesmo, afirmar-se que não haveria um conteúdo essencial do direito, mas apenas um conteúdo contingente ou possível que atende aos regimes jurídicos específicos dos direitos nacionais.

⁸⁷ CLAUDIA SCHUBERT, Anotação ao artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, in *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, coord. por FRANZEN/GALLNER/OETKER, C. H. Beck, München, 2016, p.342, nota de margem 7: em face da falta de competência da União em matéria de negociação coletiva e de meios de ação coletiva, o artigo 28 desempenha sobretudo uma eficácia defensiva (“*defensive Wirkung*”) face a direitos e liberdades fundamentais do direito primário da União, bem como face à atuação da União no âmbito do direito secundário, na medida em que deste decorram limitações ou exigências tanto para a negociação coletiva, como para os meios de ação coletiva.

⁸⁸ ADAM SAGAN, *Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmassnahmen – Eine dogmatische Analyse des Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 125; “*Die Bezugnahme auf das Gemeinschaftsrecht in Art. 28 GRC habe insoveit nur deklaratorischen Charakter und verweise auf die Beschränkungsmöglichkeit der Gemeinschaft nach der Massgabe der in Art. 52 GRC enthaltenen Bestimmungen*”.

⁸⁹ Para ADAM SAGAN, ob. cit., p. 128, também a remissão para as legislações e práticas dos direitos dos estados membros tem a função, desde logo, de exprimir a exclusão da competência da União nestas matérias.

⁹⁰ “Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla”.Cfr., igualmente, o artigo 53.º. Sobre estes preceitos cfr., entre nós, as anotações de ALESSANDRA SILVEIRA ao artigo 52.º e de MARIANA CANOTILHO ao artigo 53.º, in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, coord. por Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra, 2013, respetivamente, pp. 590 e ss. e pp.606 e ss.

⁹¹ Como refere ELISABETH KOHLBACHER, *Streikrecht und Europarecht*, Linde Verlag, Wien, 2014, pp. 154-155, a remissão dinâmica operada pelo artigo 52, parágrafo 3 da Carta para a CEDH tem que ser atendida na interpretação da Carta e o conteúdo de proteção da CEDH é o *standard* mínimo da proteção conferida aos direitos reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁹² Como destaca ADAM SAGAN, ob. cit., pp. 138-139, o conteúdo próprio do artigo 28 resulta, desde logo, do facto de ter que ser garantido, pelo menos, o nível de proteção acordado pelo artigo 11 n.º 1 da CEDH.

⁹³ Esta é a posição dominante – a de que o artigo 28 consagra direitos individuais. Cfr., por todos, CLAUDIA SCHUBERT, Anotação ao artigo 28.º..., cit., p. 345, nota de margem 16: a tutela concedida aos trabalhadores e aos empregadores é independente da sua filiação e estende-se, portanto, aos trabalhadores e aos empregadores não filiados. Ver igualmente, a este respeito, CARSTEN

6. À GUIZA DE CONCLUSÃO. A INCERTEZA DO TEMPO PRESENTE

Ainda que da Carta não decorra, segundo a doutrina dominante, qualquer eficácia horizontal direta dos direitos nela consagrados⁹⁶ e tendo sempre presente que a mesma

HERRESTHAL, ob. cit., pp. 14-15, para quem não só o artigo 28 da Carta prevê expressamente um direito individual e protege tanto os direitos dos indivíduos, como os das suas organizações, como o artigo 28 consagraria a liberdade sindical positiva e negativa e essa seria uma opção fundamental que traduz a importância central da liberdade individual (*“Im Kern der Wert- und Ordnungsstruktur steht dabei die Individualfreiheit”*).

⁹⁴ E importa reconhecer que a nossa lei, pelo menos a lei ordinária, não é inteiramente fiel a esta conceção. Com efeito, os trabalhadores não filiados não gozam plenamente do direito de convocar uma greve, mas por vezes apenas do direito de aderir a uma greve convocada por outrem, ou seja, por associações sindicais. Na verdade, os trabalhadores não filiados em sindicatos não poderão convocar uma greve nas empresas em que a maioria dos trabalhadores seja filiada. E mesmo na parte em que a norma permite a convocação da greve por trabalhadores não filiados ela é tão exigente que dificulta sobremaneira a convocação da greve por não filiados. Assim, e desde logo, porque a filiação ou não filiação não são frequentemente de conhecimento público. Depois porque o único quadro em que se prevê a decisão de convocar a greve é o da empresa (e não o do estabelecimento, nem, muito menos, o da secção ou unidade de produção) o que conduz a resultados no mínimo curiosos – se os trabalhadores não filiados pretenderem, por exemplo, protestar através do recurso à greve contra a introdução da adaptabilidade grupal ao nível de uma unidade ou secção de um estabelecimento só o poderão fazer desencadeando uma greve ao nível de toda a empresa, o que dificilmente ocorrerá). E porque as exigências formais são tão significativas – em termos de convocação de uma assembleia com esse fim específico, de votação secreta e de exigências de quórum e de maioria) – que dificilmente se conseguirá convocar uma greve. É evidente que o sistema legal português ao dificultar de tal modo o exercício direito da greve pelos não filiados procura garantir que na prática só as associações sindicais terão a possibilidade real de decretar greves. Sobre o tema cfr. ERIKA KOVÁCS, ob. cit., p. 458, para quem organizações espontâneas no local de trabalho conhecem melhor os seus próprios interesses e a situação da empresa. Além disso, é extremamente duvidoso restringir o direito à greve aos sindicatos em países onde a taxa de filiação sindical é muito baixa. No entanto a autora reconhece que há frequentemente motivos políticos e pragmáticos para tentar restringir o exercício do direito de greve e facultá-lo apenas aos sindicatos.

⁹⁵ Uma outra dificuldade que se perfila pelo menos no horizonte reside na circunstância de, segundo a doutrina dominante, o artigo 28.º da Carta consagrar os direitos de ação coletiva tanto dos trabalhadores, como dos empregadores, contando-se como principal meio de ação coletiva dos empregadores o lock-out. Assim, pelo menos nas situações não puramente nacionais em que os Estados-Membros são chamados a aplicar o Direito da União, nos termos do n.º 1 do artigo 51.º, pode questionar-se se o Estado Português seria forçado a reconhecer o direito ao lock-out como direito fundamental da União. Embora alguns autores já se inclinem pela resposta afirmativa – assim, por exemplo, SAGAN, ob. cit., p. 132; já CLAUDIA SCHUBERT, Anotação ao artigo 28.º, cit. assume uma posição mais cautelosa ou até dúbia, já que enquanto na p. 354, nota de margem 47, a autora parece entender que o artigo 28 consagra o direito ao lock-out deixando aos Estados membros a tarefa (e uma considerável margem de manobra) de definir o seu âmbito e pressupostos, mas não a possibilidade de o excluir, já na p. 355, nota de margem 51, sublinha que a reserva do artigo 28 “estende-se ao se e ao como” [*“Der Vorbehalt (...) erstreckt sich auf das Ob und das Wie des Rechts auf Kollektivverhandlungen und kollektive Massnahmen”*]. Deste modo a remissão para as práticas e legislações nacionais, operada pelo artigo 28.º e reiterada no n.º 6 do artigo 52.º permitiria concluir que o Estado português não se acha por ora obrigado a reconhecer como direito fundamental da União o lock-out, que, aliás, não parece corresponder a uma tradição constitucional comum já que alguns Estados membros, ainda que sejam uma minoria, não reconhecem como direito o lock-out. Pelo menos, enquanto o TEDH não o reconhecer como tal...

⁹⁶ Relativamente ao artigo 27.º e ao direito de informação e consulta dos trabalhadores tenha-se presente o processo C-176/12, Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT), Acórdão de 15 de janeiro de 2014, em que se concluiu que o artigo 27.º não pode ser invocado num litígio

não pretende ampliar ou modificar a competência da União, como resulta inequivocamente do n.º 2 do seu artigo 51.º⁹⁷, e também que os Estados-Membros apenas são destinatários das disposições da Carta quando aplicam o direito da União⁹⁸ (n.º 1 do artigo 51.º) e no respeito pelo princípio da subsidiariedade⁹⁹, a verdade é que os tribunais nacionais poderão ser chamados a intervir, mormente em casos de conflito entre os direitos fundamentais de ação coletiva e, designadamente, as liberdades fundamentais, mantendo a jurisprudência do TJ, designadamente nos casos Viking e Laval, toda a sua relevância...

Aos tribunais nacionais é, assim, confiada a delicada tarefa de sempre que se aplique o Direito da União – e tendo em conta que na aplicação do seu próprio direito o Estado-Membro está obrigado a respeitar o Direito da União, pode questionar-se se não pode haver já nesse contexto uma aplicação do Direito da União¹⁰⁰... – indagar se, por exemplo, o direito à greve, tendo em conta o escopo muito restrito que o TJ lhe¹⁰¹ assinalou, é justificação para uma restrição à liberdade de empresa ou à liberdade de prestação de serviços, por exemplo, e se o exercício de tal direito foi proporcionado, tendo em conta as restrições impostas a tais liberdades, sem esquecer que uma empresa

entre particulares a fim de não ser aplicada uma disposição nacional incompatível visto que “este artigo não basta por si só para conferir aos particulares um direito que pode ser invocado enquanto tal”.

⁹⁷ Que é, no entanto, objeto de críticas por parte da doutrina. Cfr., entre nós, ALESSANDRA SILVEIRA, Anotação ao artigo 51.º, cit., pp. 572 e ss., p. 578, que observa que “as Cartas de Direitos adquirem vida própria por força da litigância inerente ao exercício dos direitos de cidadania”.

⁹⁸ Conceito este bastante amplo, tendo em atenção a jurisprudência do TJ, mormente após o Acórdão C-260/89 de 18 de Junho de 1991, ERT AE.

⁹⁹ Para THOMAS CLAUS LUDWIG, *Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen – die Binnenstruktur des Art.6 EUV n.F.*, Europa und Recht 2011, pp. 715 e ss., p.717, a Carta visa restringir a jurisprudência do TJ em favor da competência dos Estados Membros (cfr., também, p.727: “com a Carta pretende-se limitar a discricionariedade do Tribunal de Justiça”).

¹⁰⁰ Assim, por exemplo, para GREGOR THÜSING/JOHANNES TRAUT, ob. cit., p.69, também cabem neste conceito de execução ou aplicação do direito da União os casos em que normas nacionais limitam as liberdades fundamentais ou outras posições jurídicas europeias. Não deixam, no entanto, de observar que uma situação puramente interna não cai no âmbito de aplicação das regras europeias e que uma greve em um Estado membro não deixa de ser uma situação puramente interna só porque alguns trabalhadores grevistas e alguns empregadores afetados são cidadãos de outro Estado Membro. Contra e no sentido de uma interpretação mais restritiva do que seja a “aplicação do Direito da União” cfr., por exemplo, THOMAS CLAUS LUDWIG, ob. cit., pp. 719-720.

¹⁰¹ Pense-se, por exemplo, em greves contra a deslocalização de um estabelecimento para outro Estado-Membro (mas já não aparentemente para fora da União...). Tais greves foram frequentes no passado como destaca CHRISTIAN WAGNER, ob. cit., p. 35, que refere como exemplo as greves ocorridas na Alemanha em 2001 como reação à intenção declarada de um produtor de máquinas de fornecimento de bebidas de mudar a sua produção para a Dinamarca e em 2006 greves contra a deslocalização de linhas de produção da AEG de Nuremberga para a Polónia e a Itália. Tais greves visaram impor o pagamento de compensações aos trabalhadores que encareciam significativamente a deslocalização projetada. Pode questionar-se se o direito à greve também limita ou restringe as liberdades fundamentais quando a greve, por exemplo, não se dirige em primeira linha contra uma atividade económica que ultrapassa as fronteiras. Pense-se, por exemplo, em uma greve nos transportes rodoviários de mercadorias ou nos transportes ferroviários que pode no caso concreto prejudicar em maior medida operadores estrangeiros do que nacionais (sobre esta hipótese cfr., por todos, REBHACHN, ob. cit., p. 116 e CHRISTOF KERWER, *Von Lokführern, solidarischen Druckern und Nürnberger Haushaltsgeräten: neue Tendenzen im Arbeitskämpfrecht*, EuZA 2008, pp. 335 e ss., p. 353),

pode, no confronto com um sindicato invocá-las, já que o sindicato¹⁰² está diretamente vinculado pelas mesmas. E tudo isto sem esquecer a necessidade de remédios eficazes para a possível violação de tais liberdades...

¹⁰² E de qualquer sindicato? Recorde-se que nas suas Conclusões apresentadas no caso Viking, C-438/05, o Advogado-Geral MIGUEL POIARES MADURO admitia que as normas relativas à livre circulação podiam aplicar-se diretamente a certos particulares – portanto, pessoas privadas, incluindo sindicatos – mas não a todos. Observava, com efeito, que “as normas relativas à livre circulação são aplicáveis diretamente a qualquer ação de particulares que seja capaz de restringir efetivamente o exercício do direito à livre circulação de outros” (n.º 43). E interrogava-se: “Mas como é que é possível determinar se é esta a situação? Parece não existir uma resposta simples a esta questão” (n.º 43). Sublinhava, aliás, que “em muitas circunstâncias, os particulares, simplesmente, não têm poder suficiente para impedir que outros exerçam os seus próprios direitos à livre circulação” (n.º 42) e considerava, inclusive, que mesmo que estivessem sujeitos à aplicação direta de tais normas, tal não acarretava necessariamente que a sujeição fosse idêntica à dos poderes públicos: “É óbvio que a conclusão de que determinados particulares estão sujeitos às normas relativas à livre circulação não significa o fim da sua autonomia privada. Também não significa, necessariamente, que devam ser exatamente considerados segundo os mesmos padrões que as autoridades estatais. O TJ pode aplicar diferentes níveis de análise, dependendo da origem e da gravidade do impedimento ao exercício do direito à livre circulação e da importância e validade das reivindicações de autonomia privada contrapostas” (n.º 49). E rematava reiterando que “por outras palavras, os particulares podem frequentemente fazer coisas que as autoridades públicas não podem” (n.º 49). Esta perspectiva, mais matizada e porventura mais respeitadora da distinção entre o público e o privado não encontrou eco na decisão do Tribunal. E importa reconhecer que a sua aplicação prática seria muito delicada porque parece que dependeria frequentemente do poder de facto da pessoa privada, designadamente, do sindicato, que não é fácil de mensurar. Acresce que no domínio da greve, sendo certo que a uma greve convocada por um sindicato podem, no nosso sistema legal, aderir trabalhadores não filiados e até trabalhadores filiados em outros sindicatos e, por outro lado, mesmo os trabalhadores filiados no sindicato que decretou a greve podem acabar por optar por não aderir à greve, não pode, à partida, dizer-se que uma greve convocada por um sindicato com uma maior taxa de filiação será necessariamente mais eficaz que outra greve convocada por um sindicato com menos filiados...