



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A substituição de grevistas

Da hermenêutica da proibição de substituição de grevistas no âmbito dos conflitos coletivos

Mestrado em Direito – Especialização em
Direito do Trabalho

Rafael de Sousa Venâncio

Faculdade de Direito - Escola do Porto

2019

A substituição de grevistas

Da hermenêutica da proibição de substituição de grevistas no âmbito dos conflitos coletivos

Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa sob orientação da Professora Doutora Catarina de Oliveira Carvalho

Mestrado em Direito – Especialização em
Direito do Trabalho

Rafael de Sousa Venâncio

Faculdade de Direito - Escola do Porto

2019

*À minha mãe,
Aos meus irmãos,
Aos meus avós,
Ao meu padrinho.*

*“In Egypt's sandy silence, all alone,
Stands a gigantic Leg, which far off throws
The only shadow that the Desert knows: -
"I am great OZYMANDIAS," saith the stone,
"The King of Kings; this mighty City shows
"The wonders of my hand."— The City's gone, -
Nought but the Leg remaining to disclose
The site of this forgotten Babylon.
We wonder, - and some Hunter may express
Wonder like ours, when thro' the wilderness
Where London stood, holding the Wolf in chace,
He meets some fragment huge, and stops to guess
What powerful but unrecorded race
Once dwelt in that annihilated place.”*

HORACE SMITH, *Ozymandias*

Agradecimentos

Mais um ano, mais um ciclo concluído, mais outro que se há de iniciar.

Momentos melhores e momentos piores alternaram e dançaram nas margens do rio de onde fluímos. Mas nenhum Homem é uma ilha e não fossem as pontes com os outros que se foram erguendo e cimentado, já há muito que estaria à deriva num mar da minha própria criação. Por todos aqueles que, pelos seus contributos e incentivos, garantiram a minha persistência.

À minha mãe, Paula, por ter sacrificado mais do que alguma vez seria humanamente exigível, temporal, material, espiritual e emocionalmente, para garantir que eu chegasse tão longe quanto as minhas asas me permitissem. Dar-me-ei por feliz se conseguir fazer por ela uma fração do infinito que ela fez por mim.

Ao meu irmão, Leonardo, pelos gostos partilhados e pelas discussões sentidas que, por mais quentes que acabassem, o passar do tempo revelava sempre certa a confluência, num e noutro, dos diferentes pontos de vista. Nada mais se pode pedir de uma boa conversa.

À minha irmã, Margarida, cuja diferença de idades me permitiu ter um papel no seu desenvolvimento pessoal e académico. Por mais rígido que por vezes eu tenha sido, consegue sempre deixar-me mais orgulhoso do que alguma vez acharia possível.

Aos meus avós, Francisco e Dina, meus segundos pais em todas as aceções da palavra, cujas histórias de vida me fixaram por tempos sem fim. Ver o cintilar de orgulho nos seus olhos é só por si razão suficiente para querer continuar em frente.

Ao meu padrinho, Zé, pelo apoio incondicional e pela atitude compreensiva que sempre mostrou. Raros são os que conseguem dar tanto e pedir tão pouco em retorno.

Aos meus colegas e amigos, em especial aos de *Paris*, com os quais o tempo passado, por virtude da vida, já não é tanto como outrora, mas que sempre se mostraram prontos a dialogar sobre as questões que foram surgindo ao longo da escrita.

À minha orientadora, Professora Doutora Catarina Carvalho, pela abertura à discussão dos problemas organizativos e jurídicos que foram surgindo, pela incansável dedicação à minha jornada e, especialmente, pela compreensão e pela amabilidade com que me acompanhou.

Indicações de leitura

Quaisquer referências ao longo desta dissertação ao Código do Trabalho e a artigos desacompanhados da respetiva fonte legislativa devem ser consideradas, salvo indicação em contrário, como reportando-se ao Código aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com as suas sucessivas alterações.

A regra de citação adotada reconduz-se ao sistema autor-data, pelo que as referências bibliográficas serão sempre apresentadas pelo nome do autor, seguido do ano de publicação da edição da obra referenciada e da página ou conjunto de páginas citadas. Em face da existência de obras do mesmo autor datadas do mesmo ano, foi a cada uma delas adicionada letras alfabéticas, com idêntica correspondência na bibliografia final. Nas situações em que se faça referência a uma obra na sua globalidade, apenas se inserirá o nome do seu autor e a sua data de publicação.

A bibliografia final contém o conjunto das obras citadas, ordenada por ordem alfabética dos apelidos dos autores, com cada um dos artigos ou monografias destes dispostos pela ordem cronologicamente inversa à da publicação.

As decisões jurisprudências nacionais encontram-se referenciadas, no texto, apenas pela abreviação *Ac.*, seguida da abreviatura do respetivo tribunal e da data do acórdão. Os pareceres da Procuradoria Geral da República são por sua vez registados através da indicação parecer PGR, seguida da sua data de publicação. Em sede de aglomeração final encontrar-se-ão igualmente o respetivo n.º de processo e a menção do seu relator. Todos os acórdãos e pareceres aludidos foram consultados, salvo indicação em contrário, em sede de índice jurisprudencial, em www.dgsi.pt no tocante aos emitidos por tribunais superiores e pela PGR, e em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>, no que aos do Tribunal Constitucional dizem respeito.

As decisões e pareceres de tribunais e organismos estrangeiros foram feitas nos mesmos trâmites que as nacionais. No referente à Espanha, as sentenças de tribunais superiores foram consultadas em <http://www.poderjudicial.es/search/>. Já as do Tribunal Constitucional Espanhol assim como as sentenças e decisões dos restantes tribunais estrangeiros, dos órgãos da Organização Internacional do Trabalho e da Organização das Nações Unidas têm as suas fontes enunciadas na listagem final.

As transcrições de fontes estrangeiras foram, por opção pessoal, mantidas na sua língua original, de forma a evitar a perda do seu sentido original.

Abreviaturas

AA.VV. – Autores Vários

Ac./Acs. – Acórdão(s)

Art./Arts. – Artigo(s)

AÜG – *Arbnehmerüberlassungsgesetz*, aprovada a 7/8/1972, na sua versão atualizada a 1/4/2017

CE – *Constitución Española*

CEACR – Comissão de Especialistas para Aplicação das Convenções e Recomendações (da Organização Internacional do Trabalho)

CEDS – Comité Europeu dos Direitos Sociais (do Conselho da Europa)

CDESC – Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas

Cf. – Confrontar

CLS – Comité de Liberdade Sindical (da Organização Internacional do Trabalho)

CRP – Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 10/4/1976, na sua versão atualizada pela Lei n.º 1/2005, de 12/8

CT – Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/2, na sua versão atualizada pela Lei 14/2018, de 19/03

CT03 – Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27/8, na sua versão atualizada pela Lei 59/2008, de 11/09 [revogado pela Lei 7/2009, de 12/02]

DL – Decreto-Lei

DLG – Direitos Liberdades e Garantias

ETT – Empresa de Trabalho Temporário

I.e. – Id est

N.º/N.ºs – Número(s)

OIT/ILO – Organização Internacional do Trabalho/*International Labour Organization*

P./Pp. – Página(s)

PGR – Procuradoria Geral da República

PPGR – Parecer da Procuradoria Geral da República

RDL – *Real Decreto-Ley*

STC/SSTC – *Sentencia(s) del Tribunal Constitucional España*

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STS/SSTS – *Sentencia(s) del Tribunal Supremo de España*

STSJ/SSTSJ – *Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia*

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, anexado ao Tratado de Lisboa, assinado a 13/12/2007 e que entrou em vigor a 1/12/2009

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Resumo

No artigo 535.º do Código do Trabalho encontra-se consagrada a proibição de substituição de grevistas.

Apesar de ser um princípio basilar no âmbito do sistema de greve português desde o início da Terceira República, com origens datáveis a um momento anterior à Constituição da República Portuguesa de 1976, vê-se nele um parco, mas paradoxalmente constante, desenvolvimento legislativo, aliado a uma falta de aprofundamento pela doutrina e jurisprudência, que salvo raras exceções apenas confirmam a sua existência.

Os desenvolvimentos das últimas décadas a nível tecnológico e empresarial-societário, por permitirem aos empregadores resultados próximos aos proibidos pela norma, levantam inúmeras questões jurídicas referentes ao âmbito material e temporal daquela proibição.

Nesse sentido, a presente dissertação centrar-se-á, num primeiro momento, no *logos* da proibição associado ao direito constitucional à greve, passando para a sua densificação normativa.

Num segundo momento, analisaremos algumas das questões mais prementes que lhe estão ligadas, apresentando as situações classicamente reconduzidas ao âmbito da proibição.

Finalmente, desenvolveremos possíveis vias de resolução dos problemas apresentados, por recurso à interpretação conforme à constituição, à doutrina do abuso de direito e à interpretação extensiva do artigo 535.º.

O recurso à experiência comparada mostrar-se-á fundamental para a abertura de vias de discussão e resolução de problemas passíveis de ocorrer na nossa ordem jurídica.

Palavras-chave: direito à greve, greve, substituição de grevistas, proibição de substituição de grevistas (interpretação), abuso de direito

Abstract

Article 535 of the Labour Code contemplates the prohibition to replace strikers.

Even though it has been a fundamental principal of the Portuguese strike system since the beginning of the Third Republic, with its origins going back to a moment prior to the Constitution of the Portuguese Republic of 1976, its legislative development has been meager and yet, paradoxically, constant, allied to a lack of its expansion from legal literature and case-law that rarely do more than confirm its existence.

The technological and corporate developments beheld in the past few decades, responsible for allowing employers to achieve similar results to those prohibited by the norm, are followed by numerous legal questions referent to the material and temporal extension of the prohibition.

Thus, the present dissertation will center itself, in a first moment, in the *logos* of the prohibition, associated to the constitutional right to strike, followed by its normative densification.

In a second moment, we'll analyze some of the most pressing questions connected to it, presenting the situations classically subjected to the scope of the prohibition.

Finally, we'll develop possible paths to resolve the presented problems, by resorting to the interpretation according to the constitution, to the doctrine of the abuse of right, and to the interpretative extension of article 535.

The comparative experience will show itself as a fundamental resource for the creation of avenues of discussion and resolution of problems that may occur in our system.

Keywords: right to strike, strike, replacement of strikers, prohibition of replacement of strikers (interpretation), abuse of right

Índice

1.	Considerações prévias	1
2.	Do direito à greve à proibição de substituição de grevistas	1
3.	A consagração legal da proibição	4
4.	Uma rosa por qualquer outro nome	6
4.1.	<i>A substituição externa</i>	6
4.2.	<i>A substituição interna</i>	10
4.2.1.	<i>A transferência</i>	10
4.2.2.	<i>A atividade contratada e o ius variandi</i>	12
4.2.3.	<i>O tempo de trabalho</i>	16
4.3.	<i>A externalização dos serviços</i>	18
5.	Hermenêutica da proibição e limites do poder de direção.....	21
5.1.	<i>Razão de ordem</i>	21
5.2.	<i>Interpretação a contrario sensu e interpretação conforme à Constituição</i>	23
5.3.	<i>Do abuso do poder de direção e da boa fé</i>	29
5.4.	<i>Da interpretação extensivo-teleológica e da fraude à lei</i>	32
6.	Notas conclusivas	36
7.	Bibliografia.....	39
8.	Jurisprudência.....	46

1. Considerações prévias

A obsolescência normativa da proibição legal de substituição de grevistas contrasta com a transformação dos conflitos laborais coletivos – com novas vestes e consequências – no que às atitudes e formas tradicionais de reação dos empregadores diz respeito. A forma tradicional de afrontamento empresarial à greve, consubstanciada na resistência passiva dos empregadores em face das demandas, perdeu grande parte da sua efetividade, ao colocar os empregadores em face do inevitável incumprimento de compromissos inadiáveis. As novas formas de organização produtivo-empresarial e de colaboração societária, aliadas ao incremento da tecnicização e atomização laboral, dão um renovado folgo ao poder de reação dos empregadores¹.

A classificação de greve *típica* avançada pelo nosso ordenamento, centrada na cessação da prestação laboral, justifica as dificuldades interpretativas relativas às atuações do empregador tendentes a minimizar os efeitos daquela.

É com estas considerações em mente que expomos uma proposta de aproximação casuística às principais situações abrangidas pela norma, mormente no tocante à mobilidade funcional e geográfica, ao tempo de trabalho e à externalização dos serviços, a culminar na apresentação de uma possível solução. De fora desta versão final ficarão, com muita pena e dada a limitação de extensão deste tipo de dissertações, o alcance subjetivo da proibição, a substituição tecnológica, a transferência da produção, as consequências da substituição ilícita e o impacto da proibição nas microempresas.

2. Do direito à greve à proibição de substituição de grevistas

O direito à greve tem assento constitucional no art. 57.º CRP, sendo reafirmado e explicitado como irrenunciável pela legislação ordinária (art. 530.º); é o corolário da sua natureza de DLG² jusfundamental³.

Independentemente do conceito de greve pelo qual optemos em face da sua indefinição deliberada, podemos reconduzi-la à noção genérica de *abstenção, omissão ou paralisação*

¹Cfr. VALDÉS DAL-RÉ 2019:129SS, CORDERO GORDILLO 2019:341, TÁSCON LÓPEZ 2018:94.

²Desenvolvendo-o, MONTEIRO FERNANDES 2013:30-1.

³Enquadrado no âmbito “*dei diritti tipiche ineriscono alla condizione soggettiva dei lavoratori*”, assumindo uma “*funzione strumentale corrispondente al generale principio di elevazione e di progresso della personalita umana*” [FRANCESCO SANTONI 1999:18-9].

*coletiva e concertada da prestação laboral, tal como é devida, geralmente enquanto forma de pressão sobre o empregador, por parte de um conjunto de trabalhadores com a finalidade de satisfazerem interesses comuns*⁴, *independentemente da capacidade do empregador de satisfazer as reivindicações*⁵.

Na verdade, a construção do direito à greve operada pelo legislador constituinte foi realizada, por razões históricas, e ainda que de modo *saloménico* na sua modelação concreta [BACELAR GOUVEIA 2003:144], de uma forma paternalista [PALMA RAMALHO 2015:528], como “*instrumento corretor de desequilíbrios*” [ALCINA MARQUES 2011:178], na base da constatação da não igualdade material fáctica de posições entre empregador e trabalhadores, não só no seio da relação laboral mas especialmente dos conflitos coletivos, por força da subordinação jurídico-económica destes em face daquele e com o consequente objetivo de criar uma real paridade material de armas onde, sem a sua intervenção, no âmbito da completa autonomia das partes numa economia de mercado, esta não existiria⁶.

Ora, esta pretensão cujo expoente máximo de limitação da autonomia privada passa pela proibição, sem mais, do *lock-out* na versão atual do art. 57.º/4 CRP (reafirmado no art. 544.º/2), claramente acoplada ao reconhecimento e garantia do direito à greve, levam-nos a concluir que o legislador constituinte, na senda do princípio da socialidade inscrito no art. 2.º CRP, pretendeu não só consagrar o direito à greve mas também e principalmente garanti-lo.

O próprio TC sufraga pelo menos parte deste entendimento de *justiça material*, tendo concluído, no Ac. 480/89, haver “*fundamento material bastante*” para a proibição daquele mecanismo, em face da posição material das partes.

Pelo que parece defensável afirmar que a CRP não consagra um direito à greve cujo conteúdo essencial inderrogável passe pela mera garantia do seu exercício, mas antes pela *garantia de efetivação de um certo nível de dano na esfera jurídica do empregador* [BRITO CORREIA 1980-1:235], incorporando-se nesse conteúdo a “*preservación de su*

⁴Noção *relativamente* pacífica na doutrina nacional [ANA LAMBELHO 2018:554, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA 2007:752-3, JORGE LEITE 2004:280, JOSÉ JOÃO ABRANTES 2014:75-6, JÚLIO GOMES 2013:63, LOBO XAVIER 1984:55, MONTEIRO FERNANDES 2017:868, PALMA RAMALHO 2015:439, ROMANO MARTINEZ 2017a:1218] e na jurisprudência [Acs. STJ 4/10/1995 e TRE 8/6/2017 e o PPGR 6/2019], dada a sua flexibilidade jurídica.

⁵Cfr. JORGE LEITE 2004:188-9 e o Ac. TRE 22/6/2004.

⁶Assim, o PPGR 35/2018.

eficacia para interrumpir la actividad productiva” [GRAU PINEDA 2018:119]⁷.

Pois se é certo que o direito à greve é *sui generis* mesmo entre os direitos fundamentais consignados dentro e fora do catálogo, dado o seu caráter de direito singular de exercício coletivo⁸, continua ainda assim a reconduzir-se à ideia de paralisação da produção em unidades empresariais alheias ao património pessoal dos grevistas por forma a verem-se cumpridas reivindicações comuns. Trata-se, conforme CANOTILHO E VITAL MOREIRA [2007:751], de um *direito subjetivo negativo*; mas também de um *direito potestativo*⁹. Ou, na expressão idiomática de ORLANDO DE CARVALHO [2012:136], de “*uma situação de poder que tem como reverso uma situação de sofrer*”.

Compreendemos que se mostra aliciente limitar os efeitos da ativação deste direito potestativo à mera modificação da relação obrigacional entre empregador e trabalhador. Um direito potestativo, enquanto mecanismo de regulamentação do Direito, tem sempre na génese da sua ativação a intenção de alcançar uma certa finalidade. Contudo, no caso do direito à greve, essa finalidade raramente passará pela mera modificação na relação. Esta será uma mera consequência indireta da sua finalidade mais imediata: a satisfação de interesses apenas alcançável com o desferimento de um golpe na esfera patrimonial do empregador. É a arguição do direito à greve como *instrumental*, inapto a satisfazer *per se*

⁷ Igualmente, AGUILAR DEL CASTILLO 2018:5.

⁸ Por todos, CANOTILHO E VITAL MOREIRA, 2007:754, ROMANO MARTINEZ 2017a:1350, MONTEIRO FERNANDES 2013:31. Semelhantemente, mas entendendo o exercício em *termos amplos*, CATARINA CARVALHO 2011a:206. Reconduzindo-o a um direito complexo com uma componente individual e outra coletiva, PALMA RAMALHO 2015:516 e JORGE LEITE 2001:277 e pondo a tónica na titularidade conjunta, LUCA NOGLER 2018:21. Entendendo-o como um direito coletivo adjetivo de titularidade sindical e atuação individual, LOBO XAVIER 1984:258.

⁹ Enquanto modalidade de direito subjetivo *lato sensu*, dependente da vontade dos titulares, produtor de efeitos jurídicos que se impõem a uma contraparte [MOTA PINTO 2012:183]. Ainda que se compreenda a aversão à classificação da greve como direito potestativo – que a PGR considerou possível [PPGR P000011999] –, dado o caráter reforçado deste em face do *direito subjetivo stricto sensu*, parece-nos ser esse o melhor encaixe do direito. É verdade que se pode arguir o enquadramento deste nesta última classificação, considerando-se que o seu acionamento criaria um mero dever de *non facere* na esfera jurídica do empregador. Mas um dos efeitos legais da adesão à greve – e que se consubstancia na condição material para o seu reconhecimento – é a suspensão do contrato de trabalho do trabalhador aderente (art. 536.º). A qual ocorre na sequência de uma modificação unilateral temporária, *i.e.*, do acionamento de um direito potestativo modificativo que provoca uma modificação objetiva por alteração do conteúdo na relação obrigacional complexa que é contrato de trabalho [GIUSEPPE PERA 1980:262 e MONTEIRO FERNANDES 2013:31].

os interesses dos seus titulares por mero ato do seu exercício [PALMA RAMALHO 2000:875].

Pelo que reconduzir o seu conteúdo essencial à mera garantia de exercício, seria resigná-lo a uma qualquer vala comum; em especial numa altura em que as inovações tecnológicas e jurídicas permitem suprir, das mais variadas formas, a ausência temporária dos grevistas, muitas vezes pelo mero reemprego dos seus *salários*. Não será apenas o impedimento ou repressão da execução da greve que atacará o núcleo essencial do direito.

Reconduzindo-se a greve a uma ação direta cujo sucesso depende da adesão e do grau de perturbação causado ao adversário [MONTEIRO FERNANDES 2013:58], aquele direito encontrar-se-á efetivamente neutralizado quando os seus efeitos potenciais se mostrem inexistentes¹⁰. É esta a materialidade que se retira do art. 57.º CRP.

Pois como apontam CANOTILHO E VITAL MOREIRA [2007:753], a Constituição não se limita a reconhecer o direito à greve: “*é enfática também em garanti-lo*”¹¹, salvaguardando os trabalhadores de condutas da entidade empregador ou de terceiros que aniquilem esses efeitos. Pelo que ainda que não se garanta o seu resultado positivo, certamente se proíbem comportamentos aptos a limitar o seu resultado hipotético.

É neste quadro do acautelamento da neutralização dos efeitos da greve [JORGE LEITE 1994:83], no seio da relação entre normas ordinárias e constitucionais, que se encaixa a *proibição da substituição* do art. 535.º, em discorrência daqueloutro art. 57.º CRP, enquanto meio *adequado necessário e não excessivo* para garantir a eficácia prática do direito¹²; para prevenir o esvaziamento do conteúdo prático do direito de greve [BRITO CORREIA 1981:235 e ANA LAMBELHO 2018:555] e impedir “*o recurso a quaisquer meios alternativos de realização do fim económico-productivo a que conduz o seu processo normal de laboração*” [MONTEIRO FERNANDES 1982:43 e 83]¹³.

3. A consagração legal da proibição

A proibição já se encontrava na primeira lei da greve [DL n.º 392/74, de 27/8]. Mas a

¹⁰Em sentido idêntico e em específico no tocante à substituição de grevistas, ANTÓNIO GARCIA PEREIRA 2003:229, PÉREZ REY 2017:161, TÁSCON LÓPEZ 2018:45, FRANCESCO SANTONI 1999:84.

¹¹Subscrevendo-o, MARIA BARBOSA PEREIRA 2001:151.

¹²Cfr. Ac. TC 15/2005.

¹³Igualmente, Acs. TRE, 8/6/2017 e TC 15/2005.

sua inserção num artigo (14.º/2) de epígrafe dedicada à *liberdade de trabalho*, aliada à parca densificação e à própria análise sistemática da norma, transpiravam uma intenção de impregnar o sistema de um espírito de paridade de armas cujo efeito prático seria o de fazer o pêndulo da força de negociação recair para o lado do empregador.

A entrada em vigor da CRP, com a consagração do direito à greve em moldes bastante mais favoráveis, requereu o desenvolvimento de uma nova regulamentação da greve, levada a cabo pela Lei n.º 65/77, de 26/08.

Genericamente, o preceito (art. 6.º) pretendia prevenir a possibilidade de o empregador esvaziar o conteúdo prático do direito à greve [BRITO CORREIA 1981:235]¹⁴, privando materialmente os trabalhadores de um direito fundamental¹⁵, neutralizando-o através da “*transferência de salários*” [MONTEIRO FERNANDES 1982:43] dos grevistas: por um lado, para trabalhadores do mesmo empregador que, à data do anúncio da greve, não laborassem no respetivo estabelecimento ou serviço onde esta foi decretada; por outro, pela admissão de novos trabalhadores. Quanto a estes e por a lei não o especificar, o entendimento coetâneo da doutrina cismou-se: JORGE LEITE [1994:84] entendia tratar-se de uma proibição absoluta, que impedia a admissão de novos trabalhadores *tout court*; já autores como MONTEIRO FERNANDES [1982:43] e PALMA RAMALHO [1994:40] restringiam-na aos casos em que a mesma consubstanciasse uma substituição direta ou indireta dos grevistas, com base numa interpretação sistemática da norma. Como veremos, só décadas mais tarde, com a entrada em vigor do CT03, é que a querela se resolveria.

Com a entrada em vigor do atual CT, a proibição passou a constar do art. 535.º. Deparamo-nos, logo na sua epígrafe, com uma primeira alteração em relação ao CT03: a substituição da contração *dos* pela mera proposição *de*. A falta de menções nos trabalhos preparatórios a esta alteração reconduzem-na a uma mera correção formal.

Alteração semelhante foi realizada no n.º 1, *in fine*. Onde se lia “*admitir novos trabalhadores para aquele efeito*”, passa-se a encontrar “*admitir trabalhadores para aquele fim*”. Ainda que, mais uma vez, nada se encontre sobre esta alteração na documentação histórica, a intenção parece ter sido ambivalente: por um lado, impedir uma interpretação *scaliana-textualista* da norma contrária à sua teleologia; por outro e

¹⁴Ac. TRE 8/6/2017.

¹⁵STS 5/12/2012.

correlativamente, corrigir um pleonasmo malogrado. O principal efeito prático da alteração passará por pôr de parte potenciais fraudes à lei. Exemplificativamente, uma interpretação da redação anterior, que desconsiderasse outros elementos interpretativos, possibilitaria a contratação, a termo resolutivo incerto, com fundamento no art. 140.º (129.º CT03), de trabalhadores com vínculo anterior com a empresa e relativamente aos quais já tivesse decorrido o período referido no art. 143.º (132.º CT03), computado desde o momento em que se deu a cessação do mesmo¹⁶.

Se é certo que este n.º 1 se reconduz em muito à versão da norma embutida na segunda lei da greve, mantendo-se a imposição de restrições à substituição interna e proibindo-se a substituição externa, certo também é que se procede a um esclarecimento fulcral: a admissão de trabalhadores só é proibida quando feita com a finalidade de substituir grevistas. Põe-se assim fim à querela que referimos, adotando-se a conceção relativa da proibição.

Ficam por resolver outras questões ainda reconduzíveis à substituição por trabalhadores ditos externos, mormente o âmbito pessoal passivo da mesma, o tipo de vínculo abrangido e os efeitos no processo de contratação. Também quanto à substituição interna se levanta a questão dos seus limites.

Outra novidade introduzida em 2003 e agora vertida no art. 535.º/2, prende-se com a proibição de contratação de empresas para realização das tarefas dos grevistas, para evitar a defraudação indireta do n.º 1 [ROMANO MARTINEZ 2017b:1142], sendo apenas expressamente aceite a contratação em caso de incumprimento de serviços mínimos.

Por fim e como de resto aconteceu em todo o CT09, o art. 535.º passou a ter um número dedicado à responsabilidade contraordenacional (n.º 3).

4. Uma rosa por qualquer outro nome

4.1. A substituição externa

A admissão de novos trabalhadores com o intuito de substituição de grevistas encontra-se sumariamente proibida pelo art. 535.º/1, 2ª parte, nos termos aduzidos¹⁷, seja ela

¹⁶Referindo esta função de impedir a neutralização do direito pela contratação a termo, MONTEIRO FERNANDES 2013:77.

¹⁷Não sendo permitida para fazer face à não comparência dos trabalhadores designados para os serviços

realizada através da contratação clássica ou do recurso a mecanismos como a cedência de trabalhadores (art. 288.ºss) ou o trabalho temporário (art. 172.º ss). O que não implica a desnecessidade de esclarecimentos pontuais.

Desde logo, questionamos a aplicação da proibição aos processos de recrutamento.

A lei mostra-se clara, permitindo-os caso não se dirijam à substituição direta ou indireta¹⁸; e proibindo-os no tocante a recrutamentos com efeitos retroativos à data do pré-aviso com o objetivo de substituir os grevistas: é esta, de resto, a proibição-mãe do normativo. E com igual assertividade nos dirigimos ao recurso de trabalhadores a termo que, posteriormente à contratação por um motivo diferente da substituição, sejam chamados a exercer a atividade dos grevistas¹⁹.

Analisemos, de forma não exaustiva, uma série de situações decorrentes da hipótese de o empregador saber antes da entrega do pré-aviso da preparação da greve e contratar, antes daquele momento, trabalhadores para o exercício de funções nos estabelecimentos ou serviços que serão afetados²⁰.

Caso celebre um contrato dito sem termo e o trabalhador continue a sua prestação *ad infinitum*, dificilmente se reconduzirá a materialidade dos factos a uma tentativa de neutralização da greve. Contudo, a latitude temporal do período experimental (art. 112.º/1), superior à duração típica das greves – com uma moda de um a cinco dias²¹ – mostra-se um recurso aliciante. Dada a especial teleologia daquele [LEAL AMADO 2018:160-3] que elimina as limitações à desvinculação unilateral [FURTADO MARTINS 2017:624], tem-se admitido a *possibilidade* de sindicância dos motivos da denúncia²², sempre que esta se mostre abusiva²³. Doutra sorte, a própria contratação reconduz-se a

mínimos [Ac. TRP 12/6/2008].

¹⁸Cfr. ANA LAMBELHO 2018:558-9, PALMA RAMALHO 2015:479 e ROMANO MARTINEZ 2017b:1141.

¹⁹Cfr. a *Cassazione* 9/5/2006, que classificou como antissindical a utilização de trabalhadores contratados a tempo parcial, que deveriam trabalhar apenas no fim de semana, para substituição dos grevistas nos restantes dias da semana.

²⁰Cfr. LOBO XAVIER 1983:193, que considera ser permitida a promoção de uma prévia redistribuição de efetivos tendo em atenção a incidência previsível da greve, ressalvando-se os casos de fraude à lei.

²¹AA.VV. 2016:408.

²²Cfr. FURTADO MARTINS 2017:624, MONTEIRO FERNANDES 2017:304 e Acs. TRC 7/4/2016, TRP 5/3/2012 e 17/2/2014, TRL 15/2/2012, STJ 9/9/2015 e 22/9/2015.

²³ *Vide*, sobre o abuso desta figura, JÚLIO GOMES 2000:37-74,245-276.

uma fraude ao art. 535.^o²⁴.

Por outro lado, a impossibilidade de subsunção da substituição aos fundamentos de admissibilidade do art. 140.^o levará a que um contrato celebrado a termo nessa base se considere sem termo por força do art. 147.^o/1 e reconduzindo-se à primeira situação enunciada²⁵.

Já quanto à celebração de contratos com uma condição suspensiva dependente do *se e quando* de uma greve²⁶, o art. 535.^o/1, é claro ao proibir a substituição por quem à data do aviso prévio não trabalhasse no estabelecimento ou serviço. nem sequer se mostra arguível a recondução da noção de *início de trabalho* à da data de *início dos efeitos do contrato*, uma vez que estes são postergados por força da condição suspensiva até ao momento da verificação do *se*. Estamos dentro dos limites gramaticais da proibição.

Em contraste, teremos uma *substituição em cascata*²⁷ quando estejamos perante a contratação de um trabalhador com o fundamento de substituir um outro que, por sua vez – e escusando-nos a considerações sobre a atividade contratada –, esteja a executar tarefas de um grevista. A lei não proíbe a contratação de novos trabalhadores. O que não permite é que sejam utilizados como forma de substituição material, mesmo que mediata.

E igual raciocínio será de aplicar ao recurso ao trabalho temporário, à cedência de

²⁴E idêntico resultado seria alcançado caso as partes revogassem o contrato. Também aqui a atuação fraudulenta se reconduziria à contratação e não à cessação.

²⁵A única exceção será o caso de a celebração do contrato a termo encontrar o seu fundamento em qualquer uma das alíneas do 140.^o/4/b), em face da qual tenderemos a aplicar o raciocínio da fraude à lei.

²⁶Contrariamente, defendendo que “a proibição só se estende a contratos celebrados depois da data do aviso prévio”, considerando válido aquele já celebrado àquela data independentemente do momento de início da execução, PALMA RAMALHO 2015:478. De forma idêntica sobre os “processos de recrutamento em curso, no âmbito funcional atingido”, MONTEIRO FERNANDES 2013:81. Na jurisprudência, o Ac. TRL de 9/11/1983.

²⁷Termo cunhado no ordenamento francês, no qual este tipo de substituição indireta é considerada ilícita [cfr. HÉDY SELAMI 1999:151]. Sendo-o também em parte na Alemanha, onde se proíbe a substituição direta e indireta de grevistas (§11(5) AÜG), quando operada por trabalhadores temporários; ainda que, como denotam THOMAS KLEIN e DOMINIK LEIST 2017:100-5, existam subterfúgios para defraudar a norma, como a utilização de dois trabalhadores permanentes em cadeia para substituir o grevista antes de se recorrer ao temporário.

trabalhadores²⁸ e ao *trabalho* benévolo²⁹.

Merece neste âmbito especial análise o Ac. TRL 12/7/2007. O caso *sub judice* reconduz-se a uma greve, num centro de distribuição postal, decretada ao 2.º período de trabalho. No seu decurso, a entidade patronal recorreu a trabalhadores temporários, com a finalidade de recuperar trabalho em atraso, colocando-os a trabalhar só no 1º período. No entendimento do TRL, o facto de os trabalhadores contratados estarem a exercer funções durante o primeiro período (*i.e.*, ao mesmo tempo que os grevistas) e não o segundo implicava o não preenchimento dos pressupostos da proibição, por os pretendidos substituídos estarem “*no exercício das suas regulares funções*”. Apesar de reconhecer que “*as tarefas que os novos trabalhadores executavam, eram também tarefas dos grevistas*”, o TRL arguiu que a intenção da entidade empregadora não era a de substituir os grevistas mas antes a de eliminar a acumulação de trabalho e que, mesmo que fosse essa a intenção, a proibição não impedia as empresas de tomarem medidas para debelar as consequências da greve.

Com todo o respeito, parece-nos que o tribunal errou em cada passo que deu. Desde logo, ao restringir o período de greve ao momento temporal do 2º período de trabalho.

²⁸Segundo LOBO XAVIER 2018:162, a norma tem a pretensão especial de garantir que os postos de trabalho concretos não sejam assumidos através de ETT, nem por prestadores de serviços, nem por cedência ocasional. Caso contrário, estaríamos, aliás, em séria violação das interpretações do CLS, que tomam o recurso a trabalhadores temporários como uma violação da liberdade de associação (ILO 2018: §918; ILO 3019, *informe* 376 – PARAGUAY).

²⁹É certo que no *trabalho* benévolo a ausência de um contrato de trabalho implica a inexistência de um trabalhador em sentido formal. Ainda assim, trata-se de uma figura que, por ser passível de esvaziar o conteúdo do direito à greve, atenta do exato mesmo modo contra a teleologia da proibição [SALA FRANCO 2013:5]. Contrariamente, a STS 18/9/1997 entendeu não constituir infração laboral a assunção de tarefas dos grevistas pelo próprio empregador, por outros sócios da empresa ou por seus familiares.

Por outro lado, e ao contrário do que ocorre em França – onde a proibição de substituição se encontra num artigo dedicado à *proibição de celebração de contratos a termo* (art. L1242-6/1 *Code du Travail*), concluindo a jurisprudência francesa, *a contrario*, pela licitude do trabalho benévolo [cfr. *Cassation*, 11/1/2000] – ou em Espanha – onde o art. 6.5 RDL 17/77 refere expressamente a *vinculação* do trabalhador à empresa –, o CT coloca a tónica na proibição de substituição enquanto tal, não a associando a uma (específica) relação contratual.

Finalmente, não podia ser outra a interpretação gramatical do art. 535.º/1, *in fine*, dada a intensidade e extensão das noções de *trabalhadores* e de *admissão*, latas o suficiente para nelas incluirmos os *trabalhadores* benévolos.

Tal entendimento só se alcançaria por uma interpretação restritiva do preceito para a qual não encontramos argumentos.

Por outro lado, atribuiu uma importância incompreensível ao elemento volitivo da atuação.

E igualmente porque, ao mesmo tempo que reconhece que os trabalhadores contratados estavam a realizar as funções dos grevistas e que a proibição tem “*a finalidade de assegurar a eficácia da greve*”, conclui que ainda assim a atuação não contrariava o cerne da proibição, por os contratados estarem a prestar trabalho ao mesmo tempo que os grevistas. Se o legislador quisesse que a proibição só vigorasse durante o exato momento de exercício fático da greve não tinha grafado a sua retroação à data do pré-aviso.

O TRL parece ter operado na base de uma distinção semelhante à que viria a ser realizada por MONTEIRO FERNANDES [2013:81-2], contrapondo os conceitos de *substituição* e de *reforço* do efetivo da unidade funcional. É certo que a lei permite o aumento da força laboral durante a greve; mas não para realizar as mesmíssimas tarefas dos grevistas. Sejam ou não efetuadas no turno em que a greve se está a realizar. O entendimento do TRL peca por um excessivo formalismo com o qual o espírito da norma não se compadece.

Por criar uma interpretação subversiva da proibição, entendemos ter decido mal a Relação, ao não conduzir a prática perpetuada pelo empregador à proibição de substituição e, conseqüentemente, ter tomado por lícita uma clara fraude à lei³⁰.

4.2. *A substituição interna*

4.2.1. *A transferência*

A segunda proibição constante do art. 535.º/1 refere-se à substituição dos grevistas por trabalhadores que não desenvolviam a sua atividade no estabelecimento ou no serviço onde a greve foi decretada, limitando-se o poder do empregador de recorrer à mudança do local de trabalho (art. 194.º) para deslocar trabalhadores de outro estabelecimento, serviço ou secção³¹ para aquele que se encontra em greve³², a partir da data de

³⁰Cfr., em comentário a este acórdão, ANA LAMBELHO 2018:559.

³¹Admitindo a deslocação de trabalhadores de outra secção, ROMANO MARTINEZ 2017a:1253. Igualmente, no âmbito da segunda Lei da Greve, JOÃO CAUPERS 1978:97.

³²No mesmo sentido, PALMA RAMALHO 2015:478 e o Ac. TC n.º 15/2005.

comunicação do pré-aviso.

As dificuldades neste âmbito reportam-se ao conteúdo e à extensão dos conceitos *estabelecimento e serviço*.

Será desde logo de excluir uma qualquer equiparação entre *estabelecimento e empresa*. Por o conceito basilar no direito laboral português se reconduzir à empresa e não àquele e por a opção entre um e outro exprimir, dependendo do caso, *interesses contraditórios entre empregador e trabalhador* [CATARINA CARVALHO 2011b:352,873ss], parece-nos claro que a intenção legislativa não ia no sentido de a abarcar na sua totalidade.

E tão pouco importará a distância entre os estabelecimentos ou a existência ou não de prejuízo sério [JÚLIO GOMES 2013:72]. A proibição é *tout court*.

ROMANO MARTINEZ [2017a:1254] aponta como forma de ultrapassagem da dificuldade a procura de *existência de autonomia económica e administrativa entre os tipos de unidades*. Não é um critério satisfatório. A rigidez na divisão dos estabelecimentos e serviços das empresas tem colapsado sob o peso da necessidade da rápida adaptação destas aos desafios de um mercado caprichoso, tornando-as mais flexíveis e homogéneas.

Já JÚLIO GOMES [2013:72-3], encontrando na autonomização da noção de *serviço* em relação à de *estabelecimento* uma proibição de transferência de trabalhadores interdepartamental, remete a expressão *serviço* para um “*departamento ou unidade funcional*”. Entendimento próximo tem ANA LAMBELHO [2018:558], que toma o *serviço* como a secção do estabelecimento ou empresa onde se levem a cabo atividades semelhantes. A qual se reconduzirá a uma análise casuística da independência de um dado conjunto de funcionalidades em face de outro³³, “*com validade de referência às diversas hipóteses que se colocam no âmbito da organização de cada empresa*”³⁴ [Ac. STJ 30/11/2000]. E também o faz MONTEIRO FERNANDES [2013:78-9], reconduzindo a *unidade funcional* a um conceito amplo³⁵ que sinaliza “*qualquer organização de trabalho*

³³Na senda da noção de *unidade produtiva autónoma*, dotada de uma autonomia técnico-organizativa própria, de LOBO XAVIER 1986:455.

³⁴Solução proposta pelo MP nas alegações de recurso [MARIA BARBOSA PEREIRA 2001:155].

Em causa estava uma empresa de prestação de serviços de segurança. Concluiu – bem – o STJ que, sendo estas instalações os locais de trabalho dos grevistas, no tocante àquele tipo de empresas o único critério atendível para a determinação da violação seria o local de exercício de funções. Local esse que não havia de ser confundível com toda a área geográfica dentro da qual o empregador pode movimentar os trabalhadores.

³⁵Semelhantemente, LOBO XAVIER 1984:191.

dotada de recursos materiais e humanos especificamente afetos a uma finalidade económico-productiva”.

Afastamos assim o recurso a um conceito técnico-jurídico preciso de *estabelecimento* ou de *serviço*³⁶ que esbarraria nos problemas já referidos em prol de um referencial empírico consubstanciado no quadro organizativo em que o problema se coloca³⁷ e que, em última instância, se reconduzirá aos locais onde a empresa empregadora exerce atividade.

4.2.2. *A atividade contratada e o ius variandi*

A escassa doutrina³⁸ e jurisprudência³⁹ portuguesas⁴⁰ que se debruçada sobre o tema entende, quase na sua totalidade, que o empregador, seja no âmbito da noção de atividade contratada (115.º e 118.º/2,3), seja pelo uso da mobilidade funcional (120.º), pode substituir os grevistas com não aderentes do estabelecimento ou serviço onde a greve foi decretada. Cremos ser necessário destriçar as duas situações.

O alargamento *ex lege* da atividade contratada por referência à carreira implicará uma limitação material dos efeitos da greve muito inferior à possível pela variação funcional. Contrariamente, impedi-lo implicaria uma restrição mais danosa ao direito à iniciativa económica do que a proibição de recurso ao *ius variandi* dadas as diferentes naturezas

³⁶Cfr. o Ac. TC 15/2005.

³⁷Em moldes próximos aos da desmaterialização ou compreensão mais flexível do conceito de unidade económica em matéria da sua transmissão [JÚLIO GOMES 2010:92].

³⁸Sem grandes desenvolvimentos, JOSÉ JOÃO ABRANTES 2014:87, JÚLIO GOMES 2013:85, LIBERAL FERNANDES 2018:301, MARIA MAIA DA SILVA 2002:131, MENEZES LEITÃO 2016:642, PALMA RAMALHO 2015:478, ROMANO MARTINEZ 2017A:1253.

Já considerando a mobilidade funcional proibida, também sem o explicitar, ESTÊVÃO MALLET 2014:73, ANTÓNIO GARCIA PEREIRA 1992:20.

³⁹ O referido Ac. STJ 30/11/2000. Igualmente, o Ac. TRL 12/7/2007. De forma semelhante, mas apenas se referindo, através de uma interpretação meramente legal, à possibilidade de “*aplicar do modo mais conveniente o trabalho dos não aderentes que já pertencessem aos mesmos serviços*”, o Ac. TC 15/2005.

⁴⁰Em sintonia com o entendimento generalizado em França (cfr. FRANÇOIS DUQUESNE 2010:558 e BERNARD TEYSSIÉ 2016:1020-3). E igualmente em Itália (cfr. *Cassazione* 16/11/1987 e 13/3/1986) onde apenas será ilícita a substituição interna realizada com o propósito de impedir ou frustrar a atividade sindical (cfr. *Cassazione* 9/5/2006). Em sentido contrário vai o ordenamento espanhol, no qual a maioria das decisões judiciais relativas às limitações impostas às faculdades empresariais pela greve se centram em abordar problemas suscitados pelo recurso ao *ius variandi* [LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS 2014:121].

dos institutos.

Podemos questionar a recondução do exercício daquelas funções ao abuso de direito quando não desenvolvidas habitualmente⁴¹. Mas a parca flexibilidade da noção de categoria dificulta o preenchimento dos seus requisitos.

De igual forma, também temos dificuldade em aceitar a aplicação extensiva da proibição do art. 535.º. Estando as funções centrais e afins dos não grevistas contratualizadas *ab initio* por remissão para uma categoria, impedir o empregador de sequer receber a prestação *tal quale* se encontra prevista não se reconduziria a uma paralisação do poder de direção: seria a sua total aniquilação.

Pelo que apenas em empresas altamente tecnicizadas e homogêneas que, aproveitando os meios técnicos já existentes, reorganizem a prestação dos não aderentes por recurso ao conteúdo funcional alargado, concebemos a possibilidade de aniquilação da eficácia interna ou externa da greve.

Negar esta possibilidade seria, segundo PÉREZ REY [2017:163], colocar a greve num plano de legalidade referida exclusivamente à relação contratual, “*sin que entre la función del derecho se admita alterar la asimetría de poder que establece la normalidade laboral regida por un principio de subordinación*”, anulando-se a função constitucional do direito, confinando-o à mera faculdade de suspender o contrato.

O raciocínio não é exatamente o mesmo no tocante ao *ius variandi*. Tratando-se de uma variação da prestação cujo único limite é a impossibilidade de modificação substancial da prestação laboral (art. 120.º/1), bem se compreende que a capacidade teórica de o empregador neutralizar a greve cresce exponencialmente, reentrando-se no teleologia do art. 535.º⁴². E por essa mesma razão incrementa a possibilidade de encaixe deste poder no *abuso do direito*⁴³.

Por outro lado, o requisito de um *interesse da empresa* que se tem de mostrar cumprido para que o empregador se possa munir do *ius variandi* (art. 120.º/1) levanta problemas

⁴¹Defendendo-o, ANA LAMBELHO 2018:558, GARCÍA TORRES 2017:229, SÁNCHEZ QUIÑONES 2018:8, STS 30/4/2013.

⁴²Contrariamente LIBERAL FERNANDES 2018:301 entende que, ainda assim, “*os efeitos económicos decorrentes do recurso à mobilidade funcional interna não se aproximam dos alcançáveis através da substituição dos trabalhadores em greve*”.

⁴³Admitindo a aplicação da doutrina do abuso de direito ao *ius variandi*, sempre que não se demonstre a existência de “*um interesse objetivo, sério e de natureza transitória*”, Ac. STJ de 23/5/2005.

específicos.

Desde logo, pela dificuldade de distinção entre o interesse do empregador e o da empresa, já que “*o primeiro corporiza o segundo*” [PALMA RAMALHO 2016:316]. Pelo que para o podermos objetivar teremos de o reconduzir “*à exigência de uma racionalidade na gestão que não se compadece com a prossecução de políticas arbitrárias e, muito menos, de vinganças pessoais*” [JÚLIO GOMES 2007:802].

Mas também devido ao conceito de *interesse da empresa* conjugado com a variação funcional enquanto poder excecional. Naturalmente que uma leitura economicista do preceito verá na norma uma arma de arremesso em face de qualquer percalço no caminho da manutenção da plena laboração; é difícil argumentar a inexistência de um interesse da empresa em eliminar quaisquer perturbações. Mas dificilmente, por uma interpretação teleológico-sistemática do art. 120.º, encontramos nele um comando permissivo para o empregador erradicar o conteúdo de um direito dos trabalhadores⁴⁴. O recurso a este só será admissível perante “*um interesse objetivo, sério e de natureza transitória*” [Ac. STJ 23/2/2005]: de entre os quais apenas a transitoriedade se dará por cumprida.

E se o dano na produção constitui o prejuízo ordinário derivado do exercício legítimo do direito de greve ao qual o empregador permanece fisiologicamente exposto, parece contraditório, “*che lo stesso pregiudizio possa simultaneamente essere qualificato, nella prospettiva del rapporto individuale di lavoro, come una situazione straordinaria ed anómala tale da giustificare un'altrimenti inammissibile dilatazione dello ius variandi*” [FIORELLA LUNARDON 2011:178-9]⁴⁵.

⁴⁴Cfr. a STC 123/1992, no qual o TC considerou abusivo o recurso ao *ius variandi* não como medida necessária para a “*buena marcha de la empresa*”, mas antes para desativar a pressão da greve. No mesmo sentido, contrapondo as substituições habituais com “*novaciones extraordinárias que contravienen el derecho de huelga*”, LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS 2014:119. Igualmente, CEINOS SUÀREZ 2000:47, para quem os poderes de direção e mobilidade não surtem efeitos quando exercidos com escopos diferentes dos previstos pelo ordenamento, como medida para eliminar a pressão da greve e não para a boa marcha da empresa. Em sentido oposto, criticando aquela sentença, DIÉGUEZ CUERVO 1993:215-7 que, partindo do entendimento de que a greve apenas serve os interesses egoístas de quem a exerce, propugna pela licitude da pretensão protecionista do empregador.

⁴⁵Estas considerações da autora – ainda que as continuemos a fazer nossas - foram, no entanto, elaboradas antes da alteração de 2015 ao *Codice Civil*. Para um comentário ulterior à alteração, MATTEO BALESTRI 2018:8-9, para quem a greve pode ser entendida como “*una modifica degli assetti organizzativi aziendali*” e, consequentemente, legitimar o recurso ao *ius variandi* vertical (e horizontal). Mas entendimento semelhante já se encontrava na *Cassazione* 4/7/2002, que entendia que a “*paralisi della produzione in*

Pelo que também o recurso ao poder de variação deverá ser enquadrado no âmbito de uma interpretação extensiva da proibição⁴⁶, independentemente de se tratarem de trabalhadores da mesma categoria ou de categoria superior⁴⁷. Sem esquecer, claro, que uma análise casuística da factualidade poderá revelar a inexistência de um enfraquecimento do direito à greve e a existência de um interesse legítimo da empresa no recurso àquele poder.

Curioso mostra-se o Ac. TRC de 16/12/2015. O caso que lhe subjaz reconduz-se a uma greve que levou a que quatro trabalhadores não comparecessem ao serviço numa das lojas da empregadora, tendo permanecido nestes três outros trabalhadores, de categoria superior à dos grevistas e que, apesar de não estarem afetos à mesma, executaram funções correspondentes ao conteúdo funcional dos grevistas.

O TRC, apesar de admitir a competência funcional dos trabalhadores para o exercício das tarefas, entendeu que as mesmas não foram exercidas “*no âmbito normal das suas funções*” e que, “*ainda que estes trabalhadores tivessem uma ligação ao estabelecimento em causa [...] o alcance da proibição [...] proibia-os de substituir os grevistas, pois as funções substitutivas executadas visaram inequivocamente neutralizar o efeito da greve*”, reconduzindo a conduta à fraude à lei.

Este tipo de decisão, inédita a nível nacional, vai ao encontro do raciocínio que começamos a desenvolver: sendo o objetivo da proibição do art. 535.º evitar a debelação do direito à greve, no qual se inclui os seus efeitos, a conduta que o realize será

occasione di uno sciopero” preenchia a noção de necessidades específicas e objetivas da empresa.

⁴⁶Cfr MONTEIRO FERNANDES 2013:79, que apesar de afirmar que a lei admite que o trabalho seja assegurado por não aderentes da mesma unidade funcional, prontamente refere que “*Uma organização flexível, em que vigore um nível elevado de polivalência funcional [...] obrigará a ponderar a proibição legal de modo muito diverso do que [...] numa organização mais segmentada e rígida*”.

⁴⁷Cfr. FERRANDO GARCÍA 2011:185 e LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS 2014:119. Já admitindo ser difícil valorar a legitimidade da substituição interna “*allorché questa avvenga con l'utilizzazione dei lavoratori non scioperanti in manioni inferiori o poco qualificanti, attraverso un arbitrario esercizio dei poteri organizzativi dell'impresa*”, FRANCESCO SANTONI 1999:85. Esta dificuldade mostra-se compreensível, em face do art. 2103 *Codice Civile*, que limita o poder de variação e, em particular, disciplina as situações em que a variação vertical é admissível. O facto de a substituição de grevistas não estar acomodada nesse elenco tem levado os tribunais a declararem-na ilegítima [quando para categoria inferior], a não ser que a alteração de funções advenha de necessidades extraordinárias de carácter objetivo da empresa, seja temporária e represente apenas parte marginal dos deveres do trabalhador [*Cassazione*: 19/7/2011, 6/8/2012 e 10/7/2015. Desenvolvendo, FIORELLA LUNARDON 2011:176-8].

fraudulenta.

4.2.3. *O tempo de trabalho*

Mas não só pela reorganização funcional e material do processo de produção poderá o empregador obstar à efetivação do direito à greve nos moldes apreciados. Poderá igualmente fazê-lo pelo recurso à reorganização temporal. Centrar-nos-emos no trabalho suplementar (art. 226.º ss)⁴⁸.

A questão passa por aferir se, durante ou em algum momento contíguo à greve, poderá a entidade patronal exigir aos trabalhadores não aderentes tal prestação⁴⁹.

Partindo do já assente no tocante ao esvaziamento do conteúdo do direito à greve⁵⁰ e às limitações dos poderes do empregador, parece-nos clara a impossibilidade deste recurso, para tal não relevando a não alteração da posição contratual dos não grevistas⁵¹, e independentemente da necessidade de invocação de abuso de direito⁵².

Como escreve LIBERAL FERNANDES [2018:300-1], o facto de este mecanismo possibilitar “*obter um nível de atividade superior ao normalmente conseguido*” com os trabalhadores que se mantenham em funções, transmitindo uma aparência de inexistência da greve [ANA LAMBELHO 2018:559] torna clara a sua equivalência à substituição de grevistas. Como desenvolve o autor, os efeitos económicos decorrentes deste expediente são largamente superiores aos do *ius variandi*, pondo mais facilmente em causa, no plano substantivo, o fim garantístico do art. 535.º/1. Apenas questionamos a forma como o autor aplica a norma: parece ainda estarmos dentro dos limites da interpretação extensiva da norma e já não da sua integração por recurso à analogia, por entendermos que é ainda reconduzível ao conceito de *substituição* em sentido material que temos vindo a desenvolver a prestação de trabalho suplementar, pelos fundamentos já aduzidos⁵³.

⁴⁸Excluiremos do raciocínio o trabalho suplementar que já vigorasse à data do pré-aviso caso se mantenham os seus fundamentos e condições, assim como aquele que se reporte ao cumprimento dos serviços mínimos (art. 567.º).

⁴⁹Defendendo *tout court* essa possibilidade, PALMA RAMALHO 2015:478.

⁵⁰Assim, TÁSCON LÓPEZ 2018:66. Igualmente, a STSJ Valencia 15/12/2009.

⁵¹Nesse sentido, GRAU PINEDA 2018:109. Igualmente, a STSJ Madrid 16/11/1992.

⁵²Ponderando a aplicação deste instituto, como forma de evitar a neutralização do direito à greve aquando do recurso ao trabalho suplementar, JÚLIO GOMES 2013:70,86.

⁵³Igual raciocínio mostra-se aplicável, por equivalência de fundamentos de recurso e de consequências da sua utilização, aos restantes mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho, em especial ao banco de

E finalmente, porque da mesma forma que obstamos à recondução do conflito coletivo ao interesse da empresa para cumprimento dos requisitos do *ius variandi*, também nos opomos, com argumentos geneticamente semelhantes, à invocação do cumprimento dos pressupostos do trabalho suplementar (227.º)⁵⁴. Desde logo, porque o *acréscimo eventual e transitório de trabalho* referido no art. 227.º/1⁵⁵ não está pensado para o decréscimo do número de trabalhadores em funções. Por outro lado, porque a greve não se reconduz aos casos de força maior previstos no n.º 2, *ab initio*. De igual forma porque, como já desenvolvemos, o prejuízo patrimonial decorrente da greve não pode ser debelado pelo exercício de faculdades patrimoniais, não se mostrando assim aplicável o n.º 2 *in medio*.

Contudo, o art. 227.º/2, *in fine*, prevê a possibilidade de recurso a trabalho suplementar quando esteja em causa a própria viabilidade da empresa. Estamos perante a exceção à proibição deste mecanismo que referimos. É que, como desenvolvemos, durante a greve mantêm-se na esfera do empregador o conjunto de poderes que se mostrem necessários para garantir a viabilidade da empresa, evitando a sua destruição, pelas razões já aduzidas.

Responderíamos igualmente de forma afirmativa à questão de saber se a proibição de trabalho suplementar retroage ao período de pré-aviso.

Em primeiro lugar porque, quer entendamos estar em causa uma interpretação extensiva da proibição ou a sua aplicação analógica, seremos sempre obrigados, por um argumento de coerência aplicativa da norma invocada, a reconduzir a proibição até àquele momento.

Em segundo lugar, pelo já debatido problema da *ratio legis*. Permitir este trabalho suplementar durante o período que vai desde o pré-aviso até ao início da greve equivaleria, especialmente em empresas de produção de bens, a criar uma almofada de *stock* que amortizaria os efeitos patrimoniais e de aparência externa da atuação coletiva.

Mas este raciocínio já não é extensível à questão geral do reforço intensivo da

horas individual (art. 208.º-A), cuja facilidade de agilização e possibilidade de aumento de até duas horas diárias até ao máximo de 50 horas semanais e 150 horas anuais o equipara nos seus efeitos ao trabalho suplementar.

⁵⁴Em sentido semelhante, a já referida *Cassazione* 9/5/2006, que considerou que a prestação de trabalho suplementar por trabalhadores a tempo parcial durante a greve, com a finalidade de neutralizar e não de ir ao encontro das situações para as quais essa prestação é permitida, é ilegítima. Igualmente, MATTEO BALESTRI 2018:5.

⁵⁵Reconduzindo-o a “*necessidades anormais de gestão*”, PALMA RAMALHO 2016:425.

prestação laboral no pós-greve. LIBERAL FERNANDES [2018:302-3], referindo-se expressamente ao trabalho suplementar, apenas o admite diretamente quando o conflito tenha terminado por acordo de fim de greve no qual seja convencionada a recuperação das horas de trabalho, dando assim a primazia ao princípio da autonomia de composição dos interesses dos parceiros sociais, e negando-o nas restantes hipóteses sob pena de defraudação da proibição.

Não concordamos. Sendo certo que as possibilidades de dirimir os danos da greve em momento póstumo são tantas quanto as de substituir os grevistas no seu decurso⁵⁶, a recondução da proibição a uma garantia do direito à greve implica a limitação da sua aplicação ao período de exercício do direito. Por outro lado, a lógica que a retroage à data do pré-aviso não se mostra aplicável aos momentos posteriores à greve. Igualmente porque limitando-se os efeitos da greve, na relação laboral (art. 536.º), ao lapso temporal do seu exercício, por maioria de razão também o estarão os restantes efeitos decorrentes deste conflito. Mas mais: levado ao extremo, estaríamos perante uma limitação *ad aeternum* do direito à livre iniciativa económica, não coadunável com o seu estatuto jusfundamental.

4.3.A externalização dos serviços

Uma outra questão que se projeta sobre o empregador afetado pela greve prende-se com o recurso à subcontratação. Como referimos, o 535.º/2 proíbe, salvo em face do incumprimento de serviços mínimos, que *a tarefa a cargo do trabalhador seja realizada por empresa contratada para esse fim*.

Apesar de ter sido uma novidade introduzida pelo CT03, com a finalidade de evitar uma defraudação indireta da proibição, a questão já se colocava, com outros contornos, na vigência da Lei da Greve.

Há época, a jurisprudência dividia-se entre aqueles que tomavam o art. 6.º como taxativo, recorrendo a uma interpretação *a contrario* para justificar que o que não fosse proibido seria permitido⁵⁷, e aqueles que atendiam à *ratio* da norma, nomeadamente ao efeito neutralizador da greve e ao perfil económico das operações, para condenar a

⁵⁶Cfr. a STSJ Aragón 6/10/2010 que admite esta possibilidade no âmbito da substituição tecnológica. Igualmente MONTEIRO FERNANDES 2013:81-2, que após distinguir a *substituição* do *reforço do efetivo*, defende, por uma interpretação *a contrario*, a admissibilidade desta última para lidar com tais acumulações.

⁵⁷Acs. TRL, 20/9/89 e 4/12/1996.

“substituição” dos trabalhadores por empresa prestadora de serviço⁵⁸.

Aproveitando a entrada em vigor do CT03, o legislador tomou uma posição definitiva sobre a matéria, optando por proibir explicitamente a realização da *concreta tarefa desempenhada pelo trabalhar* por empresa *especialmente contratada para o efeito*, com a ressalva acentuada.

Mas se a intenção do legislador era clara, já não o pareciam ser os limites da proibição. Ao grafar o adjetivo *concreta* [tarefa] e o advérbio *especialmente* [contratada], abriu caminho para duas interpretações gramaticais e não co-excludentes: por um lado, uma que reconstruía o propósito da utilização daquele adjetivo como conducente a uma proibição meramente imediata, abarcando tão só a *atividade* do grevista e já não nem o *resultado* da sua prestação – permitindo-se, *v.g.*, que uma fábrica de componentes encomendasse componentes idênticos a uma sua concorrente de forma a não quebrar obrigações de fornecimento –, nem o recurso a outras formas de desempenho da atividade que não correspondem à tarefa concretamente desempenhada mas alcancem o mesmo resultado – como o seria a contratação de uma empresa de transportes para prestar o serviço que a contratante prestaria através dos motoristas agora em greve⁵⁹; por outro, uma mais descabida que visse naquele advérbio uma abertura para a contratação de uma empresa terceira para a realização de um leque de atividades por entre as quais se encontrasse uma ou umas correspondentes à tarefa normalmente desempenhada pelo agora grevista.

A alteração de 2009, que suprimiu as referências a *concreta* e a *especial*, foi entendida por ROMANO MARTINEZ [2017a:1143] como uma “*alteração sub-reptícia da norma*”⁶⁰, que, no entendimento do autor (que apenas se refere à supressão do adjetivo e nunca do advérbio), deve ser menosprezada por, *a contrario*, se resvalar numa interpretação que toma como *absurda e desajustada à realidade*, por ser “*frequente em greves de*

⁵⁸Cfr. o Ac. TRC 20/4/2006, no qual se concluiu pela impossibilidade do empregador, substituindo-se às entidades incumbidas de assegurar os serviços mínimos, contratar, *sponte sua*, empresas para os assegurar. Este acórdão, ainda que relativo a um caso decidido à luz da Lei da Greve, já foi proferido após a entrada em vigor do CT03, o que nos obriga a ponderar a possibilidade de a interpretação extensiva do tribunal se dever à agora explícita posição do legislador.

⁵⁹Exemplo de ROMANO MARTINEZ 2003:859.

⁶⁰Contrariamente, entendendo que a alteração não foi clara ao ponto de estarmos perante uma “*guinada*” do legislador, MONTEIRO FERNANDES 2013:83.

transportes a contratação de serviços alternativos”⁶¹. Não discorre.

Desenvolvendo, o silogismo utilizado pelo autor para justificar a conservação daquela interpretação após o processo de revisão do CT só seria inatacável se a premissa maior em que se baseia (a interpretação que defendia à luz do CT03) fosse também ela inatacável. O que não nos parece ser o caso.

Na verdade, parece-nos que já à luz do CT03 o que a lei proibia era não só a substituição da efetiva prestação do trabalhador, mas igualmente qualquer recurso, por uma empresa atingida por greve, a *meios alternativos* de realização do fim económico-productivo do seu processo normal de produção que conduzissem a um esvaziamento do efeito prático da greve. Na expressão de MONTEIRO FERNANDES [2013:83-4], O domínio alvejado pelo legislador é o dos “*meios ou recursos utilizados pelo empresário para alcançar o fim económico-productivo*”. Entendimento contrário, que não abarcasse uma substituição mediata da prestação, seria contraproducente, por abrir espaço àquilo que ROMANO MARTINEZ [2017a:1142] admitiu ser o fim da norma: a defraudação indireta do n.º 1.

O que permitiria um entendimento da revisão mais consonante com a *navalha de occam*: se já à luz do CT03 se proibiam quaisquer substituições diretas ou indiretas da prestação por empresas, a alteração levada a cabo tão só o clarificou.

Finalmente, não entendemos ser justificável apoiar a interpretação na *praxis* empresarial: argumentar que a norma não deve ser interpretada no sentido de proibir a contratação de empresas que *apenas* substituam o resultado da prestação por esse tipo de contratação ser frequente não é só incorrer numa argumentação circular como roça na defesa de práticas *contra legem* pela virtude de serem constantes e reiteradas⁶².

Não será de descurar a posição de autores como PALMA RAMALHO [2015:479-480] que, a este respeito, entendem que a proibição abarcará apenas o recurso a mecanismos que permitam atingir o mesmo resultado da tarefa dos grevistas, por tal consistir numa “*substituição material*” daqueles, não abarcando já o recurso a entidades externas para ultrapassar os prejuízos da conflito – como pela a compra do mesmo tipo de produtos a terceiros de forma a cumprir as suas obrigações contratuais de fornecimento -, por

⁶¹Propugnando igualmente pela legitimidade da contratação de empresas para assegurar serviços alternativos, por considerar não estar em causa a realização das tarefas dos grevistas, “*mas antes a substituição de uma organização por outra*”, LOBO XAVIER 2018:162.

⁶²A contratação a termo à revelia do art. 140.º é frequente, mas nem por isso deixará de ser *contra legem*.

entender que tal ação não põe em causa o exercício do direito de greve⁶³.

Não nos parece que tal posição vingue. Como denota MONTEIRO FERNANDES [2013:83], “*o que está em causa é a substituição de certos meios ou recursos [...] por outros meios ou recursos*”, o que inclusive poderá ocorrer sem custos adicionais⁶⁴, visto que os salários que deixaram de ser pagos aos grevistas serão afunilados para o pagamento do preço destes bens. Pelo que, novamente, parece ser de recusar a legalidade dessa contratação precisamente por anular o efeito prático da greve.

Por outro lado, o facto de o art. 535.º/2 proibir a realização da tarefa do grevista por empresa contratada para esse fim, sem especificação do *quando* da contratação, força-nos a concluir pela integração na proibição desse tipo de externalizações⁶⁵, mesmo que apriorísticas à decretação da greve, mas com o intuito de virem a ser utilizadas especificamente aquando desta. Como denota GOERLICH [2018:184], a externalização de uma tarefa em momento prévio ao pré-aviso de greve será critério necessário, mas não suficiente para a sua exclusão do âmbito da proibição: considerar o contrário daria azo a que se permite um alargamento do objeto negocial, após a entrega do pré-aviso de greve, através do qual se alcançariam os mesmos efeitos a que o artigo pretende obstar.

Finalmente, o termo *empresa*, usado em contraponto a *trabalho subordinado*, como forma de excluir este dos modos de suprimento do incumprimento dos serviços mínimos, não pode ser interpretada no sentido de excluir a contratação de prestadores de serviços para esse fim, sob pena de uma discriminação negativa sem justificação objetiva [LIBERAL FERNANDES 2010:591]⁶⁶.

5. Hermenêutica da proibição e limites do poder de direção

5.1. Razão de ordem

Como fomos dando a perceber ao longo do capítulo anterior, as situações passíveis de, em abstrato, serem reconduzidas à noção de substituição de grevistas são variadas e

⁶³No mesmo sentido, ESTEVÃO MALLET 2014:75.

⁶⁴Até quiçá abaixo do custo de produção, quer por má organização apriorística da produção, quer pela benevolência da empresa com que contrata.

⁶⁵Enquadrando na proibição o recurso *tout court* ao *outsourcing*, MENEZES LEITÃO 2016:642.

⁶⁶O que nos obriga, por razões de rigor jurídico e coerência com a integração da prestação de serviços no conceito de empresa, a reconduzi-la à proibição do n.º 2 e não do n.º 1.

dísparos entre si. Pelo que urge encontrar um elemento comum que permita, em concreto, facilitar a subsunção do facto à norma.

Mas tal elemento não deverá ser procurado, em primeira linha, nos factos com que nos defrontamos, mas sim na própria hermenêutica da *proibição*. Após a sua interpretação estaremos munidos dos elementos caracterizadores necessários para aferir, perante uma dada hipótese, da existência de uma atuação desconforme ao Direito.

Pelo que se mostrará basilar o recurso aos princípios hermenêuticos, tendo em atenção as especificidades do Direito do Trabalho e as particularidades da disparidade de armas típica deste campo e lendo a proibição à luz da dialética norma constitucional/norma infraconstitucional, sob pena de nos olvidarmos da “*natureza do direito que lhe está subjacente*” [ANA LAMBELHO 2018:554].

Sob outra perspetiva, a atividade do intérprete, conforme o art. 9.º/1 CC, não se basta com a mera referência à *letra* da lei. O enunciado será a ponte para o seu *espírito*.

Contudo, a letra não será apenas o ponto de partida da interpretação: será igualmente o seu fim, o seu limite (n.º 2), excluindo-se qualquer sentido que não encontre na norma o mínimo de alusão, ainda que indireta, àquele que se pretende acolher [BAPTISTA MACHADO 1982:189].

Por outro lado, o 9.º/1 CC refere igualmente como instrumentos a *occasio legis*, o *atualismo*⁶⁷ – especialmente relevante na interpretação de leis marcadas pela conjuntura em que foram elaboradas – e a *unidade do sistema jurídico* – imposta pela necessidade de coerência valorativa e reveladora de um sentido diferente da mesma norma consoante a consciência jurídica da época em que se insere.

A *occasio legis* enquanto argumento *psicológico*, mais desconfiável quanto mais longínquo se encontrar o momento histórico no qual o texto normativo foi redigido [GIOVANNI DAMELE 2014:948] e quanto menos densos for aquele material, mostra-se-nos pouco útil. Desde logo, porque o cerne do artigo se manteve fundamentalmente inalterado. Mas igualmente, porque os trabalhos preparatórios da norma e das suas alterações são escassos e resumem-se, sem grandes desenvolvimentos, à ideia de evitar a violação do conteúdo do direito à greve, sem nunca densificar aquilo a que este corresponderá. A vontade do *legislador histórico* mostra-se mormente obscura.

⁶⁷O qual o legislador favorece em face do *histórico* [FREITAS DO AMARAL 2017:26].

5.2. *Interpretação a contrario sensu e interpretação conforme à Constituição*

Parece-nos sensata a rejeição liminar da *interpretação a contrario sensu* do art. 535.⁶⁸, no sentido de permitir quaisquer tipos de comportamentos que redundem na neutralização do efeito da greve através da substituição material *lato sensu* do grevista – *i.e.*, que permitam alcançar total ou parcialmente o mesmo resultado produtivo que obteriam na ausência da greve⁶⁹. Ainda que seja compreensível o raciocínio que leva a alcançar, pela *interpretação declarativa* de uma norma proibitiva, aquela arguição, certo é que este tipo de argumento “*exige uma tarefa muito cautelosa do intérprete*”⁷⁰, uma vez que o facto de o legislador estabelecer uma regra para um caso concreto não significa que “*há-de querer, para os casos não mencionados, a regra inversa*” [JOSÉ DIAS MARQUES 1994:153]. Para além da possível desvirtuação do reconhecimento constitucional, com o máximo nível de garantias, do direito à greve [PÉREZ REY 2013:165].

Destarte, esta interpretação, por deduzir de um *ius singulare* um princípio-regra em sentido oposto, só tem força plena quando se demonstra uma *implicação intensiva* entre a hipótese e a estatuição [BATISTA MACHADO 1982:187], *quando o espírito que está na base do preceito tem carácter excepcional*, sujeitando os restantes à norma inversa, consagrando uma taxatividade ou impossibilitando a interpretação extensiva.

Recuperando as ideias da utilidade da proibição no combate ao enfraquecimento do direito à greve, dificilmente concluiríamos pelo carácter excepcional do espírito da norma. Inclusive, propugnamos o contrário: na redação atual do sistema constitucional de greve, esta proibição será aplicável independentemente da sua consagração infraconstitucional.

Desenvolvendo, a eficácia direta e horizontal dos DLG (art. 18.º/1 CRP)⁷¹, independente de mediação infraconstitucional, como modo de impedimento da imunização das relações entre privados de forma tal que se admitisse nestas constrangimentos de direitos fundamentais inadmissíveis nas relações daqueles com o Estado [GUILHERME DRAY 2015:185], resulta na possibilidade de invocação direta do

⁶⁸Questionando esta leitura, JÚLIO GOMES 2013:70.

⁶⁹Entendimento uniformizado em Espanha pela STC 123/1992.

⁷⁰Ac. STJ 7/4/2011. Igualmente, BATISTA MACHADO 1982:187. Arguindo a sua falibilidade, Ac. STJ 16/10/1984.

⁷¹Sobre este ponto e a sua dificuldade aplicativa, MONEREO PÉREZ 2017:698ss, PAULO MOTA PINTO 2007:168, CASALTA NABAIS 1990:2.

direito à greve enquanto direito fundamental no decurso de um conflito coletivo. Invocação que mais peso terá por ser feita ao abrigo do *principio da proteção do contraente laboral débil*. Destarte, e tendo por base o nosso entendimento de um conteúdo material e não meramente procedimental do direito, a proibição de substituição decorreria já do conteúdo de garantia do art. 57.º CRP⁷².

Entendimento que se torna tanto mais forte quando ponderamos a Convenção n.º 87 OIT, cujos normativos respeitantes à greve se hão-de considerar, por força do art. 8.º CRP, partes integrantes do direito fundamental e, conseqüentemente, interpretamos o art. 57.º CRP tendo em mente as decisões do CLS⁷³ e as observações do CEACR⁷⁴ (que apenas admitem a substituição sempre que ocorra uma crise nacional aguda; relativamente a certas categorias de funcionários do Estado; no cumprimento de serviços mínimos e no rasgo de uma greve num setor essencial); e, por idêntica razão e semelhante conteúdo, as conclusões do CEDS⁷⁵ e as observações do CDESC⁷⁶.

Ao que se alia a premissa de que “*los derechos de libertad sindical y huelga son especialmente proclives para alentar una forma interpretativa evolutiva ajustada a la realidad de los tempos*” [MOLINA NAVARRETE 2015:190] e interrelacionada com o constante nos arts. 8.º e 16.º CRP.

De onde discorre que o art. 535.º terá de corresponder, no seu mínimo proibitivo, à proteção do direito à greve que, na sua falta, decorreria da aplicação direta do art. 57.º CRP⁷⁷ integrado por aqueles princípios de direito internacional. *I.e.*, uma interpretação da proibição de substituição *conforme à constituição* enquanto “*regra de preferência para a decisão entre resultados diferentes*” [MARIANA EGÍDIO 2017:634] implicará que, na

⁷²Cfr. SOUSA MACEDO 1990:47, JOSÉ JOÃO CAUPERS 1985:149 e PALMA RAMALHO 1994:39 que, partindo das mesmas premissas, concluem pela existência de um direito (fundamental em sentido material) de não substituição dos grevistas. Entendimento identicamente defendido em Espanha, cfr. LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS 2014:118. A existência de direitos fundamentais que decorrem implicitamente do texto da constituição é largamente aceite: cfr. Acs. TC 509/2002 e 595/11.

⁷³ILO 2018 §917-9.

⁷⁴CEACR, 2011, *publicación* 101ª *reunión* CIT 2012, CHILE; CEACR, 2016, *publicación* 106ª *reunión* CIT, 2017, CHILE.

⁷⁵Que repudiou o recurso a funcionários públicos por companhias afetadas por greves [*Conclusions*, XII-2 (*Germany*), art. 5. & 6§4; *Conclusions* XIII-4 art. 6§4].

⁷⁶Concluding observations 1/12/2004, §19 e 42.

⁷⁷Cfr. PPGR n.º 123/76-B: “*A lei não pode regulamentar [...] o conteúdo essencial dos direitos. Portanto [...] também não poderia diminuir o conteúdo essencial do direito à greve*”.

bifurcação entre a interpretação declarativa e a extensiva da norma, se opte pela que melhor se coadune com o preceito constitucional⁷⁸, com a letra do normativo sindicado como fronteira interpretativa⁷⁹, pela que garanta o conteúdo mínimo do direito nos termos pré-configurados⁸⁰.

Aqui chegados e por nos situarmos no âmbito jusfundamental somos confrontados com os dois lados da mais frequente relação triangular clássica em que se insere o direito à greve: o direito ao trabalho dos não grevistas (58.º CRP) e o direito à iniciativa económica do empregador (61.º CRP).

Diz-se que o direito à greve colide com estes últimos e que, por serem desprovidos de natureza ilimitada, é necessária a sua harmonização⁸¹ por recurso à *concordância prática* regida por parâmetros de “*racionalidade e proporcionalidade*” [SALA FRANCO 2015:36].

Assim, no tocante àquele, argui-se⁸² que o direito à greve não poderia ser exercido de uma forma tal que a paragem da produção afete o desenrolar do trabalho dos não grevistas⁸³. Estaria em causa um “*direito à ocupação efetiva em caso de greve*” [PÉREZ REY 2017:164] que, na prática, se traduz num pretexto para a empresa usar a sua força de trabalho disponível. Temos dificuldade em levar este pretense confronto a sério.

É certo que do art. 58.º CRP se extrai um direito jusfundamental à ocupação efetiva

⁷⁸Ainda que tal implique um cuidado exacerbado, sob pena de se ultrapassar a fronteira entre a interpretação conforme à constituição e a interpretação corretiva da lei, cuja admissibilidade na doutrina é divisiva – por todos, MARIANA EGÍDIO 2017:637 que aponta que o único ponto de concordância entre as orientações é a de que mesmo quando permitida, nunca poderá servir para corrigir “*erros jurídico-políticos do legislador ou para contrariar o teor e o sentido da lei*”.

⁷⁹Afirmando a necessidade de uma base legal mínima, onde o preceito se teria de deter, sob pena de o privar da sua função útil, quando seja incontestável o acolhimento pelo legislador ordinário de soluções opostas às do constituinte, JORGE MIRANDA 2007:313. Permitir o contrário seria uma “*horrída manifestação de “possessão” do corpus de uma lei, por um novo espírito convocado pelo intérprete*” [BLANCO DE MORAIS 2011:383].

⁸⁰Que implicará que qualquer intervenção legislativa atentatória deste limite mínimo será inconstitucional por violação do art. 57.º. Cfr. GRAU PINEDA 2018:108.

⁸¹Cfr. JÚLIO GOMES 2013:85, que recusa a prevalência automática do direito à greve.

⁸²Cfr. ALCINA MARQUES 2011:183 e JOSÉ JOÃO ABRANTES 1996:131.

⁸³Aludindo à necessidade de garantir este direito de trabalho dos não grevistas, a STC 17/2017. Contrariamente havia o mesmo entendido, na STC 80/2005, que o direito à greve sairia lesionado quando se o subordine a outros direitos que, “*aun cuando constitucionalmente tutelados, como los son ele derecho al trabajo [...] y la liberdade de empresa [...], no tienen aquel rango ni su consiguiente protección*”.

[CANOTILHO E VITAL MOREIRA 2007:764]⁸⁴. E não negamos o constrangimento da prestação dos não grevistas pelo decurso da greve.

No entanto, retirar daqui a existência de um conflito entre estes direitos é um erro categorial que inverte o fundamento do direito em causa: o direito à ocupação efetiva é, acima de tudo, uma garantia *em face do* empregador (cfr. art. 129.º/1/b)).

Para além de que quer grevistas quer não grevistas querem trabalhar: estamos só perante um grupo que, por mecanismos legítimos, pretende alterar as suas concretas condições laborais e não cancelar a *relação* [PÉREZ REY 2017:165] – que é o que o direito ao trabalho protege. Pelo que nem este direito pode ser interpretado como uma pretensão a exercer em face da greve, nem muito menos como instrumento para limitar aquela com a finalidade sub-reptícia de manter a atividade empresarial na duração do conflito. Arriscaríamos a afirmar que contrapor o direito ao trabalho a um instrumento que existe para proteger os interesses de quem trabalha e se mostra historicamente responsável por grande parte do desenvolvimento daquele direito é, no limite, uma operação “*jurídicamente incorrecta y decididamente ideológica*” [BAYLOS GRAU 2017].

Já quanto à livre iniciativa económica, diz-se que esta conflitua com o direito à greve em geral e com a proibição de substituição que dela decorre⁸⁵, na medida em que o empregador é confrontado com uma miríade de limitações aos seus poderes de direção e de gestão, com vista a finalidades de justiça material⁸⁶.

Pelo que a questão primacial será a de definir esses limites, exatificando o núcleo de poderes restantes na esfera do empregador.

Partindo do estabelecido no tocante ao conteúdo inatacável do direito fundamental à greve e ao seu carácter não absoluto, podemos *ab initio* concluir que também aqui a

⁸⁴Igualmente, Acs. TC 951/96 e 595/11.

⁸⁵Cfr. o Ac. TC 15/2005, no qual se determina que a proibição constitui uma “*limitação ao direito de iniciativa económica privada, na sua vertente de direcção e gestão da actividade da empresa, consistente numa redução - mas não exclusão - do poder do empregador de decidir sobre a afectação dos meios humanos de que dispõe*”. Em sentido contrário ia o Ac. TRE 18/2/2004 (relativamente ao qual se interpôs o recurso que resultou no anterior Ac.): “*Não se vê, porém, que a [greve] [...] contenda com os princípios constitucionais [i.e., o direito de iniciativa económica] invocados pela recorrente, posto que se esteja perante um exercício lícito do direito à greve.*”

⁸⁶Referindo-se a este confronto como uma “*legittima antitesi*”, sob a qual cada parte usa as ferramentas previstas pelo ordenamento para gerir o binómio *capital-trabalho*, a *Cassazione* 9/5/2006.

solução passará por encontrar esses limites através de soluções de proporcionalidade⁸⁷ na vertente da concordância prática.

Se é arguível que a não reverência da greve ao princípio da proporcionalidade *stricto sensu* resulta na impossibilidade de recorrer a este para declarar a ilicitude de uma greve na qual se verifique um desequilíbrio entre o valor das perdas para os trabalhadores e o dos prejuízos para o empregador⁸⁸, não menos certo é o facto de a limitação do direito à greve por definição de serviços mínimos e, especialmente, de serviços necessários à manutenção e segurança de equipamentos e instalações nos permitir concluir por uma intenção legislativa de afastar o seu exercício de um modo tal que afete a empresa de forma irreparável; “*não se aceita que a greve vise, enquanto direito, a destruição da própria empresa*” [JÚLIO GOMES 2013:69].

Entender o contrário seria aceitar a aniquilação do núcleo essencial da liberdade de empresa. Ainda assim, não deixa de ser certo que a CRP garante níveis de proteção superiores ao direito à greve quando contrastado com aquele⁸⁹. A CRP, ao remeter o seu exercício para os seus quadros e os da lei, de acordo com o interesse geral (art. 61.º/1), é clara: atribui uma ampla margem de manobra ao legislador, a quem caberá a delimitação do âmbito jusfundamental pelos seus quadros de exercício. E essa liberdade de conformação do legislador, por se fundamentar numa remissão constitucional, será mais ampla do que nos casos de leis restritivas – por inexistirem limites fixos constitucionalmente garantidos⁹⁰ –, dando guarida a uma atuação legislativa que limite o direito até ao seu mínimo mais irreprimível, proibindo comportamentos que privem a greve da sua efetividade⁹¹.

Por outro lado, a hermenêutica constitucional jusfundamental não nos permite ver,

⁸⁷Cfr. TÁSCON LÓPEZ 2018:46 e SALA FRANCO 2015:36.

⁸⁸Assim, PPGR P001561981, P001681982, P000362017 e 6/2019. Igualmente, JORGE LEITE 2004:283, PALMA RAMALHO 1986:67SS e 2015:451, JOSÉ JOÃO ABRANTES 2014:110. Em sentido contrário, LOBO XAVIER 2014:179-183 e ROMANO MARTINEZ 2017a:1272-8.

⁸⁹Semelhantemente, em Itália, considera-se que “*there is a clear difference of protection between the right to strike granted to workers and the freedom of reaction granted to employers*” [CALCATERRA 2018:577].

⁹⁰Cfr. Acs. TC 199/2005 e TC 187/2001.

⁹¹A doutrina italiana, partindo de premissas semelhantes, chegou a resultados diferentes. Desenvolvendo a distinção entre *oposição ao conflito* e *oposição no conflito*, legitima atuações do empregador reacionárias à greve, desde que não impeçam o conflito ou neutralizem por completo os seus efeitos pelo embaraçamento da atuação legítima dos sindicatos. Cfr. *Cassazione*, 10/7/2002. Igualmente, CALCATERRA 2018:571 e MATTEO BALESTRI 2018:4.

noutros direitos, atribuições dirigidas a enfrentar a *eficácia* da greve⁹². Não afirmamos que exista um *dever* do empregador de colaborar com o êxito da paralisação⁹³: repudiamos qualquer entendimento que o conduza à posição de garante efetivador do direito à greve. Simplesmente cremos que o atual quadro constitucional e legal não permite encontrar na tutela da liberdade de empresa a justificação de medidas beligerantes que privem a greve da sua eficácia [ANA LAMBELHO 2018:560] na sua ordem de incidência⁹⁴. De tal forma que poderes e direitos daquele que normalmente despregariam toda a sua capacidade potencial se encontram, no decurso da mesma, *anestesiados*⁹⁵, limitados⁹⁶ na medida do necessário, adequado e proporcional à garantia do direito à greve⁹⁷ e da externalização da sua aparência⁹⁸ - cada vez mais importante em face da crescente dificuldade de paralisar a produção [PÉREZ REY 2017:152] –, por forma a obviar uma utilização dos mesmos que redunde numa fraude à lei⁹⁹.

⁹²Por todos, PÉREZ REY 2017:164.

⁹³Considerando ser “*irrealista transformar o empregador em um garante legal da eficácia da greve*”, JÚLIO GOMES 2013:85.

⁹⁴Cfr. PÉREZ REY 2017:164, GRAU PINEDA 2018:119 e VALLE MUÑOZ 2018:214.

⁹⁵Na expressão da STC 123/1992, que pela primeira vez reconheceu que a proibição de substituição deveria ser interpretada *ex constitutionem* para não permitir a aniquilação dos efeitos da greve.

⁹⁶Cfr. a STC 11/1981.

⁹⁷Contrariamente a STC 17/2017, ao admitir que “*No se impone [al empresario] el deber o la obligación de colaboración com los huelguistas en el logro de sus propósitos*” parece abrir caminho para uma permissividade da capacidade beligerante do empregador. No entanto, como já se aclarou, há uma linha que separa a colaboração enquanto *facere* da abstenção de comportamentos.

⁹⁸Cfr. a STS 3/10/2018 [igualmente a STS 5/12/2012], que entende vulnerar o direito à greve, na sua vertente de externalização do conflito, a impressão de jornais nas mesmas condições como se não houvesse greve. Contra, em voto particular com duas adesões, DESDENTADO BONETE, para quem a garantia da aparência de normalidade excedia o âmbito da proibição de substituição.

⁹⁹Assim, ANA LAMBELHO 2018:557 e o Ac. TRC 16/12/2015. Contrariamente, entendendo que as empresas podem tomar as “*medidas de gestão necessárias e adequadas para debelar as consequências do exercício do direito à greve*”, o Ac. TRL 12/7/2007.

Em sentido contrário ao aqui defendido vão os ordenamentos italiano e francês. Naquele [cfr. ANDREA SITZIA, 2008:422-8], a *Corte Costituzionale* entende que nenhuma norma obriga um empregador a assumir uma posição passiva em face da greve. Segundo aquele Tribunal, ainda que haja uma obrigação de o empregador a se abster de atos que impeçam ou agravem o exercício do direito, tal obrigação não existirá em face de comportamentos que visem neutralizar ou diminuir os efeitos danosos da greve. Já em França, cujo ordenamento jurídico apesar de proibir a contratação de precários não se opõe à contratação por tempo indeterminado (*Cassation* 24/7/1952) e a modos de descentralização da produção como o recurso à

Limitando-se os poderes do empregador nessa medida, mantendo-se os necessários para levar a empresa a bom porto, o núcleo essencial do direito à iniciativa económica continua a ter materialização fáctica. Mas o mesmo já não pode ser dito – em face de uma interpretação *a contrario sensu* da proibição – relativamente ao direito à greve.

5.3. Do abuso do poder de direcção e da boa fé

Esta linha de pensamento permite-nos o salto para uma outra conclusão: a de que – mesmo na falta daquela garantia – o recurso pelo empregador aos seus poderes de conformação da relação laboral e de reorganização empresarial com vista à neutralização dos efeitos da greve consubstanciar-se-á num *abuso de direito*¹⁰⁰, por se reconduzir ao exercício ilegítimo de direitos à margem dos seus fins socioeconómicos e dos ditames da boa fé, nos termos do art. 334.º CC.

Não questionamos, como já deixamos claro, a manutenção do poder de direcção enquanto direito do empregador aquando da greve. A questão do abuso do direito nada tem a ver com a afirmação do direito em relação ao qual esse abuso se coloca. São “*realidades diversas e só faz sentido falar em abuso do exercício de um direito relativamente a um direito cuja existência se reconhece*”¹⁰¹.

Mas quer reconduzamos o abuso de direito a um *exercício disfuncional de posições jurídicas*¹⁰², à ideia de um *axiologismo subjacente*¹⁰³ ou à “*violação da afetação substancial, funcional ou teleológica de um direito*” *sem desrespeitar a sua estrutura formal*¹⁰⁴, a sua consagração enquanto instituto puramente objetivo tem como sentido primordial obstar à consumação de certos direitos que, ainda que válidos em tese,

contratação de empresas (*Cassation* 15/2/1979), permite-se a atenuação dos efeitos da greve através do recurso a soluções de substituição, com o intuito de não privilegiar de forma dogmática os interesses de alguma das partes [MAXENCE VERVOORT 2015:83].

¹⁰⁰Ponderando a sua aplicação como forma de evitar a neutralização do direito à greve no âmbito do trabalho suplementar, JÚLIO GOMES 2013:70,86.

¹⁰¹Ac. STJ 5/9/2018.

¹⁰²Cfr. MENEZES CORDEIRO 2005:18..

¹⁰³De CASTANHEIRA NEVES, 1967:524.

¹⁰⁴Cfr. ANTUNES VARELA 2000:544-8, CUNHA DE SÁ 1973:449-62, VAZ SERRA 1959:253. Ou, na expressão de ORLANDO DE CARVALHO 2012:117, “*o que é típico do controle do abuso de direito é a desconformidade entre a imagem estruturalmente correta (ou corrigida) do direito subjetivo e a missão que a este último funcionalmente se assinou*”.

exorbitam claramente as finalidades que justificam a sua existência¹⁰⁵, em termos que ofendem gritantemente o sentimento jurídico do *ius communes*¹⁰⁶ ao “*prejudicar ou comprometer o gozo do direito de outrem*”¹⁰⁷; por outras palavras, funcionar como válvula de escape do sistema em face de excessos manifestos e desproporcionados do exercício de um direito que os limites apertados da lei não contemplam [PAIS DE VASCONCELOS 2015:34], adaptando o direito à evolução da vida.

É a estes quadros que entendemos ser subsumível a situação prospetada. Pois estando aqueles poderes adstritos à função de garantia da boa marcha da empresa – ainda que sob o concreto objetivo que o empregador pretenda alcançar com a exploração dos meios –, a sua utilização como mecanismo de desativação da pressão produzida pela greve constitui um exercício disfuncional de um direito para além da correspondência entre “*o poder jurisdiccional estruturalmente considerado e o poder jurisdiccional funcionalmente autorizado*” [ORLANDO DE CARVALHO 2012:119] que, por comprometer o gozo do direito à greve dos trabalhadores, será contrário à boa fé e classificável de abusivo¹⁰⁸.

Esta especial atenção ao dever de respeito pela boa fé¹⁰⁹ objetiva¹¹⁰ decorre do art.

¹⁰⁵Cfr. Ac. STJ 18/12/2008: “*Os direitos subjectivos e o seu exercício não são garantidos sem limites: eles devem manter-se dentro da sua função útil, prevista pelo direito objectivo.*”. Igualmente, Ac. STJ 19/10/2017.

¹⁰⁶Desempenhados contra os “*valores fundamentais do ordenamento jurídico*” [MARCELO REBELO DE SOUSA 1994:21-29].

¹⁰⁷Ac. STJ 11/12/2013. Igualmente, os Acs. STJ 5/9/2017, 6/10/2017, 2/5/2018, 5/9/2018. Na doutrina, cfr. por todos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA 1987:299.

¹⁰⁸Entendimento assente em Espanha. Cfr SSTC 123/1992, 18/2007 e 33/2011. Igualmente, SALA FRANCO E LÓPEZ GARCIA DE LA RIVA 2013:63, TASCÓN LÓPEZ 2018:55-6, GARCÍA TORRES 2017:196. E nem se tente desconstruir inversamente este pensamento com a arguição de que a prestação dos serviços necessários à manutenção de equipamentos e instalações (art. 537.º/3) já cumpriria a função de garantia da boa marcha da empresa. Estes garantem apenas que, no fim da greve, a empresa esteja em condições físicas de retomar a laboração [PALMA RAMALHO 2015:497], como acautelamento do conteúdo essencial do direito à iniciativa económica e da garantia da manutenção dos postos físicos de trabalho. Há que diferenciar a manutenção das *instalações* da empresa e a garantia da sua viabilidade futura, alcançada pela conservação de um conteúdo mínimo dos poderes empresariais.

¹⁰⁹Como assunção de um comportamento honesto, correto e leal no exercício de direitos e deveres [COUTINHO DE ABREU 1999:55], regendo as relações jurídicas enquanto princípio inviolável de regras de ética, por forma a “*manter uma relação jurídica num binário do equilíbrio e da proporcionalidade*” [Ac. STJ 25/11/2014].

¹¹⁰Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA 1987:217 e Ac. STJ 23/11/2017.

334.º CC, mas tem aplicação exacerbada no âmbito dos conflitos coletivos por força do art. 522.^{o111}. Mais: o campo predileto de aplicação da boa fé é precisamente aquele em que se insere o problema da substituição de grevistas: o das “*soluções de Direito estrito pouco claras, discutíveis ou em plena controvérsia*” pela ponderação material da solução, por forma a reconfirmar decisões assentes noutros institutos [MENEZES CORDEIRO 2005:21.]¹¹².

Esta linha argumentativa não se mostra livre de críticas.

Desde logo, arguir-se-ia que a atuação do empregador apenas incorporaria abuso de direito quando realizada com dolo ou, no limite, mera culpa e já não quando aquele visasse a mera prossecução do que entendia ser o melhor para a empresa. Esta crítica não vence. Como aclaramos, a boa fé dos arts. 334.º CC e 535.º CT não se reconduz à noção subjetiva de *julgar atuar em conformidade com o direito*, mas à sua versão objetiva de princípio normativo transpositivo e extralegal, com uma dimensão de justiça social e materialmente fundada¹¹³.

Por outro lado, alegar-se-ia que o exercício destes poderes estaria fora do escopo da doutrina do abuso de direito por não serem exercidos diretamente contra os grevistas. Também não vinga. Ainda que mediatamente os poderes de direção e organização enquanto direitos subjetivos não se versem sobre os trabalhadores grevistas, é inegável que os seus efeitos imediatos, quando redundem na neutralização das consequências da greve, atingi-los-ão. Como referimos, um direito subjetivo que se encontre esvaziado dos seus efeitos dificilmente poderá ser classificado como tal. Da mesma forma, não encontramos razão para excluir estes efeitos do escopo de utilização do poder de direção quando o nexo de causalidade se demonstre evidente.

Por último, argumentar-se-ia que a *ofensa gritante ao ius commune* nem sempre se verificaria. É certo que não será a mera contrariedade à *boa fé, aos bons costumes ou ao fim social e económico do direito* suficiente para a invocação do abuso; tal conclusão é-nos forçada pelo recurso do art. 334.º CC à adjetivação energética “*manifestamente*” e leva-nos utilizar o mecanismo com cautela e de forma explicitada. Entender o contrário,

¹¹¹Como reforça ROMANO MARTINEZ 2017b:1136, não é por as partes se encontrarem em polos opostos de um conflito que a boa-fé deixará de condicionar as suas atuações.

¹¹²Igualmente, Ac. TRL 3/2/1998.

¹¹³No mesmo sentido, a STC 33/2011.

redundaria na sua banalização [PAIS DE VASCONCELOS 2015:46]¹¹⁴.

Admitimos que este se mostra o maior obstáculo à nossa argumentação, pois certamente que a mera atenuação, com poucos resultados, dos efeitos da greve, ainda que (no nosso entendimento) contrária às garantias imanadas do art. 57.º CRP e à melhor linha interpretativa do art. 535.º, tais pontos apenas servem para densificar a ponderação da boa fé na justiça casuística. E apesar dessa atuação violar o dever de boa fé objetivo e bem assim o fim económico do poder de direção, especialmente aduzido no âmbito dos conflitos coletivos, é-nos impossível anuir, pelo menos na discussão abstrata, a invocação daquele abuso. E isto porque o exercício dos poderes patronais com o efeito de dirimir as consequências práticas da greve afastar-se-á tanto mais da sua finalidade jurisdicção e da sua execução em conformidade com a boa fé quanto mais nulificadas aquelas consequências se mostrarem; há uma ligação inexorável entre a atuação do empregador pelo recurso àqueles poderes e a atuação em vista ao extermínio daquelas consequências. A consciência social é capaz de virar os olhos a uma compressão mínima do direito à greve e dos seus efeitos, mas já não se compadecerá, no momento histórico atual, com a sua aniquilação. Conleua-se assim um feixe de interesses que na sua tensão e conflitualidade obnubilam o interesse positivo associado ao acionamento ilimitado do poder de direção, sob pena de, *a contrario*, se tornar irrelevante a isonomia valorativa que o ordenamento pretende acautelar.

No entanto, a limitada aplicabilidade prática desta doutrina não justificará o seu engavetamento, por ainda assim se revelar um método útil para o combate a excessos abusivos do empregador.

Pelo que sempre que essa atuação de extermínio atinja proporções às quais o próprio sistema não pode mais virar os olhos, poderemos invocar a doutrina do abuso de direito.

5.4. Da interpretação extensivo-teleológica e da fraude à lei

Sendo certo que do que dissemos já se justifica a postergação da aplicação absoluta da aplicação declarativa do art. 535.º, consideramos ainda assim encontrar, neste, indícios

¹¹⁴Até porque se não há falta de interesse se o exercício do direito objetivamente “*se traduz no único modo possível de não se produzir em concreto um empobrecimento ou um encargo para a pessoa*” [ORLANDO DE CARVALHO 2012:121], a separação entre o interesse de manutenção do bom desenvolvimento empresarial e a vontade de dirimir os efeitos da greve será de difícil delimitação prática, apenas alcançável por uma ponderação casuística que nos permita concluir pela transcendência ou não do prejuízo para os grevistas.

que nos permitem alcançar idêntica conclusão.

Como denotam MONTEIRO FERNANDES [2013:78] e ANA LAMBELHO [2018:556], a formulação do art. 535.º oferece espaço para dúvidas de aplicação.

Ultrapassados os postulados hermenêuticos da interpretação extensiva¹¹⁵, resta-nos saber se, ao estendermos a letra da norma “*até ao limite do sentido literalmente possível*”¹¹⁶, conseguimos encontrar no seu enunciado uma teleologia passível de englobar na *facti species* da proibição outras formas de substituição material reconduzíveis à fraude à lei¹¹⁷.

Diríamos que sim. Desde logo, pela *intensidade* e *extensão*¹¹⁸ do referente *substituição*. Sendo certo que já entramos no domínio perigoso da suposição, dada a falta de elementos interpretativos históricos, não temos grandes dúvidas de que o legislador, na versão da norma exarada na primeira Lei da Greve, ao proibir apenas a substituição por pessoas que à data da entrega das reivindicações não estivessem ligadas à empresa por contrato de trabalho, não quis conscientemente excluir outras formas possíveis de substituição; simplesmente concebeu, dada a realidade organizativo-empresarial e tecnológica da altura, que o empregador substituiria os grevistas primacialmente pelo recurso a trabalhadores externos. Mas por força do desenvolvimento tecnológico, do mais elevado nível de automação industrial e das mais complexas formas de organização e cooperação empresarial-societária, a *intensidade* do conceito *substituição* e, conseqüentemente, a sua *extensão*, não seriam as mesmas aquando das sucessivas revisões da norma. Tal como certamente não o serão agora, na sequência da revolução informática e do surgimento da *economia colaborativa* na senda do *Trabalho 4.0*¹¹⁹. A mudança estrutural e funcional ocorrida ao longo das últimas quatro décadas mudaram profundamente não só a maneira de efetuar a prestação laboral, mas inclusive a perceção

¹¹⁵Cfr. SANTOS JUSTO 2012:342.

¹¹⁶KARL LARENZ 1997:399. Igualmente, Ac. STJ, 13/11/2014.

¹¹⁷“Existirá fraude à lei quando se lança mão de uma norma de cobertura para lograr ultrapassar – ou incumprir – a norma [...] aplicável à relação jurídica”, cfr. Ac STJ 20/10/2009.

¹¹⁸Cfr. KAUFMANN | HASSEMER 2015:401: “O sentido possível das palavras é, contudo, um limite de interpretação muito fraco.” Deve-se, pois, distinguir entre a *intensidade* – as regras de aplicação do conceito, apuradas através da descrição de um uso real da linguagem – e a *extensão* dos conceitos – as situações que o conceito representa. Aquelas determinam estas.

¹¹⁹Reconduzindo-o ao “*trabalho do há-de vir*”, TERESA COELHO MOREIRA 2016:248.

da própria prestação e da relação laboral¹²⁰. Mudança para a qual a norma, interpretada declarativamente, se mostra inadequada¹²¹.

Da mesma forma, é inegável que a noção de *substituição* no pedaço de vida que é a relação laboral enquanto conjunto de factos em conexão natural analisada em toda a sua possível relevância jurídica e no seio da qual um *referente* preclui no intérprete uma pré-compreensão do mesmo dissemelhante à de outros recortes de vida, foi igualmente alvo de subseqüentes reformulações no léxico comum por força destes avanços¹²².

Também neste sentido flui a subseqüente atuação legislativa que, lenta mas certamente, tem construído o conceito de substituição “*no confronto com as situações de substituição que se vão colocando*” [ANA LAMBELHO 2018:563].

Primeiro ao estender o início do período da substituição do momento da entrega das reivindicações para o momento da data do pré-aviso e ao proibir a admissão de novos trabalhadores e a deslocalização interestabelecimentos ou serviços, em consequência da à data crescente complexificação da estrutura empresarial que, ainda assim, se mantinha primacialmente heterogénea.

E depois pela proibição da contratação de empresas.

Estes constantes afloramentos da proibição, aliado ao elemento gramatical ínsito na epígrafe do artigo, levam-nos a rejeitar a recondução de MONTEIRO FERNANDES [2013:79] do termo *substituição* apenas aos modos de “*realização das mesmas tarefas por pessoas não pertencentes ao grupo de referência – o «estabelecimento ou serviço»*”, para concluir que, apesar das constantes evoluções da norma, a sua teleologia foi sempre a de evitar a neutralização dos efeitos da greve pela substituição dos grevistas, independentemente da forma como esta ocorra, ainda que com o cuidado de garantir que na esfera jurídica do empregador permaneçam poderes suficientemente latos para, na duração do conflito, levar a empresa a bom porto.

Por outro lado, mostra-se invocável o argumento sistemático da unidade do sistema.

¹²⁰Argumento igualmente aplicável ao conceito de *empregador* para efeitos de extensão subjetiva da norma no âmbito da descentralização produtiva ao empregador credor da prestação com o qual o empregador havia contratado e em cujos estabelecimentos ou serviços o trabalho estava a ser prestado.

¹²¹Com idêntico entendimento sobre o art. 6.5 do RDL 17/77, SÁNCHEZ QUINONES 2018:3.

¹²²A lei vale de igual para todas as épocas, mas em cada uma valerá da forma como a própria época a compreende e desimplica, segundo a sua consciência jurídica e as alterações do *termo de referência* [BAPTISTA MACHADO 1982:191-2].

Como já afirmamos, a proibição decorre já da garantia assimilada no art. 57.º CRP, tendo sempre a extensão necessária à manifestação dos efeitos da greve sob pena de aniquilação do conteúdo do direito, encontrando os seus limites apenas na não imposição de consequências catastróficas que redundem na destruição da empresa.

Enquanto princípio de coerência axiológica, a unidade do sistema obriga-nos a dialogar a proibição consignada no art. 535.º não só com o normativo da Greve nem tampouco apenas com o Direito do Trabalho, mas com o ordenamento jurídico na sua plenitude. Pelo que, tomando como certas as premissas avançadas, também aqui caberão os comportamentos não necessários à continuação da empresa que, por *identidade de razão* com os previstos neste artigo, afetem o cerne do direito à greve.

Para além de que, ao desligarmo-lo da garantia da efetivação do direito à greve, abrindo a hipótese de nulificação dos efeitos do conflito por formas alternativas às expressamente previstas, abrimos a porta para, nessas situações, desprovermos a proibição de qualquer outro sentido senão aquele de proteger o direito dos grevistas de não realizarem a sua prestação [GARCÍA TORRES 2017:196].

De outra sorte, relevará uma linha argumentativa *a fortiori*. Dada a atual complexidade do tecido empresarial e da evolução tecnológica, são vários os métodos e mecanismos a que um empregador pode deitar mão para suprir a falta dos trabalhadores grevistas. Os quais frequentemente não só produzirão os mesmos efeitos que a substituição externa, como, caso ocorram a curto prazo, se demonstram menos dispendiosos do que aquela.

Ora, *a minori, ad maius*: não faria sentido impor ao empregador uma proibição nos termos da do art. 535.º e depois permitir o recurso a mecanismos proporcionalmente tão ou mais danosos do conteúdo do direito à greve.

Finalmente, também a experiência comparada servirá de apoio interpretativo. Pois se por um lado ordenamentos com proibições semelhantes como o francês e o italiano limitam a proibição a pouco mais do que a sua interpretação declarativa, certo é que nesses mesmos a produção jurisprudencial e doutrinal sobre a matéria é tão ou mais escassa que no português.

A história já difere no ordenamento espanhol, onde a discussão integra parte central da matéria da Greve. Mas que apenas ganhou vapor a partir da STC 123/1992. O que bem se compreende: esta sentença, ao contrário das já abordadas da *Corte Costituzionale* e do Tribunal Constitucional, desenvolveu de forma aprofundada a dialética entre greve, poderes empresariais e substituição de grevistas, abrindo caminho ao seu

desenvolvimento doutrino-jurisprudencial posterior.

Pelo que não será descabido apoiarmo-nos nesta experiência para desenvolvermos a proibição no nosso ordenamento. Em especial quando consideramos que, naquele, o caminho para alcançar o ponto em que a proibição se encontra foi mais sinuoso do que se mostraria no nosso, por força do argumento gramatical: ao passo que a letra do art. 57.º CRP *garante* o direito à greve, a do art. 28 CE apenas o reconhece. Por outro lado, a permissão em Espanha do *lock-out* defensivo mostra que o paternalismo legislativo no âmbito do conflito coletivo não é tão vincado como em Portugal, dificultando interpretações normativas que circunscrevam de forma tão gravosa os poderes empresariais. Finalmente, enquanto que o nosso art. 535.º se refere à substituição por contratação de externos, por transferência entre estabelecimentos ou serviços e por contratação de empresas, com efeitos que retroagem à data do pré-aviso, o art. 6.5 RDL 17/77 apenas proíbe expressamente a substituição por trabalhadores não vinculados à empresa no momento da comunicação da greve.

Apesar destas dificuldades conseguiu-se, com os argumentos que fomos aduzindo, aumentar o escopo da proibição em face das reais vicissitudes da vida.

Por tudo isto, entendemos que há lugar a uma interpretação extensivo-teleológica da norma a uma série de atuações empresariais distintas que têm a igual consequência de esvaziar o conteúdo da pressão ocasionada pela não realização concertada do trabalho¹²³, reconduzindo-se à fraude à lei. Tal interpretação do artigo não só parece razoável, como “*constituye un imperativo ineludible si se quiere garantizar que el mismo sea capaz de cumplir la misión institucional que justifica y da sentido a su reconocimiento*” [GRAU PINEDA 2018:207].

6. Notas conclusivas

A complexidade das várias formas de substituição analisadas não pode solucionar-se, completamente, a partir da legalidade ordinária meramente declarada, ainda que se possa cifrar as suas linhas essenciais a partir da interpretação judicial ou constitucional.

As novas estruturas empresariais, a digitalização e os restantes serviços e formas de trabalhar e de prestar trabalho que cá estão e que estão por chegar requerem respostas constitucionais *também novas* [PRECIADO DOMÉNECH 2017] por uma análise casuística do

¹²³Mas já não à substituição tecnológica, a qual será de integrar por recurso à analogia.

conflito [CORDERO GORDILLO 2019:351], sob pena de esvaziamento do conteúdo prático do direito [MARTINEZ MORENO 2017:894].

Difícilmente recorrerá o empregador apenas a um dos mecanismos disponíveis para suprir os efeitos patrimoniais da greve. Estes expedientes não existem numa bolha e, no caso concreto, haverão de ser analisados holisticamente para aferir do seu encaixe na proibição e da neutralização do direito.

Mas mesmo que vejamos no direito à greve um rasgo finalista, não podemos afirmar que qualquer redução da sua eficácia implique uma lesão do direito. Inversamente, também não aceitamos que o empregador utilize todos os meios de que dispõe sempre que tal não implique uma alteração dos recursos humanos ou materiais da empresa.

Ainda assim, faremos prevalecer, em ambos os casos, o critério da máxima efetividade dos direitos fundamentais em jogo, não podendo, portanto, subtrair virtualidade à greve enquanto meio de pressão. Fazê-lo equivaleria a retornar o conflito laboral ao contexto da indefesa do Homem em face da empresa [MIÑARRO YANINI 2018]; equivaleria a relegar a greve, enquanto medida de conflito, primeiro à inoperatividade e, eventualmente, a um mero resquício perdido nas areias de um outrora esquecido.

7. Bibliografia

AA.VV.

2016 *Livro Verde sobre as Relações Laborais* (Coord. Guilherme dray), Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, Lisboa [disponível em linha em <https://bit.ly/2y10mNL> e consultado pela última vez a 7/4/2019]

ABRANTES, JOSÉ JOÃO

2014 *Direito do Trabalho, vol. II (Direito da Greve)*, Almedina, Coimbra

1996 *Direito do Trabalho, Ensaios*, Edição Cosmos, Lisboa

ABREU, JORGE COUTINHO DE

1999 *Do abuso do direito*, Almedina, Coimbra

AGUILAR DEL CASTILLO, MARIA DEL CARMEN

2018 “El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto”, *LaBoUR & Law Issues*, vol. 4, n.º 1 [disponível em linha em <https://bit.ly/2TetM3E> e consultado pela última vez a 3/12/2018]

AMADO, JOÃO LEAL

2018 *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra

AMARAL, DIOGO FREITAS DO,

2017 “Artigo 9.º - Interpretação da lei”, in *Código Civil Anotado, Vol. I, Artigos 1.º a 1250.º*, coord. ANA PRATA, Almedina, Coimbra

BALESTRI, MATTEO

2018 “Esercizio del diritto di Sciopero e legittimità della reazione datoriale (Nota a Decreto del Tribunale di Firenze del 09/07/2018)”, *Lavoro, Diritti, Europa, Rivista nuova di Diritti del Lavoro*, n.º 2 [disponível em linha em <https://bit.ly/2W29o7H> e consultado pela última vez a 19/2/2019]

BAYLOS GRAU, ANTONIO PEDRO

2017 “¿Se opone el derecho de al trabajo al derecho de huelga? Una argumentación falsa”, *Nueva Tribuna* [disponível em linha em <https://bit.ly/2FnaIwm> e consultado pela última vez a 10/12/2018]

CALCATERRA, LUCA

2018 “The replacement of strikers under Italian law: a brief comment”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 39, n.º 3, pp. 569-578

CANOTILHO, JOSÉ GOMES | MOREIRA, VITAL MARTINS

2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA

2011a “Titularidade do direito à greve, dever de paz social e exercício do direito à greve nas microempresas”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Direito Privado, Processual e Criminal, pp. 173-207

2011b *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho, Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra editora – grupo Wolters Kluwer, Lisboa

CARVALHO, ORLANDO DE

2012 *Teoria Geral do Direito Civil* (coord. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, MARIA REGINA REDINHA), Coimbra Editora, Coimbra

CAUPERS, JOÃO

1985 *Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra

1978 *Relações colectivas de trabalho*, Empresa literária fluminense, Lisboa

CEINOS SUÀREZ, ÁNGELES

2000 *La jurisprudência del Tribunal Supremo en matéria de huelga*, Editorial Comares, Granada

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

2005 “Do abuso do direito: Estado das questões e perspectivas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. II [disponível em linha em <https://bit.ly/2Tn0xQZ> e consultado pela última vez a 27/1/2019]

CORDERO GORDILLO, VANESSA

2019 “La sustitución de los trabajadores huelguistas por médios tecnológicos”, *Lex Social*, vol. 9, n.º 1, pp.338-354 [disponível em linha em <https://bit.ly/2P2DbLg> e consultado pela última vez a 10/4/2019]

CORREIA, LUÍS BRITO

1980/81 *Direito do Trabalho – sumários desenvolvidos das lições dadas ao 2º ano do curso de gestão no 2º semestre de 1980-1981*, vol. I, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa

DAMELE, GIOVANNI,

2014 “As origens não são (apenas) um mito. O argumento “psicológico”: entre a letra da lei e a vontade do legislador”, *O Direito*, ano 146, IV, pp. 945-960

DIÉGUEZ CUERVO, GONZALO

1993 “Sustitución “interna” de huelguistas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 58, pp. 211-220

DRAY, GUILHERME

2015 *O princípio da proteção do trabalhador*, Almedina, Coimbra

DUQUESNE, FRANÇOIS

2010 “Annonce de la grève et recours à l’interim”, *Droit Social*, n.º 689, pp. 557-560

EGÍDIO, MARIANA

2017 “A interpretação conforme à Constituição na jurisprudência constitucional da crise”, *O Direito*, n.º 149, pp. 627-652

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO

2017 *Direito do Trabalho*, 18ª edição, Almedina, Coimbra

2013 *A lei e as greves -comentários a dezasseis artigos do código do trabalho*, Almedina, Coimbra

1982 *Direito de greve - notas e comentários à lei n.º 65/77, de 26 de Agosto*, Almedina, Coimbra

FERNANDES, FRANCISCO XAVIER LIBERAL

2018 *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, Universidade do Porto: Reitoria, Porto [disponível em linha em <https://bit.ly/2Ts4247> e consultado pela última vez a 10/3/2019]

2010 *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais*, Coimbra Editora, Coimbra

FERRANDO GARCÍA, FRANCISCA

- 2011 “Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: del efecto “anestésico” de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga – comentario a la STC 33/2011, de 28 de marzo (rec. Amparo 6171/2004)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 54, pp. 181-188

GARCÍA TORRES, ALBA

- 2017 “Derecho de huelga y subcontratación: a vueltas con el “esquirolaje externo” (SJS núm. 33 de Barcelona, de 25 de abril de 2016 [AS 2016, 930])”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 196, pp. 225-230

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA

- 2013 “Da proibição de substituição de grevistas à luz do artigo 535.º do Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 42, pp. 61-86
- 2010 “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, in *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 89-119
- 2007 *Direito do Trabalho, vol. I – Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra
- 2000 “Do uso e abuso do período experimental”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XXXXI (XIV da 2ª série), n.ºs 1 e 2, pp. 37-74 e Ano XLI (XIV da 2ª série), n.ºs 3 e 4, pp. 245-276

GOUVEIA, JORGE BACELAR

- 2003 *O Código do Trabalho e a Constituição portuguesa*, Espírito das Leis Editores, Lisboa

GRAU PINEDA, CARMEN

- 2018 “El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por médios tecnológicos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 206, pp. 99-124

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

- 2018 *Freedom of Association – Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, 6th edition, ILO Geneva [disponível em linha em <https://bit.ly/2OUhmk0> e consultado pela última vez a 02/4/2019]

JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS

- 2012 *Introdução ao estudo do Direito*, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

KAUFMANN, ARTHUR | HASSEMER, WINFRIED

- 2015 *Introdução à Filosofia do Direito e Teoria do Direito Contemporâneas* (obra coletiva), tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa

KLEIN, THOMAS | LEIST, DOMINIK

- 2017 “Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher – Die Neuregelung in §11 Abs. 5 AÜG n.F. im Hinblick auf Auslegung, Schutzlücken, Rechtsfolgen und Durchsetzung”, *Arbeit und Recht*, n.º 3, pp. 100-105

LAMBELHO, ANA

- 2018 “A substituição de trabalhadores grevistas por robots”, *The balance between worker protection and employer powers: insights from around the world* (ed. By Nuno Cerejeira Namora, et alia),

Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, pp. 543-566

LARENZ, KARL

1997 *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES

2016 *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra

LEITE, JORGE

2004 *Direito do Trabalho, vol. I*, Serviços de ação social da Universidade de Coimbra, Coimbra

1994 *Direito da Greve – das lições ao 3º ano da FDUC, edição de 1992/93*, Serviços de ação social da Universidade de Coimbra – Serviço de textos, Coimbra

LIMA, ANTÓNIO PIRES | VARELA, JOÃO ANTUNES

1987 *Código Civil Anotado, vol. I*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, RUBÉN

2014 “Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 164, pp. 115-141

LUNARDON, FIORELLA

2011 *Trattato di Diritto del Lavoro – volume terzo – conflitto, concertazione e partecipazione* (direto da MATTIA PERSIANI e FRANCO CARINCI), Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Milano

MACEDO, PEDRO DE SOUSA

1990 *Poder disciplinar patronal*, Almedina, Coimbra

MACHADO, JOÃO BAPTISTA

1982 *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra

MALLET, ESTÊVÃO

2014 *Dogmática elementar do Direito da Greve*, LTr editora, São Paulo

MARTINEZ, PEDRO ROMANO

2017a *Direito do Trabalho*, 8ª edição, Almedina, Coimbra

2017b *Código do trabalho – Anotado*, (obra em colaboração: PEDRO ROMANO MARTINEZ, *et alia*), 11.º edição, Almedina, Coimbra

2003 *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 1ª edição

MARTÍNEZ MORENO, CAROLINA

2017 “El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquírolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9, pp. 894-902

MARTINS, PEDRO FURTADO

2017 *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Princípia, Cascais

MARQUES, ALCINA SILVA

2009 “Os serviços mínimos na jurisprudência dos tribunais arbitrais”, *Questões Laborais*, n.º 34, pp. 175-217

MARQUES, JOSÉ DIAS

1994 *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª edição, Centro de Estudos de Direito Civil da Universidade de Lisboa, Lisboa

MIÑARRO YANINI, MARGARITA

2018 “Segun el Tribunal Constitucional «si es tecnológico, no es esquirolaje»: retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero”, *Estudios financeiros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 429 [disponível em linha em <https://bit.ly/2TPsGAW> e consultado pela última vez a 29/1/2019]

MIRANDA, JORGE

2007 *Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição*, 6ª ed., Coimbra Editora, Coimbra

MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL

2015 “Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del “esquirolaje interno indirecto” [diálogo com la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015 (RJ 2015, 1249), rec. Núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)]”, *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 388

MONEREO PÉREZ, JOSÉ

2017 “Por una “teoría general” de los derechos sociales fundamentales que garantisse su plena efectividad”, *DERECHO de las RELACIONES LABORALES*, n.º 8, pp. 698-762

MORAIS, CARLOS BLANCO

2011 *Justiça Constitucional, Tomo II, O Direito do Contencioso Constitucional*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

MOREIRA, TERESA COELHO

2016 “Algumas questões sobre Trabalho 4.0”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, II, pp. 245-264

NABAIS, JOSÉ CASALTA

1990 “Os Direitos Fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º LXV, pp. 61-120

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

1967 *Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da jurisdição (Ensaio de uma reposição crítica)*, Almedina, Coimbra

NOGLER, LUCA

2018 “La titularidad conjunta del derecho de huelga”, *Trabajo y Derecho, Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, n.º 41 (tradução de MARÍANGELA BELLU) pp. 15-27

PERA, GIUSEPPE

1980 *Diritto del Lavoro*, Padua, Itália

PEREIRA, ANTÓNIO GARCIA

2003 “As diversas e graves inconstitucionalidades do Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 22, pp. 224-236

1992 *Temas Laborais*, Vega, Lisboa

PEREIRA, MARIA ADOZINDA BARBOSA

2001 “Direito de greve – Substituição de trabalhadores durante a greve – Empresas de segurança – Conceito de “estabelecimento” ou “serviço””, *Revista do Ministério Público*, ano 22, n.º 85, pp. 149-157

PÉREZ REY, JOAQUÍN

2017 “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol) – Comentario a la STC 17/2017 (BOE 10 de Marzo de 2017)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 77, pp. 151-168

2013 “El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del tribunal supremo (STS de 5 de Diciembre de 2012)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 61, pp. 163-176

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA

2012 *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª reimpressão da 4ª edição (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO), Coimbra Editora, Coimbra

PINTO, PAULO DA MOTA

2007 “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado* (organização António Pinto Monteiro et alia), Almedina, Coimbra, pp. 145-164

PRECIADO DOMÉNECH, CARLOS HUGO

2017 “El esquirolaje tecnológico: un paso más en la sumisión de la persona a la máquina”, *Jurisdicción social Blog de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la democracia* [disponível em linha em <https://bit.ly/2UNTdOu> e consultado pela última vez a 10/4/2019]

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA

2016 *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 6ª edição, Almedina, Coimbra

2015 *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2ª edição, Almedina, Coimbra

2000 *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra

1994 *Lei da Greve Anotada*, LEX – edições jurídicas, Lisboa

1986 “Greves de Maior Prejuízo - Notas sobre o Enquadramento Jurídico de Quatro Modalidades de Comportamento Grevista (Greves Intermitentes, Rotativas, Trombose e Retroativas)”, *Revista Jurídica*, n.º 5, pp. 67-115

ROTA, ANA

2018 “Il crumiraggio tecnologico: una lettura comparata”, *LaBoUR & Law Issues*, vol. 4, n.º 1 [disponível em linha em <https://bit.ly/2USXTiJ> e consultado pela última vez a 15/12/2018]

SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE

1973 *Abuso do Direito*, Almedina, Coimbra

SALA FRANCO, TOMÁS

2015 “Los mecanismos de defensa empresariales frente a una huelga”, *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo* (org. Efrén Borrajo Dacruz), La Ley, Espanha

SALA FRANCO, TOMÁS | LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, IVÁN

2013 *Los mecanismos de defensa empresariales frente a una huelga*, Tirant lo Blanch, Espanha

SÁNCHEZ QUIÑONES, LUIS

2018 “Una reflexión sobre el derecho de huelga y los esquirolajes”, *Diario La Ley*, n.º 9109 [disponível em linha em <https://bit.ly/2C65JhC> e consultado pela última vez a 20/1/2019]

SANTONI, FRANCESCO

- 1999 *Lo sciopero*, 4ª edizione, Jovene editore, Itália
- SELLAMI, HÉDY**
- 1999 "Le remplacement des grévistes dans les entreprises privées", *Revue Pratique de Droit Social*, n.º 649
- SERRA, ADRIANO VAZ**
- 1959 "Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85
- SILVA, MARIA MANUELA MAIA DA**
- 2002 "Flexibilidade e Rigidez das Leis Laborais. As Novas Formas de Contratação", *IV Congresso nacional de Direito do Trabalho – memórias* (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Lisboa
- SITZIA, ANDREA**
- 2008 "Potere organizzativo e condotta antisindacale: sostituzione di lavoratori scioperanti con non aderenti allo sciopero e sondaggio preventivo sull'adesione allo stesso", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n.º 2, pp. 422-428
- SOUSA, MARCELO REBELO DE**
- 1994 *Concurso público na formação do ato administrativo*, Lex-Edições Jurídicas
- TÁSCON LÓPEZ, RODRIGO**
- 2018 *El esquirolaje tecnológico*, Editorial Aranzadi, Navarra
- TEYSSIÉ, BERNARD**
- 2016 *Droit du Travail – Relations collectives*, 10ª ed., LexisNexis, Paris
- VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO**
- 2019 "Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores – editorial" *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 2, pp.129-134
- VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS**
- 2018 "La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas", *IUSLabor*, n.º 3 [disponível em linha em <https://bit.ly/2F9chwE> e consultado pela última vez a 24/2/2019]
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES**
- 2000 *Das obrigações em geral, vol. I*, 10ª ed., Almedina, Coimbra
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS**
- 2015 "O abuso do abuso do direito – um estudo de Direito Civil", *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, I, pp. 33-56
- VERVOORT, MAXENCE**
- 2015 L'exercice du droit de grève dans le secteur privé, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit, Université Nice Sophia, Antipolis [disponível em linha em <https://bit.ly/2HScCGT> e consultado pela última vez a 7/10/2018]
- XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO**
- 2018 *Direito do Trabalho*, 3ª edição, Rei dos Livros, Lisboa
- 1986 "Substituição da empresa fornecedora de refeições e situação jurídica do pessoal utilizado no local: inaplicabilidade do art. 37.º da LCT (parecer)" *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXVIII, I da 2ª série, n.º 3, pp. 443
- 1984 *Direito da Greve*, Verbo, Lisboa

8. Jurisprudência

ESPAÑA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 17/2017, de 2/2 [disponível em <https://bit.ly/2uVDdLH>]

STC 33/2011, de 28/3 [disponível em <https://bit.ly/2uZ5pxm>]

STC 18/2007, de 12/2 [disponível em <https://bit.ly/2UQEFxm>]

STC 80/2005, de 4/4 [disponível em <https://bit.ly/2VxDGPO>]

STC 123/1992, 28/09 [disponível em <https://bit.ly/2D84ejD>]

STC 11/1981 8/4 [disponível em <https://bit.ly/2P3cx4I>]

TRIBUNAL SUPREMO

SSTS 3/10/2018, 885/2018 e 888/2018 (rec. 3365/2018)

STS 30/4/2013 (rec. 2465/2012)

STS 5/12/2012 (rec 265/2011)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ Aragón 6/10/2010 (AS 2010/2353)

STSJ Valencia, 15/12/2009 (AS 2010, 200)

STSJ Madrid 16/11/1992 (AS 1992, 5709)

FRANÇA

COUR DE CASSATION

Cassation sociale, 11/1/2000, n.º 97-22025 [disponível em <https://bit.ly/2P2iY8k>]

Cassation sociale, 15/2/1979, n.º 76-14-527 [disponível em <https://bit.ly/2Iqa8zY>]

Cassation sociale, 24/7/1952 [*Droit Social*, 1952:683].

ITÁLIA

CORTE DI CASSAZIONE

Cassazione 10/7/2015, n.º 14444 [disponível em <https://bit.ly/2UM0UVd>]

Cassazione 6/8/2012, n.º 14157 [disponível em www.dirittoitaliano.com]

Cassazione 19/7/2011, n.º 15782, [disponível em <https://bit.ly/2IoybPS>]

Cassazione 9/5/2006, n.º 10624 [*apud* ANNA ROTA, 2018:47].

Cassazione, 4/7/2002, n.º 9709 [disponível em <https://bit.ly/2ULmjOp>]

Cassazione 16/11/1987, n.º 8401 [*apud* FRANCESCO SANTONI, 1999:85]

Cassazione 13/3/1986, n.º 1701 [*apud* FRANCESCO SANTONI, 1999:85]

PORTUGAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Ac. TC 595/11, proc. 751/11, de 30/11/2011, relator: JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO
Ac. TC 15/2005, proc. 862/04, de 18/1/2005, relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA
Ac. TC 509/2002, proc. 768/02, de 19/12/2002, relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA
Ac. TC 187/2001, proc. 120/95, de 2/5/2001, relator: PAULO MOTA PINTO
Ac. TC 951/96, proc. 481/94, de 10/07/1996, relator: VITOR NUNES DE ALMEIDA
Ac. TC 480/89, proc. 604/88, de 13/7/1989, relator: MESSIAS BENTO

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Ac. STJ, 5/9/2018, proc. 311/13.5TTEVR.E2.S1, relator: ANTÓNIO LEONES DANTAS
Ac. STJ, 2/5/2018, proc. 1887/14.5T8BRR-A.L1.S1, relator: CHAMBEL MOURISCO
Ac. STJ, 19/10/2017, proc. 1468/11.5TBALQ-B.L1.S1, relatora: ROSA TCHING
Ac. STJ, 23/11/2017, proc. 212/12.4TVLSB.L1.S1, relatora: MARIA DO ROSÁRIO MORGADO
Ac. STJ, 5/9/2017, proc. 281/16.8T8CHV-A.G1.S1, relator: FONSECA RAMOS
Ac. STJ, 6/10/2017, proc. 3649/13.8TTLSB.S2, relator: GONÇALVES ROCHA
Ac. STJ, 22/9/2015, proc. 498/12.4TTVCT.G1.S1, relatora: ANA LUÍSA GERALDES
Ac. STJ, 9/9/2015, proc. 499/12.2TTVCT.G1.S1, relator: ANTÓNIO LEONES DANTAS
Ac. STJ 25/11/2014, proc. 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1, relator: GABRIEL CATARINO
Ac. STJ, 13/11/2014, proc. 1936/10.6TBVCT-N.G1.S1, relator: SALAZAR CASANOVA
Ac. STJ 11/12/2013, proc. 629/10.9TTBRG.P2.S, relator: FERNANDES DA SILVA
Ac. STJ 7/4/2011 (uniformizador), proc. 1839/06.9TBMTS.P1.S1, relator: ÁLVARO RODRIGUES
Ac. STJ, de 20/10/2009, proc. 115/09.0TBPTL.S1, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS
Ac. STJ, de 18/12/2008, proc. 08B2688, relator: SANTOS BERNARDINO
Ac. STJ, de 23/5/2005, proc. 04S3159, relator: SOUSA PEIXOTO
Ac. STJ, 04/10/1995, proc. 7032/91, relator: LOUREIRO PIPA
Ac. STJ (uniformizador), 16/10/1984, proc. 070507, relator: AMARAL AGUIAR

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

- Ac. TRC, 16/12/2015, proc. 2509/15.2T8VIS.C1, relatora: PAULA DO PAÇO
Ac. TRC, 7/4/2016, proc. 639/14.7T8LRA.C1, relator: AZEVEDO MENDES

Ac. TRC, 20/4/2006, proc. P.4122/05 relator: FERNANDES DA SILVA

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

Ac. TRE, 8/6/2017, proc. 3061/15.4T8FAR.E1, relator: JOÃO NUNES

Ac. TRE, 22/6/2004, proc. n.º 1115/04-2, relator: ANDRÉ PROENÇA

Ac. TRE, 18/2/2004, proc. 862/2004 (*in* Ac. TC 15/2005)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ac. TRL, 15/2/2012, proc. 896/03.7TTLSB.L1-4, relatora: ALBERTINA PEREIRA

Ac. TRL, 12/7/2007, proc. 7896/2007-4, relator: DURO MATEUS CARDOSO

Ac. TRL, 3/2/1998, relator: PINTO MONTEIRO [*Boletim do Ministério de Justiça* 474 (1998), 536ss]

Ac. TRL, 4/12/1996, proc. 0082394, relator: DINIZ ROLDÃO

Ac. TRL, 20/9/89, proc.0004304, relator: NUNES FERREIRA

Ac. TRL, 9/11/1983, proc. 0001402, relator: LEITE FARIA

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Ac. TRP, 17/2/2014, proc. 501/11.5TTVRL.P1, relatora: MARIA JOSÉ COSTA PINTO

Ac. TRP, 5/3/2012, proc. 1114/09.7TTPRT.P1, relator: ANTÓNIO JOSÉ RAMOS

Ac. TRP, 12/6/2008, proc. 0810918, relatora: FERNANDA SOARES

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Parecer n.º 6/2019, *in* DR n.º 34/2019, 2º suplemento, 2ª série de 18/2/2019

Parecer n.º 35/2018, *in* DR n.º 34/2019, 2º Suplemento, Série II, 18/2/2019

Parecer n.º P000362017, de 21/12/2017 [disponível em <http://www.dgsi.pt/>]

Parecer n.º P000011999, de 18/1/1999 [disponível em <http://www.dgsi.pt/>]

Parecer n.º P001681982, de 10/2/1983 [disponível em <http://www.dgsi.pt/>]

Parecer n.º P001561981, de 3/12/1981 [disponível em <http://www.dgsi.pt/>]

Parecer n.º 123/76 B, de 3/3/1977 [*apud* José João Abrantes, 1995]

CONSELHO DA EUROPA

COMITÉ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS

CEDS, Conclusions, XII-2 (Germany), art. 5. and art. 6§4 [disponível em <https://bit.ly/2VAXv95>]

CEDS, Conclusions XIII-4, art. 6§4, *in* [disponível em <https://bit.ly/2VAXv95>]

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

COMITÉ DA LIBERDADE SINDICAL

ILO 3019, *informe 376 – PARAGUAY*, in [disponível em <https://bit.ly/2UcK5hO>]

COMISSÃO DE ESPECIALISTAS PARA A APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES

Observación CEACR, 2016, Publicación 106ª reunión CIT (2017) – CHILE, in [disponível em <https://bit.ly/2G8vwHn>]

Observación CEACR, Adopción 2011, Publicación 101ª reunión CIT (2012) – CHILE, in [disponível em <https://bit.ly/2G8vwHn>]

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

COMITÉ DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAI

Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1/12/2004, E/C.12/1/Add.105 [disponível em <https://bit.ly/2UtYag5>]

