

AS CONVENÇÕES COLETIVAS COMO FONTE DE DIREITO DO TRABALHO: TENDÊNCIAS ATUAIS

Mariana de Alvim Pinto^{1*}

Sumário: 1. O Sistema de Fontes do Direito do Trabalho; 1.1. Classificação das Fontes Laborais; 1.2. Especificidades das Fontes Laborais; 2. Definição de Convenção Coletiva de Trabalho; 2.1. As convenções coletivas no direito comparado: tendências atuais; 3. A importância da convenção coletiva enquanto fonte específica do direito do trabalho em Portugal; 3.1. Conteúdo e eficácia jurídica da parte normativa da convenção coletiva de trabalho; 3.2. A convenção coletiva de trabalho como norma para efeitos de controle de constitucionalidade: da idoneidade do recurso (Ac. do TC n.º 174/2008 de 11 de março); 4. O conflito hierárquico das fontes: a relação entre a lei, a convenção coletiva e o contrato individual do trabalho; 4.1. O artigo 3.º do Código do Trabalho; 4.2. O entendimento doutrinário sobre o conflito das fontes do art. 3.º, n.º 1 e n.º 3 do Código do Trabalho; 4.3. A polémica do n.º 1 do art. 3.º do Código do Trabalho perante o TC (Ac. n.º 338/2010 de 22 de setembro); 4.4. O concurso entre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho; 5. A problemática da natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho; 6. Considerações Finais; 7. Bibliografia[†]

* Licenciatura Plena em Educação Artística: Habilitação em Artes Cênicas/1998 pela Universidade Federal de Uberlândia MG. Bacharel em Direito/2005 pelo Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto SP. Pós-Graduação *Lato Sensu* MBA em Direito Empresarial/2007 pelo Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto SP. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas (DF)//Turma 2011/2012 pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

† Índice de siglas e abreviaturas: AA – Acordo de Adesão; Ac. - Acórdão; Ac. STJ – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça; Ac. TC – Acórdão do Tribunal Constitucional; ACT – Acordo Coletivo de Trabalho; BTE – Boletim de Trabalho e Emprego;

1. O SISTEMA DE FONTES DO DIREITO DO TRABALHO



o estudarmos o instituto das fontes do Direito percebemos a sua peculiar importância, pois, é através deste estudo que se identificam quais são as origens de um fenômeno jurídico de forma a perceber como se deu o seu surgimento. Podemos fazer uma distinção entre os diversos tipos de fontes, e classificá-los, por exemplo, em: *fontes materiais* (que consistem em elementos que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o comportamento a ser tutelado e que levam ao vislumbre de um direito. A título exemplificativo, as fontes materiais podem ser: históricas, religiosas, econômicas, políticas, morais, etc.), ou *fontes formais* (que dizem respeito ao direito já devidamente formalizado, a indicar documentos ou formas não escritas, que revelam um direito vigente, possibilitando a sua aplicação a um caso concreto. As fontes formais ainda podem ser subdivididas em: i) *fontes formais estatais* que são aquelas que decorrem do exercício de um poder público, quando o Estado através das suas instituições faz afluir o direito, quer em sua gênese através da sua função de legislar, quer em sua aplicação, através da sua função jurisdicional; e ii) *fontes formais não estatais* que decorrem do convívio social, donde aflora o direito sem que isso tenha ocorrido por qualquer iniciativa do Estado). Outras classificações ainda são feitas pela doutrina, como por exemplo, as *fontes de direito imediatas*

CC – Código Civil; CCT – Contrato Coletivo de Trabalho; CCT – Convenção Coletiva de Trabalho; CRP – Constituição da República Portuguesa; CT – Código do Trabalho; IRCT – Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho; LCT – Lei do Contrato Individual do Trabalho; LRCT – Lei das Relações Coletivas de Trabalho; OIT – Organização Internacional do Trabalho; PE – Portaria de Extensão; RCT – Regulamentação do Código do Trabalho; RCTFP – Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (Lei n.º 59/2008 de 18 de setembro); STA – Superior Tribunal Administrativo; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; TC – Tribunal Constitucional.

que são aquelas representadas pela lei, e as *fontes mediatas* que são a doutrina, a jurisprudência, os costumes, os fatos históricos e políticos, etc.

Por fim, podemos classificar as fontes em *originárias* quando de um movimento insurrecionista, ou seja, a quebra da continuidade histórica do direito positivo, onde o poder revolucionário institui uma nova ordem; e em fontes *derivadas*, que são limitadas umas pelas outras – a jurisprudência pela lei, a lei pela Constituição. Importante ressaltarmos ainda que a ordem de importância de uma fonte para outra, ou seja, a sua hierarquia, vai depender das características do Direito a ser estudado.

Em relação às fontes do direito do trabalho, podemos genericamente conceituá-las como tudo aquilo que fundamenta e dá origem ao próprio direito do trabalho. Estas fontes são as responsáveis diretas pela criação, elaboração e fundamentação de toda ciência jurídica do trabalho, produzindo e justificando suas leis e as decisões judiciais em todo o seu ordenamento jurídico. No entanto, ao estudarmos o instituto das fontes do direito percebemos que esta matéria tende a ser complexa na maioria dos ramos jurídicos, no caso do direito do trabalho, e devido à sua especificidade, essa complexidade é particularmente evidente por várias razões²:

1º) pela existência simultânea de fontes comuns (Constituição, leis infraconstitucionais, usos e costumes, etc.), e de fontes de natureza específica;

2º) pelas especificidades de fontes no domínio laboral (possibilidade de autoregulação das convenções coletivas de trabalho pelos parceiros laborais e, de participação direta dos trabalhadores e empregadores no processo de elaboração das próprias normas estatais);

² Para essa análise do sistema de fontes do direito do trabalho (*supra* 1. e 1.1.), adotamos o esquema utilizado por RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral*, 2ª edição, Almedina, 2009, pp. 155-160, que além de didático nos serviu de bússola orientadora para que pudéssemos percorrer por este instituto tão peculiar e complexo como é o sistema das fontes laborais.

3º) pela natureza peculiar de algumas destas fontes específicas (convenção coletiva do trabalho e portaria de extensão); e

4º) pela evidência de regras especiais quanto à coordenação entre as próprias fontes, que muitas vezes concorrem entre si (ex., arts. 3.º, 476.º, 481.º e ss., todos do CT) e, também, para promover a solução de conflitos que possam surgir na sua aplicação. Vejamos a partir de agora como isso se dá.

1.1. CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES LABORAIS

Devido à sua multiplicidade e diversidade, as fontes laborais costumam ser classificadas através da conjugação de dois critérios:

1º) o critério do ato normativo no direito interno ou no direito internacional e

2º) o critério das fontes de natureza comum ou de caráter especificamente laboral.

A partir da conjugação desses dois critérios foram isoladas as seguintes fontes laborais:

a) Na categoria das fontes internacionais temos: *i*) o Direito Internacional (convenções da OIT, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Carta Social Europeia, Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e *ii*) o Direito Comunitário em matéria social.

b) Na categoria de fontes internas comuns: a Constituição, a lei e a legislação laboral em particular, o costume, os usos³, e ainda, como fonte mediata, a jurisprudência laboral e a

³ Como veremos na nota n.º 4, os usos laborais foi incluído no elenco de fontes específicas autônomas – art. 1.º do CT; não obstante se tratar de uma fonte comum – art. 3.º, CCiv. Cabe observar ainda, que no contexto das fontes específicas autônomas, é discutida a possibilidade de recondução da figura do regulamento interno – art. 99.º, CT a esta categoria de fontes laborais. Nesse sentido, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I ...op., cit.*; p. 158 – 159.

doutrina.

c) Na categoria das fontes laborais internas específicas, previstas nos artigos 1.º e 2.º do CT, observamos que as formas específicas de revelação de normas laborais podem constituir numa forma de autoregulação ou de heteroregulação dos interesses laborais. Nesse sentido, temos:

c') *As fontes específicas autônomas* que englobam os instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho (IRCT's) de índole convencional. São eles:

- a *convenção coletiva* de trabalho que se subdivide em duas modalidades:

i) Modalidades gerais - (previstas e reguladas no art. 2.º e no art. 485.º e ss do CT):

a) contrato coletivo do trabalho (CCT) - convenções coletivas de trabalho celebradas entre as associações sindicais e associações de empregadores. Assim, por exemplo, podemos ter um contrato coletivo vinculando três associações sindicais de um lado e apenas uma associação de empregadores do outro, onde todos estes entes laborais pertençam ao mesmo ramo de atividade

b) acordo coletivo do trabalho⁴ (ACT) - convenções coletivas celebradas entre associações sindicais e uma pluralidade de empregadores individualmente considerados, para um conjunto de empresas. Por exemplo, um acordo coletivo que vincule três associações sindicais de um lado, três empregado-

⁴ Para RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Negociação Colectiva Atípica: lição de agregação*, Almedina, 2009, p. 120, “o acordo colectivo atípico não pode ser reconduzido à categoria de fonte laboral em *sentido formal*, uma vez que não é como tal qualificado pela lei e não corresponde a uma nova modalidade de instrumento de regulamentação colectiva do trabalho”. Veremos mais adiante (*infra* 2. e 3.) que em Portugal, apenas as associações sindicais têm capacidade para celebrar convenções coletivas de trabalho – art. 56.º, n.º 3 da CRP. Mesmo quando os sindicatos delegam os seus poderes para as comissões de trabalhadores (art. 491.º, n.º 3 do CT), estas comissões atuam em representação daqueles na outorga de uma convenção coletiva – e não em nome próprio e à margem do sistema constitucional e legal da contratação coletiva, como sucede quando celebram um acordo coletivo atípico.

res distintos do outro lado (pluralidade de entidades empregadoras), para três empresas (pluralidade de empresas) e,

c) acordo de empresa (AE) - convenções coletivas celebradas por associações sindicais e uma empregador, para uma empresa ou estabelecimento. Exemplo, o acordo de empresa celebrado entre três associações sindicais de um lado, uma entidade empregadora do outro, para uma só empresa.

ii) Modalidades especiais – previstas para a autoregulação coletiva dos vínculos laborais da Administração Pública - art. 2.º, n.º 3, a' e b' e arts. 347.º e ss. do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP) – L. n.º 59/2008, de 18 de setembro. Assim temos:

a) acordos coletivos de carreira – aplicáveis a uma carreira ou conjunto de carreiras, independentemente dos órgãos ou serviços onde os trabalhadores exerçam funções, e

b) acordos coletivos de entidade empregadora pública – aplicáveis a uma entidade empregadora pública com ou sem personalidade jurídica.

Essas modalidades substituíram as modalidades especiais de convenção coletiva de trabalho no âmbito da Administração Pública - antes previstas na L. n.º 23/2004, de 22 de junho - e que contemplavam quatro categorias de convenções: os contratos coletivos nacionais, os contratos coletivos setoriais, os acordos coletivos setoriais e os acordos de pessoa coletiva pública.

A previsão das atuais modalidades especiais de convenções coletivas de trabalho pretendeu conjugar a existência de um verdadeiro sistema de contratação coletiva para os trabalhadores da Administração Pública que exerçam as suas funções em regime de contrato de trabalho⁵ com as especificidades

⁵ Para RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I...op., cit.*; p. 247 e nota 144, “no que respeita aos trabalhadores com funções públicas em *regime de nomeação* o sistema jurídico nacional não prevê uma verdadeira contratação coletiva, mas apenas um processo de negociação coletiva a que se segue a regulamentação pelo Estado – L. n.º 23/98, de 26 de maio. Já para os trabalhadores que

inerentes à qualidade do empregador público e aos interesses públicos por este prosseguidos.

Nesse sentido, foi criado um sistema de negociação coletiva especial, denominado *negociação coletiva articulada*, onde o *acordo coletivo de carreira* deve indicar as matérias que podem ser reguladas pelos *acordos coletivos de entidade empregadora pública*. Caso não exista um acordo coletivo de carreira ou não havendo a indicação das matérias que poderão ser reguladas pelos acordos coletivos de entidade empregadora pública, estes últimos apenas poderão regular as matérias de duração e organização do tempo de trabalho, excluindo as respeitantes a suplementos remuneratórios, e de segurança, higiene e saúde no trabalho – art. 343.º, n.º 1 e 2 do RCTFP.

- o *acordo de adesão* (AA) - sua função é permitir o alargamento do âmbito de incidência das convenções coletivas de trabalho para além do círculo dos outorgantes originários. A liberdade negocial que nele se manifesta não é total, porque deste acordo não pode resultar modificação do conteúdo da convenção, ou seja; há liberdade de celebração mas não liberdade de estipulação. Art. 2.º, n.º 2 e art. 504.º, ambos do CT .

- a *decisão arbitral em processo de arbitragem voluntária* – pode ser definida como um meio de resolução de conflitos em que a decisão é cometida a terceiros que têm o poder de decidir de forma vinculativa, ficando as partes obrigadas ao seu cumprimento. A arbitragem voluntária ocorre na sequência de um acordo entre as partes (compromisso arbitral). Art. 2.º, n.º 2 e art. 506.º, ambos do CT.

c") *As fontes específicas heterônomas* correspondem aos instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho de índole não convencional, também chamados de instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho administrativos (ou

tenham vínculo laboral com o Estado ou outra entidade empregadora pública, é previsto um sistema de contratação coletiva em sentido próprio, ainda que com especificidades”.

normativos). Estes instrumentos são:

- a *portaria de extensão* (PE) - é um tipo de instrumento de regulamentação coletiva do trabalho tradicional em Portugal e está prevista nos arts. 2.º, n.º 4 e 514.º e ss, ambos do CT. Tem a natureza de um regulamento administrativo através do qual o Governo (por intermédio do Ministro do Trabalho, e, em alguns casos, do Ministro do setor de atividade – art. 514.º, n.º 1 e 2 do CT) determina o alargamento do âmbito de aplicação de uma convenção coletivas de trabalho a empregadores que não subscreveram inicialmente a convenção e a trabalhadores não filiados nas associações sindicais outorgantes⁶. Para que essa extensão ocorra, exige-se três condições cumulativas: a) os trabalhadores e empregadores estarem integrados no mesmo setor de atividade e profissional respectivamente, ao qual é aplicável a convenção coletiva de trabalho a estender (art. 514.º, n.º 1); b) não haver convenção coletiva aplicável naquele setor de atividade e profissional (art. 515.º) e, c) ocorrerem circunstâncias econômicas e sociais que justifiquem a extensão (art. 514.º n.º 2). .

⁶Para RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I...op., cit.*; pp. 254 – 255, o objetivo da portaria de extensão é duplo, pois “pretende-se integrar o vazio de regulamentação colectiva que existe em relação aos trabalhadores não filiados nas associações sindicais outorgantes da convenção colectiva de trabalho e aos empregadores que também não as outorgaram – este vazio decorre de as convenções colectivas de trabalho apenas se aplicarem aos outorgantes e aos respectivos membros, por força do princípio (...) da filiação (...)” (*ibidem*, p. 254). O segundo objetivo reside no fato de que “com esta extensão administrativa assegura-se a uniformidade do regime jurídico aplicável aos trabalhadores daquele sector. (...) através das portarias de extensão promove-se a eficácia geral das convenções colectivas de trabalho num determinado sector profissional ou de actividade. (...) deve assinalar-se que a portaria de extensão é uma figura de grande utilização, constituindo prática corrente a sua emissão sempre que é publicada uma convenção colectiva de trabalho. Na nossa opinião, esta prática pode ser contraproducente para a autonomia colectiva, na medida em que desincentiva à filiação sindical.” (*ibidem*, 254 – 255). Nesse sentido, Ac. STJ, de 21.06.2007: Proc. 06S4198.dgsi.Net. Para maiores informações sobre este acórdão www.dgsi.pt/jstj_Ainda na doutrina, NETO, Abílio, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 1023 (nota 44).

- a portaria de condições de trabalho (PCT) - que são instrumentos autônomos, isto é, de conteúdo original, emitidos na falta de convenções em certos termos e condições (quando circunstâncias sociais e econômicas o justificarem, que não exista associação sindical ou de empregadores, nem seja possível a portaria de extensão). Está prevista nos arts. 2.º, n.º 4 e 517.º e s., ambos do CT.

- a decisão arbitral em processo de arbitragem obrigatória ou necessária – que pode ser definida como um meio de resolução de conflitos em que a decisão é cometida a terceiros que têm o poder de decidir de forma vinculativa, ficando as partes obrigadas ao seu cumprimento. A arbitragem obrigatória ou necessária assentem num despacho (do ministro responsável pela área laboral) independentemente da vontade das partes. Art. 2.º, n.º 4 e art. 508.º e ss do CT.

1.2. ESPECIFICIDADE DAS FONTES LABORAIS

O art. 1.º, do Código do Trabalho português, que trata das “Fontes específicas”, está inserido no Livro I (Parte Geral), Título I (Fontes e aplicação do direito do trabalho) e nos diz que: “*O contrato de trabalho está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho, assim como os usos laborais que não contrariem o princípio da boa fé.*”

A disposição em análise refere-se a algumas fontes internas do direito do trabalho - mais especificamente, os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho de índole convencional ou não convencional, e os usos laborais⁷. Os

⁷ Os usos laborais, devido à sua particular relevância, foi incluído no elenco de fontes específicas autônomas – art. 1.º do CT; não obstante se tratar de uma fonte comum – art. 3.º, CC. Nestes termos, o CT confere aos usos laborais (tanto os empresariais como os do setor) a possibilidade de conformarem o contrato de trabalho. Agora pela letra da lei aparentam ter função normativa, promovidos até a regras imperativas, aparentemente nos mesmos termos (“assim como”) que os IRCT's. Para FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 15ª edição, Almedina, 2010, pp. 123 e 124, os usos laborais, “independentemente dos termos em que têm refe-

IRCT's podem regulamentar salários, férias, condições de trabalho, carreiras profissionais, etc., e que destinam-se a vigorar para uma determinada categoria profissional ou setor empresarial. Sendo fontes laborais internas e específicas, podemos então afirmar que existem algumas fontes que são próprias do direito do trabalho e que, por isso, não são compartilhadas pelos demais ramos jurídicos, como sucede, por exemplo, com as convenções coletivas.

Em outras palavras, isso significa que, embora as fontes do direito do trabalho sejam quase na sua totalidade fontes comuns aos demais ramos jurídicos, existe uma especificidade na medida em que, ao lado destas fontes comuns (Constituição, leis infraconstitucionais, usos e costumes, etc.), possui fontes autônomas, que é o produto de autorregulação dos interesses coletivos. Interessante notarmos que devido a essa especifici-

renciados pela lei, podem surgir em diversas vestes e com distintas funções jurídicas”. Assim, o autor os classifica em: a) *usos interpretativos*, “a que aludia expressamente o art. 12.º LCT, mas que, em rigor, não necessitariam de menção expressa para serem 'atendíveis': sendo práticas normais, tradicionais ou correntes, e refletindo soluções reveladas pela realidade social, são naturalmente utilizáveis para ultrapassar as dificuldades de interpretação e as omissões que os contratos revelam. A vinculação dos contraentes à observância dessas soluções 'normais' pode, apesar de tudo, ligar-se à vontade deles, pois nada impediria que as afastassem por manifestações de vontade em sentido diverso”; b) *os usos integradores da lei*, “apontados pelo art. 3.º CCiv., e que, constituindo também soluções de normalidade, assumem o aspecto particular de que a lei os incorpora como instrumento de valoração da realidade”. As ajudas de custo (art. 260.º/1-a) ou a periodicidade do pagamento da retribuição (art. 278.º/1), são “sempre casos de remissão legal expressa, pelo que a vinculatividade decorre da lei e não de características próprias da prática em causa” e, finalmente, c) *os usos laborais autônomos*, “que são vinculantes por si mesmos ou em função das características que certas práticas assumem. A repetição, a uniformidade e a continuidade dessas práticas, aliadas à sua licitude e à razoabilidade da expectativa de que se mantenham, transformam-nas em padrões de comportamento exigíveis. O caráter vinculante destas práticas é-lhes intrínseco, e pode ser, ou não, explicitamente reconhecido pela lei. Parece ser este o alvo principal de menção constante do art. 1.º CT”. O autor conclui dizendo que “em qualquer destas configurações, os usos laborais são, (...) *factos reguladores ou conformadores* das relações de trabalho em certos âmbitos, e muito particularmente no da empresa concreta, sem, verdadeiramente, assumirem a natureza de 'fontes intencionais' deste ramo do Direito”.

dade de algumas fontes laborais internas, algumas fontes comuns terminam assumindo também aspectos peculiares - como é o caso do procedimento de formação das leis do trabalho.

Sendo a matéria objeto de um outro relatório, não abordaremos aqui a participação dos trabalhadores e empregadores no processo de elaboração da legislação do trabalho⁸ e nem sobre a “concertação social” entre o Governo e as confederações sindicais e patronais que tem lugar no âmbito da *Comissão Permanente de Concertação social* - esta última integrada no Conselho Económico Social (art. 92.º da CRP).

2. DEFINIÇÃO DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A definição de convenção coletiva de trabalho pode variar de país para país, conforme o regime político, ou com o respectivo sistema económico e social, ou ainda, devido às particularidades do desenvolvimento histórico dos seus pró-

⁸ Cabe a nós referirmos apenas que um dos problemas que decorre desde o Código do Trabalho de 2003 e que continua a persistir na temática das fontes, é a de que o novo Código do Trabalho de 2009 não tratou em sede de fonte - mas sim a propósito do direito coletivo (art. 469.º e ss.) - a matéria da participação dos trabalhadores e empregadores no processo de elaboração das normas do trabalho. Percebemos que em Portugal, a originalidade do sistema das fontes revela-se de forma significativa por permitir uma intervenção organizada dos trabalhadores e empregadores no exercício de poderes tradicionalmente reservados ao Estado. A Constituição da República Portuguesa ao consagrar o direito fundamental de participação dos trabalhadores na elaboração das leis do trabalho, através das comissões de trabalhadores (art. 54.º, n.º 5, alínea d') e das associações sindicais (art. 56.º, n.º 2, alínea a') reconheceu o direito de participação destes entes laborais no exercício do poder político. A violação deste direito implica a inconstitucionalidade da correspondente legislação do trabalho, pois a participação é um pressuposto indispensável para a legitimidade procedimental da norma aprovada. Nesse sentido, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I...op., cit.*; pp. 160 e 219 - 227; MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho: contributo para a teoria da convenção coletiva de trabalho no direito português*, Livraria Alameda, Coimbra, 1984, p. 50; FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho... op., cit.*; p. 98 - 106 e AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2009, p. 38 - 39.

prios sistemas de relações profissionais⁹. No entanto, embora a convenção coletiva do trabalho seja definida de diversas maneiras, elas contém um *núcleo essencial*, consagrado em direito internacional do trabalho pela OIT, que revela hoje da conjugação entre e o parágrafo único da Recomendação n.º 91 de 1951, e o art. 2.º da Convenção n.º 154 de 1981 que diz respectivamente: *“Para fins da presente recomendação, entende-se por convenção coletiva qualquer acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, concluído entre, por um lado, um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, e, por outro lado, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores, ou, na ausência de tais organizações, os representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e mandatados por estes últimos em conformidade com a legislação nacional.”* E, *“Para os fins da presente convenção, o termo negociação coletiva aplica-se a todas as negociações que têm lugar entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores por um lado, e uma ou várias organizações representativas de trabalhadores, por outro, com vista a: a) fixar as condições de trabalho e emprego, e/ou b) regular as relações entre os empregadores e os trabalhadores, e/ou c) regular as relações entre os empregadores ou as suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores.”* Este conceito *essencialmente unitário* de convenção coletiva do trabalho supera os particularismos nacionais devido à experiência sociológica e jurídica comuns em matéria de negociação coletiva¹⁰.

⁹ Nesse sentido, FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho... op., cit.*; p. 114; MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho... op., cit.*; p. 67; MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva – perspectivas de direito comunitário e comparado à luz da teoria das institucional complementarities*, in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? Atas do Congresso do Direito Trabalho*, Coordenadores: Catarina O. Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Editora Coimbra, 2011, p. 98.

¹⁰ Nesse sentido, MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de*

Mas, embora tratar-se de um conceito essencialmente unitário, onde os elementos fundamentais do instituto estejam claramente fixados, devemos observar que o conceito é, ao mesmo tempo, genérico cuja amplitude não terá, por certo, correspondência com cada um dos sistemas de direito positivo nacionais.

Em Portugal, após análise de várias definições de convenção coletiva, preferimos acolher a definição que consideramos ser a mais completa e harmoniosa com o atual sistema jurídico português e que agora transcrevemos na íntegra:

“A convenção coletiva do trabalho pode definir-se como o acordo celebrado entre um empregador ou uma associação de empregadores e uma ou mais associações sindicais, em representação dos trabalhadores membros, com vista à regulação das situações juslaborais individuais e coletivas numa determinada profissão ou sector de atividade, e numa certa área geográfica ou empresarial”¹¹

Independentemente da variedade de definições existentes nos diversos ordenamentos jurídicos, devemos nos ater para os *elementos fundamentais*¹² (ou o *núcleo essencial*) de definição do conceito de convenção coletiva do trabalho que são:

a) A convenção coletiva é um acordo que deve ser escrito sob pena de nulidade (em Portugal esta regra está prevista no art. 477.º do CT);

b) Embora os empregadores possam negociar isoladamente na celebração da convenção coletiva, pelo lado dos trabalhadores deve intervir necessariamente uma organização representativa;

c) Esse acordo é um meio apto a produzir todos ou só alguns dos efeitos consoante a vontade das partes outorgantes

direito do trabalho... op., cit.; p. 67.

¹¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I... op., cit.*; p. 241.

¹² Nesse sentido, MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho... op., cit.*; pp. 70 – 71.

que vão:

i) Definir as condições de trabalho – determinação e regulamentação do conteúdo das relações emergentes dos contratos individuais de trabalho;

ii) Definir as condições de emprego – o que permite a regulamentação de múltiplos aspectos que, sem relevarem diretamente do conteúdo das relações individuais de trabalho, influenciam ou condicionam a situação econômica e social dos trabalhadores e

iii) Fixar, por mútuo acordo, regras e obrigações a serem observadas nas suas relações recíprocas.

Como última observação, devemos mencionar que todos esses elementos são necessários ao conceito de convenção coletiva mas um desses elementos assume uma importância crucial para a definição da respectiva natureza jurídica e caracterização do seu conteúdo e dos efeitos a que tende. Trata-se da exigência de que do lado dos trabalhadores, intervenha necessariamente, na celebração, uma organização¹³ (associação sindical), garantindo desse modo, uma maior igualdade *material* entre as partes celebrantes do acordo.

2.1. AS CONVENÇÕES COLETIVAS DO TRABALHO NO DIREITO COMPARADO: TENDÊNCIAS ATUAIS¹⁴

¹³ *Ibidem*, p. 72.

¹⁴ Para essa pesquisa utilizamos os artigos de: MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva – perspectivas de direito comunitário e comparado à luz da teoria das institucional complementarities*, in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? Atas do Congresso do Direito Trabalho*, Coordenadores: Catarina O. Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Editora Coimbra, 2011, pp. 97 – 168; *La negociación colectiva en Europa*, in AAVV, Edición preparada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 59, Edita y distribuye: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 29 – 51, 95 – 134 e 205 – 233; e RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coleção Teses, Almedina, 2000, pp. 605 a 612 e 917 respectivamente; *Direito do Trabalho, Parte I... op., cit.*; pp. 59 – 77, e *Negociação Colectiva Atípica: Lição de agregação*, Almedina, 2009.

A figura da convenção coletiva desenvolveu uma capacidade de acompanhar a evolução dos valores dominantes do direito do trabalho ao longo das décadas. Essa capacidade de adaptação tem norteado a maioria dos sistemas normativos laborais nos últimos trinta anos e começa a se delinear também no direito português – trata-se da *flexibilização* das normas trabalhistas e da *descentralização* da negociação coletiva em direção ao nível da empresa.

Para Maria do Rosário Palma Ramalho, “*a flexibilização tem sido prosseguida através de um processo genericamente apelidado de desregulamentação, mas este processo passa menos pela supressão pura e simples de normas legais imperativas do que pelo reenvio de matérias anteriormente disciplinadas pela lei, em moldes injuntivos, para a esfera da negociação colectiva (é o fenómeno que designámos de re-regulamentação), por se entender que esta via permite o ensaio de soluções normativas novas e, sobretudo, mais flexíveis e adaptáveis a cada caso concreto do que a regulamentação legal, com a vantagem acrescida de contar com a 'ratificação' dessas soluções pelos seus próprios destinatários (...), mas sem os perigos que uma devolução sumária das matérias para a esfera da autonomia das partes no contrato de trabalho oferece*”¹⁵.

Quanto à *descentralização*¹⁶, esta pretende traduzir a in-

¹⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho, op., cit.*; p. 917.

¹⁶ Também considerada como a segunda via de flexibilização (ou desregulamentação) do sistema jurídico laboral que substitui normas laborais imperativas por uma regulamentação mais flexível das matérias laborais, feita pela própria lei, mas, sobretudo, por via convencional coletiva, com ou sem a intervenção de entidades administrativas. Nesta segunda forma de flexibilização são propugnadas a) medidas diretamente incidentes sobre as normas legais e b) medidas incidentes nas relações entre a lei e as convenções coletivas. No que respeita a estas últimas - às medidas incidentes na relação entre a lei e as convenções coletivas -, há hoje uma grande tendência generalizada nos países da Europa de transferirem as competências normativas para o domínio convencional coletivo, com especial ênfase para a negocia-

fluência crescente que os representantes dos trabalhadores a nível da empresa têm assumido no diálogo social com os respectivos empregadores, devidamente controlados pelos sindicatos. Segundo Bruno Mestre, esta influência tem assumido uma “*configuração e intensidade distintas conforme o ordenamento jurídico, a matéria e o sector de atividade e tem incidido sobretudo os temas de remuneração e organização do tempo de trabalho*”¹⁷.

Em relação a essas tendências atuais (de flexibilização e descentralização) da negociação coletiva, analisaremos como isso tem ocorrido na Alemanha, na França e no Reino Unido. A escolha destes países prende-se ao fato de cada um deles constituir não apenas um “modelo de capitalismo” como também um modelo distinto de negociação coletiva que tem atravessado um período considerável de transformação.

A Alemanha vem progressivamente flexibilizando as condições de trabalho previstas nas suas convenções coletivas

ção coletiva ao nível empresarial, com a assistência e a intervenção de entidades públicas e através da concertação social. Nesse sentido, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho... op., cit.*; pp. 611 – 612.

¹⁷ Nesse sentido, MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva... op., cit.*; pp. 98 - 99. Ainda segundo este autor, as causas deste movimento de descentralização se devem às mudanças de “contexto macro-económico em direcção ao monetarismo, a financialização progressiva da economia, o reforço dos direitos dos accionistas, as novas técnicas de organização do trabalho e a pressão colocada sobre os gestores para valorizarem financeiramente a empresa conduziram à necessidade de uma reforma da negociação coletiva. Esta reforma operou por via de um reforço dos direitos dos actores a nível da empresa de forma a permitir o realinhamento dos interesses dos trabalhadores com os interesses dos gestores e dos accionistas na medida do possível e – assim – procurarem salvaguardar a sua posição. (...) Este movimento ergue desafios consideráveis ao movimento sindical: os sindicatos não desejam perder a sua vocação natural de defesa dos trabalhadores por via de uma negociação colectiva das condições de trabalho e uma descentralização excessiva pode colocar os direitos dos trabalhadores em perigo devido uma *prevalência patronal*. Cada sistema nacional tem vindo a procurar encontrar um equilíbrio entre a necessidade de descentralização e a preservação da posição dos sindicatos em termos que defendemos ter-se desenvolvido uma *descentralização controlada*”. (*ibidem*, pp. 123 – 124).

por via de um conjunto de instrumentos desenvolvidos nas negociações coletivas. Esses instrumentos de flexibilização assumiram a forma de: a) acordos de isenção de convenção coletiva, b) acordos de empresa e c) cláusulas de abertura.

Os acordos de isenção de convenção coletiva procuram incentivar a filiação de empregadores nas associações patronais por via de uma cláusula que os isenta das convenções coletivas assinadas. Paradoxalmente, estas cláusulas constituem uma forma de desencorajar a desfiliação das associações patronais na medida em que o empregador fará parte da mesma sem se encontrar sujeito às condições de trabalho acordadas. As associações patronais sujeitam a outorga desta cláusula à enunciação das razões pelas quais o empregador discorda das convenções coletivas em vigor. Esta declaração permite às associações patronais reunir uma base de dados com os motivos pelos quais as convenções existentes encontram-se desajustadas da situação concreta das empresas, integrar esses motivos nas revisões das convenções coletivas ou encorajar os sindicatos a celebrar um acordo de empresa com os empregadores isentos que tenha em consideração a situação concreta da empresa.

Para Bruno Mestre, esses acordos de isenção de convenção coletiva *“consiste numa solução de equilíbrio na medida em que procura integrar os empregadores descontentes no diálogo social, assegura que os motivos subjacentes à sua recusa em aplicar as convenções colectivas existentes têm uma justificação válida e adapta a negociação colectiva à situação concreta da empresa”*¹⁸. Quanto a nós, ficamos reticentes em relação a este tipo de instrumento de flexibilização pelas mesmas razões mencionadas pelo autor (nota 16) - *“uma descentralização excessiva pode colocar os direitos dos trabalhadores em perigo devido uma prevalência patronal”*. Também temos receios que esse tipo de instrumento de flexibilização – mesmo que controlado por sindicatos (*“descentralização con-*

¹⁸ *Ibidem*, p.138.

trolada”) (*ibidem* nota 16) -, continue a beneficiar as grandes empresas, pois nas últimas décadas percebemos que os “grupos de pressão” (que possuem “dentes e garras afiadas”) estão se “alimentando” justamente destas “flexibilizações e descentralizações controladas”. Basta olharmos para os lucros exorbitantes que as grandes montadoras de carros (*infra* 6.), ou as empresas de telecomunicações móveis continuam a ter mesmo em épocas de crise. Portanto, devemos estar atentos para que essa “descentralização controlada” não se transforme em “*descentralização selvagem*”¹⁹.

Em relação as acordos de empresa, segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, uma exceção ao monopólio das associações sindicais na contratação coletiva é o sistema germânico, do qual se deve distinguir contratos coletivos de trabalho e acordos de empresa. Os primeiros, “*assentam no direito constitucional de associação profissional e no princípio da autonomia colectiva (art. 9.º § 3.º da Constituição alemã) e são regulados pela Tarifvertragsgesetz (TVG), sendo outorgados por associações sindicais e por empregadores, per se, ou através das respectivas associações (§ 2.º Abs. 1 da TVG); os segundos, (acordos de empresa) Betriebsvereinbarungen, cuja origem histórica parece estar na figura tradicional dos regulamentos de empresa (...), são acordos colectivos celebrados ao nível da empresa e outorgados pela comissão de trabalhadores (...), assentando no direito de cogestão, e sendo regulados no § 77 da Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG); um e outro tipo de instrumentos regulam matérias laborais diferentes*”²⁰.

¹⁹ ZACHERT, Ulrich, Hamburgo, *La negociación colectiva en Alemania*, in *La negociación colectiva en Europa*, Edición preparada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 59, Edita y distribuye: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 50.

²⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Negociação Coletiva Atípica: Lição de agregação*, Almedina, 2009, p.32, nota 14. Ainda sobre os contratos coletivos e acordos de empresa, ZACHERT, Ulrich, Hamburgo, *La negociación colectiva en Alemania*, in *La negociación colectiva en Europa... op., cit.*; p. 49 – 50.

Para Bruno Meste²¹, esses acordos de empresa vêm permitindo aos empregadores e sindicatos adaptarem as condições de trabalho coletivamente acordadas à situação da empresa em concreto. O sindicato (que na Alemanha existe apenas um para cada setor de atividade) controla este tipo de acordo e, se entenderem que as razões invocadas pelo empregador para esquivar-se à convenção coletiva aplicável a nível do setor não são válidas, poderá recusar-se a assinar o acordo de empresa e iniciar ação coletiva (greve) com vista a criar incentivos para a assinatura da convenção de setor.

Por fim, as cláusulas de abertura²² são um outro tipo de instrumento de flexibilização que permitem a adaptação das condições de trabalho coletivamente acordadas à situação concreta da empresa por via de um acordo com a comissão de trabalhadores.

Essas cláusulas incidem principalmente sobre salários e tempo de trabalho e já suscitaram dúvidas constitucionais em virtude de a Constituição alemã garantir o monopólio da negociação coletiva aos sindicatos. No entanto, a opinião dominante orienta-se no sentido de os sindicatos poderem delegar a sua competência noutros órgãos. A doutrina e a jurisprudência têm igualmente submetido estas cláusulas a um conjunto de requisitos de legitimidade, sobretudo em nível de igualdade na aplicação e segurança jurídica a fim de evitar resultados prejudiciais na sua aplicação.

Em França, o seu ordenamento jurídico vem também introduzindo um conjunto de instrumentos de flexibilização na sua cultura centralizada de negociação coletiva. Os principais pontos de evolução da legislação francesa consistiram nas leis

²¹ MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva... op., cit.*; pp. 138 – 139.

²² Para maiores consultas, ZACHERT, Ulrich, Hamburgo, *La negociación colectiva en Alemania*, in *La negociación colectiva en Europa... op., cit.*; pp. 39 – 40 e 49 – 50; MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva... op., cit.*; pp. 139 – 140.

Auroux, leis *Aubry* e na reforma de 2004. As leis *Auroux* introduziram um dever de negociar os salários e a organização do trabalho no seio das empresas francesas. Esta reforma teve como escopo o envolvimento direto dos trabalhadores na conformação dos temas que mais diretamente lhes dizem respeito na vida da empresa – salários e tempo de trabalho – e na sua adaptação à situação da empresa em concreto²³. Os bons resultados desta reforma levou à aprovação da reforma *Aubry* em 1998 e 2000 que criou uma semana de trabalho de 35h. O legislador optou por uma solução negociada a nível da empresa ao impor a implementação da medida por via de um acordo com os trabalhadores. Mas esses acordos só são possíveis quando não há nem delegados sindicais e nem convenções coletivas setoriais previstas que se regem pela lei de 1996²⁴. Na reforma de 2004, as convenções coletivas de setor tornaram-se subsidiárias em relação aos acordos de empresa, exceto nos pontos em que a lei e a própria convenção coletiva proibissem a possibilidade de derrogação. Esta possibilidade de derrogação encontra-se subordinada na limitação das entidades competentes para assinar o acordo em vista a assegurar a participação dos sindicatos no processo de descentralização e evitar que a derrogação implique numa diminuição injustificada das condições de trabalho coletivamente acordadas. “*O acordo derogatório só terá validade se for assinado por (1) um delegado sindical, (2) um delegado do pessoal expressamente mandatado por um sindicato e sujeito a confirmação por via de um referendo entre o pessoal da empresa e (3) por via de um delegado do pessoal e sujeito a aprovação numa comissão partidária*”²⁵. Portanto, o processo de derrogação estará sempre sujeito a um controle sindical já que essas três entidades têm uma relação direta com os

²³ Nesse sentido, MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva... op., cit.*; p. 140.

²⁴ Nesse sentido, ROJOT, Jacques, Universidad de París II, *Los Convenios Colectivos en Francia*, in *La negociación colectiva en Europa... op., cit.*; p. 114.

²⁵ MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva... op., cit.*; p. 141.

sindicatos.

No Reino Unido, vemos igualmente exemplos de acordos de flexibilização embora os mesmos tenham surgido no contexto da legislação laboral e não na prática das relações industriais. O ordenamento jurídico britânico não oferece amplas possibilidades ao desenvolvimento de acordos de flexibilização em relação às convenções coletivas de trabalho por estas não gozarem de eficácia obrigacional ou normativa²⁶. Segundo Bruno Mestre²⁷, algumas leis laborais britânicas admitem a adaptação de condições de trabalho previstas nos seus textos ao nível da empresa por via de “*acordos gerais de empresa*”, como por exemplo, tempo de trabalho, licença parental e contrato a termo. No entanto, estes acordos foram sujeitos a um conjunto de mecanismos de controle. Caso o acordo não tutele satisfatoriamente os interesses dos trabalhadores, estes poderão recusar o acordo e respaldar-se nas provisões previstas na lei. Em relação ao empregador, se ele mantiver a necessidade de flexibilidade e não desejar um acordo com os trabalhadores, poderá negociar um acordo de flexibilização com os sindicatos com o objetivo de adaptar as condições de trabalho previstas naquelas leis por via de uma convenção coletiva. Essa garantia talvez possa assegurar um controle mais efetivo das possibilidades de derrogação e garantir que as mesmas correspondam a uma real necessidade do empregador e não uma intenção de dismantelar uma proteção laboral prevista naqueles diplomas legais.

Portanto, essas tendências atuais de flexibilização e descentralização da negociação coletiva procuram alinhar os interesses dos trabalhadores e dos empregadores de forma a assegurar a sobrevivência da empresa em épocas de crise. Esses acordos de flexibilização e descentralização da negociação coletiva em direção ao nível da empresa erguem diversos peri-

²⁶ Nesse sentido, NEAL, Alan C., Warwick, *Los Convenios Colectivos en el Reino Unido*, in *La negociación colectiva en Europa... op., cit.*; p. 206; MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva... op., cit.*; pp. 141 – 142.

²⁷ *Ibidem*, 142.

gos em virtude de poderem ser usados indevidamente como uma forma de minar as condições de trabalho coletivamente acordadas. Por este motivo essas novas tendências estão sendo rodeadas de precauções sobretudo a nível da exigência de aprovação por um sindicato na sua existência e aplicação. Os sindicatos têm procurado assegurar o seu papel neste processo mediante uma readaptação das suas estruturas de negociação. Assim, cada país aparenta exibir hoje, um “novo equilíbrio instável” entre a representação dos trabalhadores na empresa e no sindicato.

3. A IMPORTÂNCIA DA CONVENÇÃO COLETIVA ENQUANTO FONTE ESPECÍFICA DO DIREITO DO TRABALHO EM PORTUGAL

Como vimos (*supra* 1.1 e 1.2), a convenção coletiva é um instrumento de regulamentação coletiva do trabalho que consiste numa fonte laboral interna específica de índole convencional autônoma. Este instrumento de regulamentação coletiva, enquanto fonte específica, está previsto nos artigos 1.º e 2.º do Código do Trabalho português (CT) no qual a convenção coletiva merece destaque por constituir o principal mecanismo de auto-regulação dos interesses laborais. De todos os instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho - convencionais (acordo de adesão e decisão arbitral) e não convencionais (portaria de extensão e portaria de condições de trabalho) - a convenção coletiva, nas suas várias modalidades (contrato coletivo, acordo coletivo e acordo de empresa), é aquela que apresenta maior relevância teórica e prática. Nesse sentido, João Leal Amado nos diz que “*a convenção coletiva do trabalho é o IRCT nuclear, em torno do qual todos os outros giram e em função do qual todos os outros se compreendem*”.²⁸

²⁸ AMADO, João Leal, *Contrato de trabalho*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2009, p. 31.

Ainda em termos da sua importância, a convenção coletiva constitui um instrumento normativo de trabalho de grande tradição. Por via consuetudinária, e em vários países, se impôs à ordem jurídica por ser muito anterior à sua respectiva regulamentação jurídica²⁹. É por isso que autores salientam o seu carácter pioneiro relativamente à legislação estatal por, não raro, ser ao nível da contratação coletiva que se vão difundindo e reconhecendo direitos para os trabalhadores, os quais, mais tarde, vêm a ser consagrados pelo legislador. Assim, é pacífica a tese hoje de que a convenção coletiva “*constitui uma autêntica fonte de direito do trabalho, cujos efeitos se produzem imediatamente nas relações de trabalho por ela abrangidas, sem a necessidade de qualquer ato de incorporação expresse ou tácito, ou de reconhecimento legal ou administrativo*”³⁰.

Em Portugal, o poder normativo das associações sindicais (e de empregadores) para celebrar convenções coletivas de trabalho deriva diretamente da Constituição – art. 56.º, n.º 3; e não da lei. “*A Constituição não estabelece qualquer diferenciação entre normas estaduais e normas convencionais: não há, pois, uma reserva de convenção coletiva, no sentido de que não há matérias de que a lei não se possa ocupar, mas também não há matérias do trabalho excluídas da sua competência*”³¹.

²⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I... op., cit.*; p. 242 e *Negociação Colectiva Atípica: Lição de agregação*, Almedina, 2009, p. 30 e nota 7 e p. 31 e nota 13.

³⁰ ANTUNES, Carlos e PERDIGÃO, Carlos, *Direito da Contratação Coletiva de Trabalho*, Petrony Editora, 2011, p. 22

³¹ *Idem, ibidem*, p. 22; na mesma linha de raciocínio, XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *As fontes específicas de direito do trabalho e a superação do princípio da filiação*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLVI, (XIX da 2ª série), Abril/Dez. de 2005, nº 3, 4 e 5, Editora Verbo, p. 123, entende a convenção coletiva do trabalho *como fonte normativa específica do direito laboral*, ao dizer que “o exercício da autonomia coletiva, enquanto posição jurídica incluída no regime de direitos, liberdades e garantias, está subordinado a uma reserva de lei, nos termos do art. 56.º, n.º 3, cabendo ao legislador definir a legitimidade para a celebração de convenções coletivas e, bem assim, estabelecer as regras relativas à eficácia das respectivas normas (sic n.º 4, do art. 56.º das Const.). Parece, (...) resultar claro da Const. (e das leis) que as convenções coletivas assumem carácter de norma, impondo-

Ou seja, a regra é da competência partilhada, onde a lei prevalece, embora hoje de maneira mitigada, sobre a convenção coletiva mas não tem de a preceder. A lei também não pode ocupar todo o espaço normativo da convenção sob pena de inconstitucionalidade por violação do direito fundamental à contratação coletiva.

Portanto, as convenções coletivas de trabalho como fonte de direito são, desde sempre, a expressão fundamental da autonomia coletiva, podendo criar normas jurídicas através dos acordos firmados entre as entidades representativas dos trabalhadores e empregadores, atuando-se por seu intermédio uma *determinação coletiva das condições de trabalho*³². Além disso, as convenções coletivas podem complementar normas legais e até estabelecer condições diferentes das previstas em lei, desde que esta o permita pois, a lei, em regra, não se opõe à sua alteração se esta for mais favorável aos trabalhadores.

3.1. CONTEÚDO E EFICÁCIA JURÍDICA DA PARTE NORMATIVA DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Substancialmente, o que caracteriza a parte normativa da convenção coletiva é a sua emissão de comandos jurídicos gerais e abstratos, vinculativos e com poder de coerção para um número indeterminado de pessoas, onde tais comandos ultrapassam o limite das partes celebrantes da convenção e implicam a constituição de direitos, deveres e responsabilidades na esfera jurídica de terceiros³³. É a partir dessa caracterização, que deve proceder-se à definição do conteúdo da parte norma-

se como tais às relações individuais de trabalho e funcionando assim como fonte de direito.”

³² MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho... op., cit.*; p. 62.

³³ Nesse sentido, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho, op., cit.*; pp. 807 – 808.

tiva o que implica uma análise das respectivas cláusulas quanto ao objeto.

No direito português, o objeto da convenção coletiva é definido no art. 492.º, n.º 2, do CT - embora inserido na disposição subordinado à epígrafe “Conteúdo de convenção coletiva”. Nesta disposição, reflete-se a distinção entre as facetas *obrigacional* e *normativa* das convenções coletivas³⁴. As *cláusulas obrigacionais* regulam obrigações em que as partes se vinculam a si próprias, por exemplo, as cláusulas previstas na alínea a' do n.º 2 - “A convenção coletiva deve regular: a) As

³⁴ Segundo o Ac. STJ 142/09.7TTCSC.L1.S1, de 19.04.2012, “I – A interpretação das normas de Direito do Trabalho obedece, em geral, aos cânones hermenêuticos constantes do art. 9.º do Cód. Civil, assim sucedendo concretamente quanto às Convenções Coletivas de Trabalho, na sua vertente *regulativa*, cuja feição se aproxima das características próprias da Lei (generalidade e abstracção, dirigindo-se o seu comando a um número indeterminado de potenciais destinatários). Quanto à sua componente *obrigacional*, de conteúdo tipicamente negocial, deverão convocar-se prevalentemente as regras de interpretação dos negócios jurídicos, as constantes dos arts. 236.º e seguintes da mesma Codificação (...)”. No mesmo sentido, o Ac. STJ, de 9.11.1994, BMJ, 441.º - 114 afirma que “I - A convenção coletiva de trabalho abrange uma dupla categoria de normas: as normas de conteúdo meramente obrigacional, cujos efeitos se restringem às partes que a celebram, e as normas de conteúdo regulativo, de eficácia geral e, portanto, obrigatórias para todos os que se encontrem ou venham a encontrar-se abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. II – Estando em causa normas de natureza obrigacional, destinadas a regular as relações entre as partes outorgantes, nomeadamente no que toca à verificação do cumprimento da convenção e aos meios de resolução de conflitos decorrentes da sua aplicação e revisão, tais normas possuem características tipicamente negociais e, por isso, se lhes devem aplicar as regras de interpretação dos negócios jurídicos. III – Tratando-se, porém, de normas de conteúdo regulativo – como as que destinam a duração do trabalho -, os respectivos comandos jurídicos são gerais, abstractos e destinam-se a um número indeterminado de pessoas (...), pelo que podem considerar-se autênticas normas jurídicas, submetidas como tal às regras gerais relativas à interpretação da lei”. Para maiores consultas sobre o acórdão, www.dgsi.pt/jstj. Na doutrina, NETO, Abílio, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 1018 (nota12); ANTUNES, Carlos e PERDIGÃO, Carlos, *Direito da Contratação Coletiva de Trabalho... op., cit.*; p. 83; e MARTINEZ, Pedro Romano / MONTEIRO, Luis Miguel / VASCONCELOS, Joana / BRITO, Pedro Madeira de / DRAY, Guilherme / SILVA, Luis Gonçalves da – *Código do Trabalho Anotado*, 8ª edição, Almedina, 2009, pp. 1186 e 1187; MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 5ª edição, Almedina, 2010, p. 1219.

relações entre as entidades celebrantes, em particular quanto à verificação do cumprimento da convenção e a meios de resolução de conflitos colectivos decorrentes da sua aplicação ou revisão; (...).” A eficácia destas cláusulas obrigacionais é sancionada segundo as regras gerais de direito civil sobre o cumprimento ou não dos contratos, as violações das respectivas cláusulas pelas partes coletivas implicam responsabilidade civil contratual nos termos gerais. Apesar dessas cláusulas não poderem contrariar normas legais imperativas e as que tenham carácter mínimo, o certo é que o princípio da manutenção das vantagens adquiridas (os direitos adquiridos) não poderá ser aplicado a elas.

Com relação às *cláusulas normativas*, criam-se normas destinadas a regular com força vinculativa e aplicação imediata, as relações individuais de trabalho vigentes (ou futuras /art. 496.º, n.º 3) entre os entes laborais filiados nas associações outorgantes³⁵, como por exemplo, as cláusulas das alíneas b', c' e e' do n.º 2, do aludido artigo 492.º do CT³⁶ que dispõem sobre as ações de formação profissional, as condições de prestação do trabalho relativas à segurança e saúde e de outros direitos e deveres dos trabalhadores e dos empregadores como tabelas retributivas, tempo de trabalho, descansos semanais, férias, etc. Além disso, sendo as *cláusulas normativas* de carácter imperativo, se substituem às condições, individualmente contrata-

³⁵ Em Portugal a convenção coletiva de trabalho não tem, à partida, eficácia geral, por força do princípio da filiação (art. 496.º do CT). Contudo, tal eficácia pode ser posteriormente assegurada através de regulamentos administrativos que procedem à extensão do seu regime aos trabalhadores e aos empregadores da mesma área de atividade que não sejam membros das associações sindicais ou patronais outorgantes. Nesse sentido, Ac. STJ, de 21.06.2007: Proc. 06S4198.dgsi.Net. Outras vias de alargamento da convenção coletiva para além da portaria de extensão tem sido o princípio constitucional de “trabalho igual, salário igual”(art. 59.º, n.º 1, a' da CRP) que prevalece sobre a regra do princípio da filiação, pelo que um trabalhador não filiado na associação sindical que outorgou a convenção tem direito à retribuição nela prevista quando mais favorável. Nesse sentido, Ac. STJ, de 25.09.2002: Proc. 02S565.dgsi.Net. Para maiores informações sobre estes acórdãos www.dgsi.pt

³⁶ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho, op., cit.*; p. 1219.

das, que delas divirjam (art. 121.º, n.º 2, do CT).

O conteúdo regulativo das convenções coletivas pode ainda ser estendido através do princípio geral que permite que os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho afastem a aplicabilidade das normas legais, salvo quando destas resultar o contrário – art. 3.º, n.º 1, do CT; ou disponham em sentido mais favorável ao trabalhador quando respeitem às matérias enunciadas nas alíneas de a' a n' do n.º 3, art. 3.º do referido código.

A efetiva aplicação da parte normativa da convenção é assegurada através do mecanismo da inderrogabilidade pelas estipulações, decisões ou práticas unilaterais dos destinatários. A transgressão das cláusulas normativas é penalmente punível, sem prejuízo das indenizações devidas aos trabalhadores individualmente prejudicados.

É importante referirmos ainda que a lei, no art. 478.º do CT, estabelece certos *limites ao objeto* da convenção coletiva ou da sua autonomia coletiva que são consequência da estrita observância das normas de direito constitucional e ordinário decorrente da própria hierarquia das fontes do direito. Estabelece o aludido artigo que: “1. O instrumento de regulamentação coletiva de trabalho não pode: a) contrariar norma legal imperativa; b) regular atividades económicas, nomeadamente períodos de funcionamento, regime fiscal, formação dos preços e exercício da atividade de empresas de trabalho temporário, incluindo o contrato de utilização; c) conferir eficácia retroativa a qualquer cláusula que não seja de natureza pecuniária.”

Para José Barros Moura, a negociação coletiva sobre as matérias que regulam atividades económicas, no tocante aos períodos de funcionamento das empresas, ao regime fiscal e à formação dos preços “*corresponde às tendências dominantes da negociação coletiva a nível internacional, e é expressamente encorajada pelas normas internacionais do direito do trabalho e por toda a orientação da OIT para a negociação coletiva.*”

Os limites assim impostos ao objeto da convenção coletiva (supramencionados na alínea b', do artigo 478.º), contrariam a liberdade sindical e, tendo em conta que o direito de contratação coletiva em Portugal é um direito fundamental, devem considerar-se feridos de inconstitucionalidade material³⁷”.

3.2. A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO COMO NORMA PARA EFEITOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DA IDONEIDADE DO OBJETO DO RECURSO (AC. DO TC N.º 174/2008 DE 11 DE MARÇO)

Recentemente, o Tribunal Constitucional português (TC), no Ac. 174/2008, de 11 de março, em inversão de jurisprudência anterior³⁸, resolveu o problema que até então se suscitava, de saber se as convenções coletivas de trabalho eram verdadeiras *normas* para efeito de controle de constitucionalidade. O posicionamento anterior do TC era no sentido de que as convenções coletivas de trabalho porque fundadas no exercício da autonomia privada, não continham atos normativos sujeitos à fiscalização concreta da constitucionalidade que compete ao TC exercer nos termos do art. 280.º, n.º 1, alínea b' da CRP e art. 70.º, n.º 1, alínea b' da Lei do TC. Para o TC, o conceito de norma para efeitos do controle de constitucionalidade era uma diferenciação - até então relevante - entre normas, como as resultantes de portaria de extensão, que são fruto do *imperium* estatal, e cláusulas, como as das convenções coletivas de trabalho, que se fundam no exercício da autonomia das partes.

No Acórdão ora aludido, o TC passou a considerar as

³⁷ MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho... op., cit.*; pp. 143 e 144.

³⁸ Ac. TC n.º 44/2007, de 23/01/2007; Ac. TC. n.º 224/2005, de 27/04/2005; Ac. TC n.º 92/2003, de 14/02/2003; Ac. TC n.º 492/2000, de 22/11/2000; Ac. TC n.º 172/1993, de 10/02/1993, entre outros. Para maiores informações sobre os referidos Acórdãos, consultar o site www.tribunalconstitucional.pt/tc/index.html

normas das convenções coletivas como *normas públicas*, já que as convenções coletivas envolvem um ato criador de regimes que se aplicam heteronomamente aos contratos individuais de trabalho, funcionando como fonte de direito do trabalho.

Para o TC (que se utiliza da declaração de voto do conselheiro José de Sousa Brito aposta no Ac. n.º 172/93, como alicerce principal da sua fundamentação), para a doutrina juslaborista e mesmo para a doutrina comum³⁹ o carácter normativo das convenções coletivas de trabalho decorre da própria CRP e das leis, e, principalmente, de uma prática enraizada que torna substantivamente normativas as cláusulas emergentes dos parceiros sociais. A Constituição estabelece uma competência geral atribuída às associações sindicais (e empregadores) para

³⁹ Para CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 937, “os contratos e acordos colectivos de trabalho têm um valor normativo pelo menos equivalente ao das portarias regulamentares (...). Como actos normativos, e na parte em que têm valor normativo, estão sujeitos ao controle de constitucionalidade”. “Embora contenham actos normativos, alguma doutrina tende a negar a possibilidade de fiscalização de inconstitucionalidade dado que a reserva de autonomia sindical e o direito à contratação colectiva não são suficientes para substituírem a lei nas questões fundamentais das relações de trabalho. Todavia, se, entre nós, a lei pode estabelecer regras quanto à eficácia das normas constantes dos contratos colectivos de trabalho e essa eficácia pode ir ao ponto de conferir valor normativo aos actos em questão, parece que estaria preenchido um dos requisitos objectivos para se suscitar a questão de inconstitucionalidade: existência de um acto normativo. Os problemas surgem sobretudo em relação à legitimidade passiva, em virtude da inexistência de representação unitária. (...). O processo de declaração de inconstitucionalidade de normas não é um processo contraditório, deixando de ser argumento decisivo, contra a admissibilidade de fiscalização de inconstitucionalidade, a não definição de legitimidade passiva processual. O que se diz dos contratos deve aplicar-se às portarias de regulamentação de trabalho. Estas contêm também normas cuja constitucionalidade pode ser discutida perante os tribunais e o Tribunal Constitucional. (...) as convenções colectivas transportam normas jurídico-heteronomamente vinculativas sendo esta vinculatividade reconhecida pelos poderes públicos”. (*ibidem*, p. 937 – 938). No mesmo sentido, MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho... op., cit.*; pp. 125 e ss., e 235 a 238. Em sentido contrário, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, tomo VI*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2001, p. 176, entende que “a fiscalização da constitucionalidade não abrange as normas provenientes da autonomia privada ou colectiva, como as provenientes de convenções coletivas de trabalho”.

através de convenções coletivas e nos termos da lei estabelecer uma regulamentação para as condições de trabalho – art. 56.º, n.º 3, da CRP. Também o artigo 56.º, n.º 4 da CRP ao dispor que *“a lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções coletivas do trabalho, bem como a eficácia das respectivas normas”* tem o sentido de reconhecer como normas jurídicas as normas das convenções coletivas de trabalho. *“A Constituição não deixa ao arbítrio do legislador ordinário a própria existência das convenções coletivas enquanto normas jurídicas, mas apenas as modalidades (legitimidade e eficácia) do seu regime. (...) O reconhecimento das normas das convenções coletivas é feito pela Constituição através da criação da forma jurídica da convenção coletiva, cujas normas, por revestirem essa forma, têm a eficácia que a lei, não a vontade das partes, determinar”* (BRITO, Ac. do TC n.º 172/93).

Parece-nos resultar claro da CRP (e das leis) que as convenções coletivas de trabalho assumem caráter de norma, impondo-se como tais às relações individuais de trabalho e funcionando assim como fonte de direito.

Além dos artigos supramencionados, outras disposições do CT relativas à oficiosidade de aplicação (art. 521.º), à publicação em jornal oficial e à entrada em vigor (art. 519.º), mostram o caráter normativo que o CT lhes reconhece.

Com o objetivo de reforçar o papel que as convenções coletivas de trabalho vêm desempenhando no contexto das fontes de direito aplicáveis às situações jurídico-laborais, importa aditar ainda a argumentação que foi pertinentemente aduzida na declaração de voto aposta pelo Conselheiro Mário Torres, no acórdão n.º 224/2005, que teve em consideração as disposições do Código de Trabalho aprovado em 2003:

“(...) A relevância normativa das cláusulas das convenções colectivas de trabalho enquanto fonte constitucionalmente reconhecida do direito do trabalho (cf., por último, Maria do

*Rosário Palma Ramalho, Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral, Coimbra, 2005, pp. 229-236, 469-472 e 799-847) foi reforçada com a publicação do Código do Trabalho (CT), ao consentir o afastamento de normas legais por convencionais mesmo que estas se não mostrassem mais favoráveis para os trabalhadores (artigo 4.º, n.º 1), ao manter a regra da subsidiariedade dos instrumentos não negociais de regulamentação colectiva de trabalho face aos negociais (artigo 3.º) e ao reafirmar que as mesmas vinculam mesmo trabalhadores e empregadores não representados pelas associações signatárias no momento da celebração (artigo 553.º) ou que delas se venham a desfiliar (artigo 554.º). Assinale-se ainda que, como resulta do n.º 21 do Acórdão n.º 306/2003, emitido em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade de diversas normas do CT, a pronúncia do Tribunal Constitucional no sentido da não inconstitucionalidade dos regulamentos de extensão radicou, no fundo, no reconhecimento de que eles não representam o exercício (autónimo) do poder regulamentar do Estado, mas antes o alargamento, consentido pelo artigo 56.º, n.º 4, da CRP, do âmbito pessoal das normas constantes de convenções colectivas de trabalho, tidas constitucionalmente como fonte de direito, a par das fontes de origem estatal”.*⁴⁰

Portanto, para o TC, as convenções coletivas, apesar de sua origem contatual, dispõem, de modo geral e abstrato, um mínimo de condições para os trabalhadores. Elas aplicam-se, imediatamente e diretamente, às relações de trabalho existentes e futuras, contêm regras que possuem uma aplicação, não só imediata, mas coercitiva ou forçosa, sobrepondo-se à vontade das partes, não podendo os sujeitos dos contratos individuais opor-se à sua eficácia. Além disso, estão sujeitas a regras de publicação, de eficácia e vigência semelhantes às das leis e

⁴⁰ Ac. TC n.º 224/2005, de 27/04/2005 *apud* Ac. TC n.º 174/2008, de 11/03/2008. Para maiores informações sobre os referidos Acórdãos, consultar o site www.tribunalconstitucional.pt/tc/index.html

podem afastar normas legais e do próprio CT que não sejam absolutamente imperativas.

4. O CONFLITO HIERÁRQUICO DAS FONTES: A RELAÇÃO ENTRE A LEI, A CONVENÇÃO COLETIVA E O CONTRATO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Após termos analisado o sistema de fontes no domínio laboral, a definição de convenção coletiva de trabalho, as suas tendências atuais no direito comparado, sua importância enquanto fonte específica, o seu conteúdo e eficácia jurídica da parte normativa e, por fim, constatarmos o seu poder normativo para efeitos de controle de constitucionalidade perante o TC, passaremos agora para a análise da convenção coletiva no *sistema de hierarquia das fontes de direito do trabalho*.

No direito do trabalho, os conflitos hierárquicos se resolvem mediante uma ordenação formal, levando-se em conta a prevalência das fontes que se relaciona com as entidades das quais emanam as normas. Em outras palavras, o conflito de normas em direito do trabalho é resolvido com recurso à hierarquia estabelecida em moldes idênticos ao dos outros ramos do direito, ou seja, o primeiro lugar é ocupado pelas normas constitucionais, seguida das regras de direito internacional geral, convencional e comunitário, em terceiro lugar estão as normas emanadas dos órgãos estatais, em quarto lugar os instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho e, por fim, se houver omissão no contrato de trabalho, os usos da profissão e da empresa. Todavia, atendendo ao princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador (*favor laboratoris*), os conflitos de normas em direito do trabalho terão algumas especificidades.

4.1. O ARTIGO 3.º DO CÓDIGO DE TRABALHO

O artigo 3.º do CT sob a epígrafe “relações entre as fontes de regulação”, fixa o critério de prevalência na relação entre: a) as normas legais reguladoras de contrato de trabalho e as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho, e, b) as normas legais reguladoras de contrato de trabalho e o contrato individual, enquanto que no respeitante ao critério de prevalência na relação entre as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho e de contrato individual de trabalho, vale o disposto no artigo 476.º do CT.

Assim temos disposto no n.º 1 do art. 3.º que “*As normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva do trabalho, salvo quando delas resultar o contrário*”. Isto significa que os IRCT's podem afastar as normas legais do contrato de trabalho quer no sentido mais favorável, quer no sentido menos favorável, bastando que das respectivas normas legais não resulte o contrário.

Quanto ao Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP), o art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 59/2008, diz expressamente que “*As normas do RCTFP podem ser afastadas por IRCT quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se daquelas normas não resultar o contrário*”. (Grifo nosso).

O n. 2.º do art. 3.º diz que “*As normas legais reguladoras de contrato de trabalho não podem ser afastadas por portaria de condições de trabalho*”.

O n. 3.º do art. 3.º constitui a “grande inovação”, pois para amenizar os efeitos da variabilidade das soluções infralegis em qualquer dos sentidos possíveis (mais ou menos favoráveis), o legislador optou por ressuscitar na relação lei/instrumento de regulamentação coletiva o princípio do tratamento mais favorável, embora restringindo-o às matérias expressamente elencadas, elenco que por força da natureza excepcional da norma é taxativo. Aqui temos um rol normativo

que, nos dizeres de João Leal Amado, “*em princípio, gozará de imperatividade relativa ou mínima. Mas só em princípio, pois a lei não deixa de ressaltar a hipótese de algumas normas incluídas nesse bloco terem caráter absolutamente imperativo (sem oposição daquelas normas)*”⁴¹ como por exemplo, art. 339.º, n.º 1, do CT.

O n.º 4 do referido artigo diz que “*As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato individual de trabalho que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, se delas não resultar o contrário*” - aludindo-se igualmente o tratamento mais favorável para o trabalhador. Aqui, define-se o critério de prevalência na relação entre as normas legais reguladoras do contrato do trabalho e o contrato individual, impondo-se dois requisitos para que o contrato de trabalho possa afastar as normas do Código: a) em primeiro lugar, é necessário que o contrato individual estabeleça condições mais favoráveis; e, b) em segundo lugar, que as normas sejam supletivas não proibindo o seu afastamento por estas cláusulas contratuais.

Também o art. 476.º do CT faz referência expressa ao tratamento mais favorável ao trabalhador, determinando que as disposições de IRCT podem ser afastadas por cláusula de contrato de trabalho quando estas estabeleçam condições mais favoráveis para o trabalhador, desde que os IRCT não disponham ao contrário.

Sobre esses dois artigos, o art. 3.º, n.º 4 e o art. 476.º do CT, o autor Pedro Romano Martinez, entende que “*estas duas regras em que se alude ao tratamento mais favorável para o trabalhador, não trazem nada de novo relativamente aos pressupostos em que se assenta o conflito de normas. Em primeiro lugar, não se está em causa um conflito de fontes, mas uma divergência entre cláusulas contratuais e normas legais ou disposições de IRCT's; ora, as regras contratuais não são fonte*

⁴¹ AMADO, João Leal, *Contrato de trabalho, op., cit.*; p. 52.

*de direito. Em segundo lugar, admite-se que as normas legais ou as disposições de IRCT's possam ser afastadas por cláusula contratual, na medida em que delas não resulte ao contrário, ou seja; a própria lei ou a disposição da convenção coletiva já prevêem, ainda que implicitamente, a possibilidade de não se aplicarem. (...) Em suma, a referência ao princípio do tratamento mais favorável nestas duas normas não constitui um regime de exceção, pois do contrato de trabalho não poderão constar regras em violação de preceitos imperativos, mesmo para consagrar regimes mais favoráveis”.*⁴²

Em relação ao RCTFP, o art. 4.º, n.º 2 estabelece que “*As normas do RCTFP e dos IRCT's não podem ser afastadas por contrato, salvo quando daquelas normas resultar o contrário e este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador*”. O art. 1.º da RCTFP também faz menção expressa ao contrato, dizendo que este se sujeita, em especial, aos IRCT's, nos termos do n.º 2 do art. 81.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

O n.º 5 do artigo 3.º reporta-se às normas dispositivas, que caracterizam-se por revestirem natureza imperativa ou supletiva consoante o contexto da sua aplicação, e que admitem expressamente o seu afastamento por IRCT's. A faculdade de afastar o regime legal conferida aos IRCT's, não se estende às cláusulas apostas no contrato individual porque no âmbito da contratação individual, entende-se que a posição dos trabalhadores é mais fraca do que no âmbito da convenção coletiva. Na convenção coletiva, os trabalhadores estão representados pelos sindicatos, e presumidamente, ao mesmo nível e com a mesma força negocial dos empregadores. Portanto, as normas convênio-dispositivas revestem de natureza imperativa perante os contratos individuais de trabalho não podendo ser afastadas por estes, e são revestidas de natureza supletiva perante os IRCT's, podendo ser afastadas por estes se assim elas determinarem.

⁴² MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho, op., cit.*; p. 287.

Portanto, no que diz respeito ao n.º 1, do art. 3.º, percebe-se que o atual Código do Trabalho, na sequência do disposto no art. 4.º do Código do Trabalho de 2003, alterou substancialmente a regra de conflito vigente na legislação precedente – art. 13.º, n.º 1, da Lei do Contrato Individual do Trabalho (LCT). Este artigo estipulava que a fonte superior prevalecia, a não ser que a fonte inferior estabelecesse um tratamento mais favorável ao trabalhador e, neste caso, teria que ser sem oposição daquela. As fontes inferiores poderiam, em alguns casos, estabelecer contra as fontes superiores, sempre que estas fontes superiores fixassem garantias mínimas de proteção ao trabalhador e da fonte inferior resultasse um tratamento mais favorável ao trabalhador. Também no artigo 6.º, n.º 1, alíneas b' e c', da Lei das Relações Colectivas de Trabalho (LRCT) dispunha-se no mesmo sentido do artigo 13.º, n.º 1, da LCT, estabelecendo que os IRCT's não poderiam contrariar normas legais imperativas e/ou incluir qualquer disposição que importasse para os trabalhadores tratamento menos favorável do que o estabelecido por lei. Portanto, reiterava-se o princípio de que a convenção coletiva de trabalho não poderia dispor contra normas legais, ou seja, se sujeitava sempre às fontes superiores. Por fim, o art. 6.º, n.º 1, alínea c', da LRCT, estabelecia que as regras de uma convenção coletiva nunca poderiam estatuir de modo menos favorável do que o constante da lei injuntiva, visto que se trata de uma fonte inferior.

Este regime, como dissemos, foi significativamente modificado no CT de 2003 (art. 4.º) e mantido genericamente na revisão de 2009 (art. 3.º, n.º 1), na medida em que a fonte inferior – o IRCT, pode dispor em sentido diverso das normas do Código que passam a ser “dispositivas ou supletivas”, e afastar a aplicação destas, mesmo *in pejus*, salvo quando se trate de normas imperativas. Em suma, a verdade é que a regra de concurso entre fonte superior e inferior neste preceito, não se encontra mais condicionada pelo tratamento mais favorável,

podendo a convenção coletiva afastar as normas do Código mesmo que seja para determinar um tratamento menos favorável para o trabalhador.

No entanto, esta nova regra prevista no art. 3.º, n.º 1, do CT, não se estendeu ao Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, art. 4.º, n.º 1, que continua a manter a imperatividade (relativa ou absoluta) das normas do RCTFP onde os IRCT's, como fonte inferior, não podem estabelecer condições menos favoráveis ao trabalhador. Portanto, continua prevalecer aqui a regra do tratamento mais favorável ao trabalhador.

4.2. O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE O CONFLITO DE FONTES DO ART. 3.º, N.º 1 E N.º 3 DO CÓDIGO DO TRABALHO

A doutrina divide-se muito quanto à nova solução dada pelo art. 3.º, mais especificamente, os números 1 e 3 do Código de Trabalho de 2009. Vejamos:

Em sentido favorável, Maria do Rosário Palma Ramalho, entende que *"o actual Código do Trabalho ficou a meio caminho entre a legislação tradicional nesta matéria (que tinha a exigência máxima quanto ao requisito da maior favorabilidade para o afastamento da lei pelas convenções colectivas de trabalho) e o Código do Trabalho de 2003, que perfilhava o entendimento oposto. Em suma, trata-se de uma solução de compromisso, uma vez que se mantém o princípio da supletividade geral das normas legais perante as convenções colectivas de trabalho, mas se atenua esse princípio com a exigência da maior favorabilidade em matérias mais significativas, do ponto de vista das garantias dos trabalhadores. De qualquer modo, sendo o princípio geral na matéria um princípio da supletividade, e não sendo o alcance de todas as alíneas do art. 3.º, n.º 3 absolutamente claro, considera-se que estas limitações ao referido princípio se devem interpretar restritivamente, em*

nome do princípio da autonomia coletiva”⁴³.

Também Monteiro Fernandes sustenta que: “[N]ão está em causa o primado da lei imperativa. Tal como na LCT, em que se falava de ‘oposição’ da lei, o CT obsta ao ‘afastamento’ das normas legais por fonte inferior, quando daquelas normas ‘resultar o contrário’, isto é, que não podem ser afastadas. São duas maneiras de dizer a mesma coisa. (...) No CT, o ponto de partida da operação interpretativa-qualificativa incidente sobre a norma legal (para se poder aplicar a fonte inferior de conteúdo diferente) já não é a presunção de que essa norma admite variação em sentido mais favorável ao trabalhador, mas a de que admite variação em qualquer dos sentidos. Tal presunção só é afastada se da norma legal resultar inequivocamente que nenhuma variação é legítima ou que só o será num dos sentidos possíveis (ou seja, usando as palavras da lei, ‘se dela resultar o contrário’. Tal é a ‘posição de princípio’ adoptada pelo legislador de 2003 e mantida (como tal) na revisão de 2009 (artigo 3.º, n.º 1). No entanto, o Código revisto restringe fortemente o alcance dessa directiva geral. O artigo 3.º, n.º 3, supõe a prevalência do tratamento mais favorável, relativamente a um largo elenco de matérias, no qual se compreende tudo o que pode considerar-se essencial na construção do estatuto sócio-laboral derivado para o trabalhador do contrato de trabalho. Trata-se, manifestamente, de uma solução de compromisso que, todavia, acaba por representar, sob o ponto de vista prático, um verdadeiro retorno à situação anterior ao Código”⁴⁴

Em sentido contrário, para João Leal Amado “(...) o princípio (do art. 3.º, n.º 1) é – continua a ser – o da natureza ‘convênio-dispositiva’ das normas juslaborais. Significa isto que o CT não trouxe quaisquer novidades neste domínio? Não.

⁴³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I... op., cit.*; p. 280.

⁴⁴ FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho... op., cit.*; pp. 129 – 130.

Com efeito, o n.º 3 do art. 3.º não deixa de elencar um conjunto de matérias cujo regime jurídico possui, em princípio, um carácter relativamente imperativo” (...) em que existe “um bloco normativo que, em princípio, gozará de imperatividade relativa ou mínima. Mas só em princípio, pois a lei não deixa de ressaltar a hipótese de algumas normas incluídas nesse bloco terem carácter absolutamente imperativo (sem oposição daquelas normas). E, note-se, fora deste bloco normativo, também poderá haver casos de imperatividade relativa (art. 112.º, n.º 5 do CT) ou de imperatividade absoluta” (art. 339.º, n.º 1 do CT). (...). De todo modo, a verdade é que, nesta questão estruturante e identitária, atinente à determinação da natureza das normas juslaborais e a identificação do carácter do ordenamento legal, o atual CT situa-se numa linha de perfeita continuidade em relação ao diploma que o precedeu. Algo mudou, mas ao que parece, só para que o essencial ficasse na mesma... Assim, e em princípio, as normas legais continuam a possuir um carácter bidimensional. Continuam a apresentar uma estrutura bifronte: elas são, em regra, relativamente imperativas face ao contrato individual (nos termos do n.º 4 do art. 3.º do CT ...), mas, em princípio elas já serão dispositivas ou supletivas face à contratação coletiva (n.º 1 do art. 3.º do CT), pelo que poderão ser afastadas in pejus por esta. Uma coisa é certa: andou bem o legislador quando entendeu por bem modificar a epígrafe do preceito, substituindo o irónico princípio do tratamento mais favorável constante do art. 4.º do CT de 2003, por um anódino relação entre fontes de regulação”⁴⁵.

José João Abrantes vai mais longe e diz mesmo ter dúvidas quanto à constitucionalidade do art. 3.º do CT de 2009, e faz as suas colocações: “*embora em 2009 tenha sido introduzido um novo número (n.º 3) no preceito, onde se estatui que as normas legais de trabalho respeitantes a certas matérias só podem ser afastadas por instrumentos de regulamentação cole-*

⁴⁵ AMADO, João Leal, *Contrato de trabalho, op., cit.:* pp. 52 – 53.

tiva que, sem oposição daquelas, disponha em sentido mais favorável ao trabalhadores, a regra continua a ser a mesma, deixando incólume o princípio geral nele contido, vindo de 2003, isto é, continuando a lei a não consagrar mínimos obrigatórios, insusceptíveis de serem diminuídos através de convenção coletiva de trabalho, e antes a permitir o afastamento de normas legais, desde que delas não resulte o contrário, por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, sem explicitar que este afastamento só é consentido quando se estabeleçam condições mais favoráveis para o trabalhador”⁴⁶.

No entanto, o TC no Acórdão n.º 338/2010⁴⁷ de 22 de setembro pronunciou-se pela constitucionalidade do art. 3.º, n.º 1 do CT de 2009. Vejamos a seguir os principais pontos da fundamentação deste acórdão.

4.3. A POLÊMICA DO N.º 1 DO ART. 3.º DO CÓDIGO DO TRABALHO PERANTE O TC (AC. N.º 338/2010 DE 22 DE SETEMBRO)

O problema levantado no TC pelos requerentes da inconstitucionalidade “*radicava no fato de no n.º 1 do artigo 3.º do atual Código do Trabalho permitir o afastamento da lei laboral por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (IRCT) (convenções coletivas de trabalho e instrumentos não negociais, como as portarias de extensão e as decisões arbitrais), possibilidade esta considerada inconstitucional por invocação dos artigos 2.º, 9.º, alíneas b) e d), 58.º, 59.º e 81.º, alíneas a) e b), da Constituição que garantem “um estatuto laboral mínimo de proteção” que se traduziria no chamado princípio do tratamento mais favorável do trabalhador*”.

O TC no aludido acórdão concluiu que o n.º 1 e, em

⁴⁶ ABRANTES, José João, *apud* ANTUNES, Carlos e PERDIGÃO, Carlos, *Direito da Contratação Coletiva de Trabalho... op., cit.*; pp. 10 e 37.

⁴⁷ Para maiores consultas, www.tribunalconstitucional.pt/tc/index.html

consequência, os números de 2 a 5 do artigo 3.º do CT não padecem de qualquer inconstitucionalidade, considerando que embora “o artigo 3.º, n.º 1, estabeleça uma presunção de supletividade da lei em relação aos instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho, não transforma todas as normas legais em normas supletivas”, antes pelo contrário, “faz menção expressa à possibilidade de, por interpretação, se concluir que a norma legal tem um carácter imperativo, não podendo, portanto, ser afastada por instrumento de regulamentação coletiva”, relembrando além disso que “o n.º 3 elenca, em 13 alíneas, uma série de matérias relativamente as quais os instrumentos de regulamentação coletiva só podem afastar a lei se dispuserem em sentido mais favorável ao trabalhador (mantendo a lei a lógica do princípio do tratamento mais favorável em todas estas matérias que se consideram nucleares)”, concluindo que “tendo em conta os termos da parte final dos n. 1 e 3 do artigo 3.º, o legislador cumpre claramente o mandato constitucional, consubstanciado no disposto no artigo 59.º, n.º 2, da CRP, de fixação de um núcleo irreduzível em que é manifesta a preocupação dos interesses dos trabalhadores”, pelo que “o espaço (como vimos mais limitado do que poderia à primeira vista parecer) que a lei dá à autonomia coletiva afigura-se amplamente justificado à luz do direito de contratação coletiva (art. 56.º, n.º 4)”.

A conselheira Maria João Antunes na declaração do voto do mesmo acórdão, entendeu ser o referido preceito suscetível de ser considerado inconstitucional sustentando que “(...) o afastamento da lei laboral por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho deixa de constituir uma excepção, desrespeitando-se a regra da imperatividade da lei que está estabelecida no artigo 59.º, n.º 2, da CRP. Não obstante a ressalva constante da parte final do n.º 1 e do que se preceitua no n.º 3, as normas legais não deixam de ser, em princípio, supletivas face à contratação colectiva, podendo ser afastadas in pejus

por esta, quando 'incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito' (assim, JOÃO LEAL AMADO, Contrato de Trabalho, Coimbra Editora, 2010, p. 51 e ss.)'.

4.4. CONCURSO ENTRE INSTRUMENTOS DE REGULAMENTAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

No que respeita ao concurso, precisamos distinguir a relação entre diferentes instrumentos de regulamentação coletiva (de índole convencional e não convencional) e entre várias convenções coletivas (contratos coletivos, acordos coletivos e acordos de empresa) aplicáveis a alguns trabalhadores.

Em relação ao concurso entre várias convenções coletivas aplicáveis para alguns trabalhadores, o art. 482.º do CT, estabelece diversas soluções. Mas antes, devemos mencionar que só há realmente um conflito quando duas convenções coletivas se mantêm em vigor, pois havendo substituição de uma convenção por outra, a hipótese será de sucessão de convenções coletivas. Nesse sentido, enquanto uma lei nova revoga a anterior, a nova convenção coletiva de trabalho, se não for celebrada exatamente pelas mesmas partes, não afasta a aplicação da precedente. Ou seja, não há conflito se numa empresa vigorar mais de uma convenção coletiva de trabalho, celebradas por sindicatos diferentes, pois cada uma aplica-se a filiados na associação sindical outorgante⁴⁸. Podem, assim, manter-se em vigor várias convenções coletivas de trabalho na mesma empresa. Quando as convenções coletivas de trabalho tenham campos de aplicação diferentes mas estiverem em confronto por convergirem em alguns aspectos, pode existir um conflito de aplicação.

⁴⁸ Nesse sentido, Ac. STJ, de 19.02.2003, Rev. n.º 3602/02 – 4.ª: Sumários, 2/2003, apud NETO, Abílio, *Novo Código do Trabalho... op., cit.*; p. 1012 (nota 3). Para maiores consultas sobre o acórdão www.dgsi.pt/jstj

Sempre que duas ou mais convenções se encontrem em oposição, importa primeiro averiguar se se está perante uma sucessão entre uma convenção coletiva, chamada horizontal e uma convenção coletiva, denominada vertical. Segundo o art. 481.º do CT, o conflito entre as convenções coletivas profissionais (horizontais) e as convenções coletivas de um setor de atividade (verticais) é resolvido a favor destas últimas por serem mais específicas.

Em segundo lugar, o art. 482.º, n.º 1, alínea a' estabelece que os acordos de empresa e os acordos coletivos preferem aos contratos coletivos. Isto se justifica porque no acordo de empresa, celebrado entre uma associação sindical e um só empregador, leva-se em conta as particularidades daquela empresa, enquanto que o acordo coletivo vigora numa multiplicidade de empresas e, o contrato coletivo, vigora entre associações sindicais e associações de empregadores. Já na alínea b', n.º 1.º do mesmo artigo, o acordo coletivo por ter um campo de aplicação mais específico, afasta a aplicação do contrato coletivo.

Não se estando perante um conflito entre convenções coletivas específicas e genéricas, em que prevalece as primeiras, aplica-se o n.º 2 do art. 482 do CT, que fica a critério dos trabalhadores escolherem qual a convenção coletiva será aplicada para eles. Havendo o conflito entre várias convenções coletivas firmadas por vários sindicatos que não seja possível ser solucionado pela regra da especificidade, cabe aos trabalhadores abrangidos determinar por qual optam, devendo comunicar a escolha ao empregador.

Não sendo viável nenhum destes meios, aplica-se o instrumento mais recente, conforme prevê o n.º 3, alínea a' do art. 482 do CT.

Também devemos estar atentos para não confundirmos o conflito entre os diferentes instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e a lei. Pois, como vimos no disposto do artigo 3.º, n.º 1 do CT, tanto as cláusulas dos instrumentos ne-

gociais (convenção coletiva) quanto os regulamentos de extensão (portarias de extensão) podem afastar as normas legais reguladoras de contrato de trabalho, salvo quando estas resultar o contrário. O n.º 2 do mesmo artigo faz ressalva expressa quanto à *portaria de condições de trabalho* que não pode afastar as normas legais reguladoras do contrato de trabalho.

Assim temos que, em regra, os IRCT's autônomos ou de origem convencional, preferem aos IRCT's heterônomos ou de origem não convencional, exceto, quanto à decisão de arbitragem obrigatória que na ausência de convenção coletiva de trabalho, se recorre à regulamentação coletiva por via administrativa – portaria de extensão, art. 515.º do CT. Esta regra também se aplica no RCTFP, art. 3.º da Lei n.º 59/2008, que estabelece que os regulamentos de extensão só podem ser emitidos na falta de IRCT's negociais. No entanto, a entrada em vigor de uma convenção coletiva afasta a aplicação, no respectivo âmbito de incidência, de um IRCT administrativo existente – art. 484.º do CT e art. 345.º do RCTFP.

No âmbito dos instrumentos coletivos de trabalho normativos, a portaria de condição de trabalho é subsidiária em relação à portaria de extensão – art. 517.º, n.º 1 do CT.

5. A PROBLEMÁTICA DA NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Embora a natureza jurídica das convenções coletivas de trabalho não seja o foco do nosso estudo, a verdade é que não podemos deixar de suscitar a problemática jurídica deste instituto que afeta, de maneira reflexiva, a nossa temática de fontes no que diz respeito à relação de causa e efeito entre o acordo celebrado entre os entes laborais e a sua eficácia normativa perante terceiros.

Como vimos na sua definição, estruturalmente, a convenção coletiva é um acordo entre organizações antagônicas

que, entre si, podem estabelecer a disciplina obrigacional das suas relações recíprocas. Mas é um contrato que só preenche a sua função social e econômica se regular de forma direta e imediata as relações individuais entre os entes laborais. *“Tal eficácia implica uma limitação considerável da autonomia individual contratual e representa a imposição de obrigações a pessoas que, tendo em conta a natureza jurídica dos sindicatos, se pode dizer que não intervieram na celebração da convenção”*⁴⁹.

Percebe-se assim, que a problemática mais fecunda da natureza jurídica da convenção coletiva começa por ser o problema da construção desta relação de causa e efeito entre um contrato e a sua eficácia normativa face a terceiros. Ou em outras palavras, mantém-se a questão central que deriva da oposição entre a estrutura da convenção coletiva e a sua eficácia normativa - *“o antagonismo entre a noção de contrato, pelo qual duas ou mais partes em posição de equivalência formal, realizam em conjunto a auto-regulamentação dos seus próprios interesses contrastantes e a noção de preceito ou norma por meio do qual um sujeito que se coloca numa posição de supremacia dita a disciplina vinculante das relações acordadas”*⁵⁰.

Inicialmente, a discussão clássica sobre a natureza jurídica da convenção coletiva girou em torno de duas teses antagônicas existentes – as contratualistas e as normativistas - que não conseguiram produzir uma visão unitária da convenção coletiva⁵¹. Os contratualistas colocavam a tônica no ato em si para afirmarem a natureza contratual da nova figura. Para os

⁴⁹ MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho... op., cit.*; p. 93.

⁵⁰ ABRANTES, José João, *apud* ANTUNES, Carlos e PERDIGÃO, Carlos, *Direito da Contratação Coletiva de Trabalho... op., cit.*; p. 27.

⁵¹ Nesse sentido, Maria do Rosário Palma, *Da autonomia Dogmática op., cit.*; pp. 800 – 810; MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho... op., cit.*; pp. 98 – 100.

contatualistas, a convenção coletiva era apenas um contrato de direito privado, ou seja; um acordo de vontades (princípio da autonomia coletiva) gerador de obrigações entre as partes e sem a intervenção do Estado. A sua eficácia seria meramente contratual, obrigando apenas os seus subscritores, podendo alagar-se aos que por ela devem considerar-se abrangidos por força de um mecanismo privado (o mandato, a gestão de negócios, a cláusula a favor de terceiros). Já os normativistas sobrevalorizavam a importância dos efeitos da convenção coletiva (eficácia vinculativa para todos os seus destinatários individualmente considerados) para sustentar a sua natureza normativa. Para os tratadistas, a convenção coletiva seria uma norma ou um complexo de normas substancialmente idênticas às normas emanadas dos poderes públicos. Infelizmente estas duas teses não se deram conta do caráter multifacetado da convenção coletiva que até então, era um fenômeno social novo e que não tinha sido objeto de uma regulamentação jurídica.

A insuficiência das teses contratualistas ou normativistas levaram a dogmática jurídica a colocar o problema em bases mais profícuas até que ela se deu conta da natureza mista e dual da convenção coletiva como síntese de um ato negociado (faceta obrigacional), produtor de direito objetivo (faceta normativa) – o que já era intuído na clássica formulação de Carnelutti, “*uma figura híbrida com o corpo de um contrato e a alma de uma lei*”⁵². Portanto, para as teorias mistas, a convenção coletiva do trabalho é, ao mesmo tempo, um *contrato* gerador de obrigações entre as partes celebrantes (contrato-lei), e um *regulamento* através do qual ocorre a determinação coletiva das condições de trabalho (lei negociada). Nesse sentido, a convenção coletiva não se limita apenas a estabelecer direitos e obrigações para seus outorgantes, mas dispõe também diretamente sobre o conteúdo dos contratos de trabalho celebrados dentro do seu âmbito de aplicação.

⁵² Nesse sentido, AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho, op., cit.*; p. 32.

Assim, a faceta obrigacional revela-se essencialmente em três aspectos:

i) quanto ao processo de elaboração – a convenção coletiva é produto de um acordo entre as partes coletivas, obtido através das formas comuns de negociação, ou com recurso a formas específicas de estabelecer acordos adaptados às características das relações coletivas de trabalho e dos conflitos coletivos que, por seu intermédio se atuam e solucionam;

ii) quanto aos mecanismos de aplicação – através da convenção coletiva surgem deveres que vinculam as partes celebrantes a adotarem procedimentos idôneos para fazer cumprir, pelos respectivos membros, a disciplina acordada, e a absterem-se de comportamentos violadores daquela mesma disciplina nas relações individuais;

iii) quanto a uma parte dos efeitos jurídicos que a convenção tende a produzir – a convenção coletiva pode constituir, diretamente para as partes celebrantes, obrigações que guardam certa autonomia face à parte normativa, por exemplo, as cláusulas que respeitam organização da empresa (mobilidade, programas de formação de trabalho, expansão ou compreensão da força de trabalho, política de investimentos e os planos de produção, etc.).

Já a faceta normativa da convenção coletiva revela-se na natureza dos efeitos jurídicos que ela é apta a produzir fora do círculo das relações obrigacionais entre as organizações celebrantes e nas condições de que depende a aquisição dessa eficácia. Assim:

i) quanto aos efeitos jurídicos - a convenção coletiva contém cláusulas de que emanam efeitos jurídicos vinculativos destinados, primeiramente, a definir o conteúdo das relações individuais de trabalho que se estabelecem entre os entes laborais filiados nas organizações celebrantes. Estes comandos jurídicos são gerais, abstratos e destinam-se a um número indeterminado de pessoas, pelo que estas cláusulas podem conside-

rar-se como autênticas normas jurídicas, ou se assim preferir, normas heterônomas. Mais, sendo a convenção coletiva uma fonte de direito do trabalho, ela assegura a extensão dos seus efeitos a entidades não representadas pelas associações outorgantes, por diversas vias (por ex., portaria de extensão, acordo de adesão e mesmo, em matéria retributiva, pelo princípio constitucional de “trabalho igual, salário igual” previsto no art. 59.º, n.º 1, a), o que reforça a ideia de que a convenção coletiva assume uma feição dual, que se mantém até hoje⁵³.

ii) quanto à aquisição de eficácia normativa no direito português - esta fica dependente da publicação no Boletim de Trabalho e Emprego (BTE). A convenção coletiva só terá força normativa depois da sua publicação no BTE. Antes da sua publicação, a convenção coletiva de trabalho é apenas um contrato sem eficácia normativa.

Embora ainda exista hoje dificuldades de se tirar uma conclusão sobre a natureza jurídica da convenção coletiva, a partir das teses dualistas, podemos dizer que a convenção coletiva é uma fonte autônoma de direito do trabalho emanada de entidades laborais privadas sujeita a um processo típico de elaboração cuja principal característica é a da sua bilateralidade juridicamente assumida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao nosso ver, e por tudo que foi dito até aqui, é de se constatar (e aplaudir) a grande conquista dos trabalhadores que ao longo dos anos puderam obter de forma ímpar a sua autonomia coletiva. A convenção coletiva é ao mesmo tempo gênese e síntese dessa conquista. Sem a determinação coletiva das condições de trabalho, nenhum trabalhador isoladamente teria conquistado tantos direitos essenciais para uma vida mais digna

⁵³ Nesse sentido, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Negociação Coletiva Atípica... op., cit.*; p. 37, nota 22.

– limitação da jornada de trabalho, piso salarial, férias, 13º salário, repouso semanal remunerado, aposentadoria, e agora, mais recentemente, através da práxis convencional, as cláusulas constantes das convenções coletivas de trabalho adquiriram um verdadeiro *status* de norma, podendo elas serem objeto de fiscalização concreta perante o TC, e, ainda, talvez como consequência deste reconhecimento perante o Órgão Supremo, conseguiram atingir a sua “*supremacia*” podendo afastar as normas legais por suas convencionais, desde que aquelas não estabeleçam o contrário (art. 3.º, n.º 1 do CT).

No entanto, gostaríamos de compartilhar algumas questões suscitadas pelo autor Júlio Manuel Gomes, das quais achamos importante refletir.

Em primeiro lugar, o autor sublinha que essa importância que hoje, mais do que nunca, é atribuída à negociação coletiva enquanto fonte de direito, ocorre num momento histórico em que as taxas de sindicalização em Portugal são relativamente muito baixas (entre 20 a 30%), verificando-se uma ausência de sindicalização entre os trabalhadores precários e os mais jovens – mais carenciados de proteção (ex. trabalhadores no domicílio) - que não têm sindicatos que os representem, sendo divergente a doutrina sobre a possibilidade de trabalhadores não juridicamente subordinados constituírem sindicatos.

Em segundo lugar, e ao nosso ver a mais importante para se refletir, a internacionalização ao nível das empresas e a concentração do poder econômico, é um dos fatores que mais contribuem para o desmantelamento da igualdade material nas negociações entre um sindicato e uma empresa ou associações de empregadores. Para Júlio Gomes: “*Entre a multinacional que pode 'votar com os pés' e deslocar-se facilmente e o sindicato cuja a arma principal, a greve (...), é absolutamente inoperante perante uma empresa a quem é quase indiferente a localização e que tem toda a facilidade de fugir, não existe qualquer igualdade material (...)* Em certo sentido, o capital é

hoje a verdadeira 'Internacional', o que frustra a afirmação de igualdade em que se baseava outrora a confiança nos resultados da contratação coletiva”⁵⁴.

Segundo publicação recente na internet o fluxo financeiro das multinacionais industriais conseguiram superar o dos Estados colocando em xeque a própria existência da democracia em vários países. Vejamos :

“Os verdadeiros donos do mundo já não são os governos, mas sim os donos dos grupos das multinacionais financeiras e industriais, e das instituições internacionais opacas (FMI, Banco Mundial, OCDE, OMC, bancos centrais). (...) O poder destas organizações é exercido com uma dimensão global, enquanto que o poder dos estados está limitado a uma dimensão nacional. Além disso, o peso das multinacionais no fluxo financeiro há muito superou o dos estados. Dada a sua dimensão transnacional, mais ricas que os estados, mas também como as principais fontes de financiamento dos partidos políticos, qualquer que seja a tendência e qualquer que sejam os países, estas organizações estão, de facto, acima das leis e do poder político, acima da democracia. A General Motors, por exemplo, com um volume de negócios de 178 mil milhões de dólares, está acima do PIB da Dinamarca, que é de 161 mil milhões de dólares, bem acima do PIB de Portugal, de 97 mil milhões de dólares, e o que dizer de um pequeno país como a Nigéria com um PIB de 30 mil milhões de dólares”⁵⁵.

Se partirmos do pressuposto de que o poder dessas multinacionais realmente ameaçam a própria jurisdição dos Estados, poderíamos nos perguntar se essa igualdade material entre as organizações laborais também não estaria comprometida.

Ainda na linha de análise do autor, poderíamos questionar se o legislador vem encorajando esse “movimento expansi-

⁵⁴ GOMES, Júlio Manuel, *Direito do Trabalho – Volume I – Relações Individuais do Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 52.

⁵⁵ Tradução de Octopus de parte de um texto de <http://www.syti.net/Topics2.html>

onista” das convenções coletivas de trabalho, atribuindo-lhes uma certa “supremacia” em relação às leis estatais (art. 3.º, n.º 1 do CT) por sentir-se pressionado por essas grandes corporações - também conhecidas por *grupos de pressão*.

Nos dizeres de Júlio Gomes “... são muitas vezes as entidades patronais e as associações que as representam que parecem ter descoberto a convenção coletiva, isto é, devido a alteração gradual das funções da contratação colectiva convertida em medida crescente em instrumento de concessão de vantagens em favor dos empregadores e em redução da ordem pública ... os autores mais preocupados com a globalização e com as visões neo-liberais, tendem, num aparente paradoxo (mas só aparente), a realçar as virtualidades do contrato individual de trabalho e os perigos de uma contratação coletiva que se arroga superioridade perante a lei e esquece os limites impostos pela representatividade sindical, pelos mecanismos de representação e pela própria liberdade sindical (designadamente na sua vertente negativa). Ninguém o terá dito, na nossa opinião, melhor que Gérard Lyon-Caen: a autonomia coletiva é agora, frequentemente e na realidade, autonomia dos empregadores e só destes, que inventam um interlocutor, quando não invocam mesmo uma 'contratação coletiva' atípica .(...) A convenção coletiva pode converter-se, assim, num instrumento de gestão, mais cómodo e mais económico que a negociação de múltiplos contratos individuais, para, se necessário, introduzir derrogações desfavoráveis ao regime legal e que terão a aparência de uma legitimação negocial”⁵⁶.

Seja como for, o TC no referido Acórdão 338/2010, parece estar atento a estas questões que podem diretamente afetar a determinação coletiva das condições de trabalho e descaracterizar o direito de contratação coletiva enquanto direito fundamental dos trabalhadores e expressão do Estado social. Ao fundamentar a sua decisão pela constitucionalidade do art. 3.º do

⁵⁶ GOMES, Júlio Manuel, *Direito do Trabalho – Volume I... po., cit.*; pp. 49 – 50.

CT, o TC utiliza como um dos pilares desta motivação, o posicionamento do autor António Monteiro Fernandes ao dizer que: “... o art. 3.º, n.º 1, estabelece uma presunção de supletividade da lei em relação aos instrumentos de regulamentação colectiva, mas não transforma todas as normas legais em normas supletivas. Pelo contrário, faz menção expressa à possibilidade de, por interpretação, se concluir que a norma legal tem um carácter imperativo, não podendo, portanto, ser afastada por instrumento de regulamentação coletiva (veja-se Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 14.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 125 e seguintes)”⁵⁷. Sendo assim, por esta interpretação, fica aqui uma “arma” de precaução contra os possíveis abusos dos “grupos de pressão”.



7. BIBLIOGRAFIA:

- AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2009;
- ANTUNES, Carlos e PERDIGÃO, Carlos, *Direito da Contração Coletiva de Trabalho*, Petrony Editora, 2011;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003;
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 15ª edição, Almedina, 2010;

⁵⁷ Para maiores informações sobre o acórdão 338/2010, www.tribunalconstitucional.pt/tc/index.html

- GOMES, Júlio Manuel, *Direito do Trabalho – Volume I – Relações Individuais do Trabalho*, Coimbra Editora, 2007;
- La negociación colectiva en Europa*, in AAVV, Edición preparada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 59, Edita y distribuye: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004;
- MARTINEZ, Pedro Romano / MONTEIRO, Luis Miguel / VASCONCELOS, Joana / BRITO, Pedro Madeira de / DRAY, Guilherme / SILVA, Luís Gonçalves da – *Código do Trabalho Anotado*, 8ª edição, Almedina, 2009;
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 5ª edição, Almedina, 2010;
- MESTRE, Bruno, *A descentralização da negociação coletiva – perspectivas de direito comunitário e comparado à luz da teoria das institucional complementaritie*, in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? Atas do Congresso do Direito Trabalho*, Coordenadores: Catarina O. Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Editora Coimbra, 2011;
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, tomo VI*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2001;
- MOURA, José Barros, *A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho: contributo para a teoria da convenção coletiva de trabalho no direito português*, Livraria Almedina, Coimbra, 1984;
- NETO, Abílio, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coleção Teses, Almedina, 2000;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral*, 2ª edição, Almedina, 2009;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Negociação Colectiva*

Atípica: lição de agregação, Almedina, 2009;

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *As fontes específicas de direito do trabalho e a superação do princípio da filiação*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLVI, (XIX da 2ª série), Abril/ Dez. de 2005, nº 3, 4 e 5, Editora Verbo.