

DA ESCOLHA DO TRABALHADOR DA CONVENÇÃO COLECTIVA APLICÁVEL

Luís Gonçalves da Silva*/**

Sumário: § 1.º Considerações Prévias § 2.º Breve Enquadramento Histórico § 3.º Apreciação Geral § 4.º Apreciação na Especialidade

§ 1.º CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

I.



convenção colectiva integra os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais (artigos 1.º e 2.º) que, por sua vez, fazem parte da área do Direito do Trabalho, mais precisamente do direito colectivo. E se “o Direito colectivo do trabalho constitui seguramente a área mais original do juslaboralismo”¹, facilmente se percebe não ser exagero afirmar que a fonte convencional é um dos principais marcos do Direito do Trabalho; há mais de 50 anos, já se ensinava que o “direito do trabalho moderno é um direito de acentuado carácter colectivo, em oposição ao direito do trabalho individualista de tempos

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP); Advogado e Consultor Jurídico da Abreu Advogados.

** Todos os preceitos sem indicação de fonte, referem-se ao Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, com alterações.

¹ MENEZES CORDEIRO, “Direito do Trabalho e Cidadania”, AAVV, *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001, p. 40, que acrescenta: “efectivamente, a capacidade reconhecida aos operadores colectivos, à margem das estritas regras de representação, de celebrar convenções colectivas aplicáveis aos diversos sujeitos surge como criação *a priori* incompreensível, para o Direito civil.

Também a licitude da greve, à margem do monopólio estadual da justiça, dá corpo a institutos genericamente laborais”, itálico no original.

passados”².

E entre as principais manifestações deste colectivismo está a convenção colectiva, compreendendo-se, por isso, que GINO GUIGNI, afirme que "o contrato colectivo é, juntamente, com o direito de greve, o instituto mais típico do Direito do Trabalho, no sentido de ser específico de tal ramo do Direito"³, constituindo, portanto, nas palavras de JÚLIO GOMES, "... um dos traços idiossincráticos..." do Direito do Trabalho⁴; ou, noutros termos, o instrumento convencional é, desde há muito, o "mais representativo da especial natureza jurídica do Direito do Trabalho"⁵. De facto, a convenção colectiva constitui um tema de inegável relevância nas modernas sociedades, não sendo Portugal uma excepção. A sua importância permite mesmo que se fale, como no caso dos sindicatos, de direitos humanos básicos⁶, sendo, aliás, comum destacar-se o exercício da negociação colectiva como a função mais importante da actividade sindical⁷.

² WALTER KASKEL e HERMANN DERSCH, *Arbeitsrecht*, 5.ª edição, Verlag, Berlin, 1957, p. 19.

³ GINO GUIGNI, *Autonomia e Autotutela Colectiva no Direito do Trabalho*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1983, p. 5. Também ALONSO OLEA, *Pactos Colectivos y Contratos de Grupo*, «Crítica del Derecho», Comares, Granada, 2000, reedição 1954, p. 10, assertivamente escreve: "a dogmática da convenção colectiva de trabalho é um dos pontos fundamentais, além de ser um dos mais característicos ...". CARLOS ALBERTO AMORIM, *Direito do Trabalho - Da Convenção Colectiva de Trabalho*, edição de João Abrantes, Coimbra, 1978, pp. 51-52, salientando a originalidade jurídica dos fenómenos colectivos, nomeia a convenção colectiva. E MONTOYA MELGAR, "La Interpretación del Convenio Colectivo (Apuntes de Derecho Comparado)", *Revista Ministerio Trabajo Asuntos Sociales*, n.º 68, 2007, p. 101, qualifica a convenção como um dos elementos "definidores da peculiaridade e autonomia do Direito do Trabalho".

⁴ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 43.

⁵ GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, tradução, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 116, que acrescenta, ao contrato colectivo, a constituição da empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*, de 4 de Fevereiro de 1920), como medidas mais representativas.

⁶ ERMINDA URIARTE, "Globalizacion y Relaciones Laborales", policopiado, 1999, p. 7.

⁷ Por exemplo, MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 37.ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p. 110.

Entende-se, por isso, que autorizada doutrina afirme que o reconhecimento da convenção colectiva, decorrência da autonomia colectiva e “uma das chaves da abóbada do sistema de relações laborais”⁸, foi um dos mais importantes factos no campo económico e social da história contemporânea⁹, continuando a ser a negociação colectiva, não obstante alguns gostarem de “«tocar a canção da morte» da autonomia colectiva”, um instrumento essencial que permite “compensar diferentes interesses para se alcançar uma forma de equilíbrio entre eficiência económica e protecção social”¹⁰.

Demonstrativa dessa relevância no nosso ordenamento é, desde logo, a atenção conferida pela Constituição à convenção colectiva¹¹. Com efeito, compulsando a Lei Fundamental facilmente se verifica que o Estado não detém o monopólio da elaboração normativa (v.g., artigos 56.º, n.º 3, 227.º e 241.º), apresentando uma concepção pluralista da produção jurídica, em especial, no que respeita às condições de trabalho, o que expressa que o Estado não possui o exclusivo da produção normativa¹². Assim sendo, cabe invocar, desde logo, a autonomia normativa que confere a determinadas entidades intermédias, nomeadamente às associações de trabalhadores e de empregadores, uma efectiva *potestas normandi*, i.e., “... um poder de criação de autênticas regras de conduta, de atribuição de direitos e deveres relacionados com a sua situação de assalariados (artigo 56.º/3)”

⁸ GINO GIUGNI, *Introduzione allo Studio della Autonomia Collettiva*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 5.

⁹ GUIDO ZANOBINI, “El Contrato Colectivo del Trabajo en la Legislación y en la Doctrina Italianas”, *Revista de Derecho Privado*, ano XVIII, núm. 209, Febrero, 1931, p. 33.

¹⁰ ULRICH ZACERT, “La Estructura de las Relaciones Laborales en Alemania”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 11, 2007, p. 1038.

¹¹ Pode ver-se uma análise (qualitativa e quantitativa) da fonte convencional em NUNES DE CARVALHO e PAULA AGAPITO, *Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva em 2017*, Lisboa, 2018, www.crlaborais.pt, em especial pp. 43 e ss.

¹² JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, volume I, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 2004, p. 53.

da Constituição¹³.

II. A autonomia colectiva, mais exactamente o direito de contratação colectiva, corolário natural da liberdade sindical, encontra, como decorre do exposto, arrimo na Constituição Portuguesa (artigo 56.º, n.ºs 3 e 4), tal como em diversos documentos internacionais¹⁴. Prescreve a Lei Fundamental, no preceito referido, que "compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei". Pode, então, inferir-se que o poder normativo das associações sindicais, associações de empregadores e destes¹⁵ se alicerça directamente na Constituição, sendo assegurado pela lei. Ou seja: com base no preceito constitucional, o direito de contratação colectiva não necessita do posterior reconhecimento de qualquer acto infraconstitucional, cabendo apenas à lei garanti-lo,

¹³ JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, cit., p. 53.

¹⁴ Entre os diversos textos internacionais, saliente-se, desde logo, da Organização Internacional do Trabalho, em especial: a) Convenção n.º 87, datada de 1948, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 45/77, de 19 de Abril; b) Convenção n.º 98, de 1949, aprovada, para ratificação, pelo Decreto-Lei n.º 45 758, de 12 de Junho de 1964; c) Recomendação n.º 91, de 1951.

Importa salientar que existe uma diferente abordagem dos instrumentos internacionais ratificados por Portugal e aquela que é apresentada pela nossa Lei Fundamental. Com efeito, enquanto as convenções n.ºs 87 - versa a liberdade sindical e a protecção do direito sindical - e 98 - incide sobre o direito de organização e de negociação colectiva - revelam uma igualdade, no que respeita à sua matéria, de tratamento entre trabalhadores e empregadores, a nossa Lei Fundamental não consagrou expressamente o direito de os empregadores se coligarem através de associações para defesa dos seus direitos e, conseqüentemente, o direito de contratação colectiva, ou qualquer referência à participação na elaboração da legislação do trabalho. Dizemos que a Constituição não consagrou expressamente, pois, pelo menos no que respeita ao direito de contratação colectiva, entendemos que tal faz parte do conteúdo da liberdade de iniciativa económica - na sua vertente de direito de contratação -, que é considerado pela doutrina como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias; neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, volume I, 4.ª edição, 2007, p. 789 (II); FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 1184.

¹⁵ Cfr. nota anterior.

conforme prescrição constitucional¹⁶.

III. Celebrada por associações de direito privado, como são consideradas as associações sindicais e de empregadores, a convenção colectiva – sem prejuízo da outorga directa pelo empregador¹⁷ -, depois de uma fase de negociação (artigos 486.º e ss), tem de ser celebrada por escrito (artigo 477.º) e depositada nos serviços do Ministério que tutela a área do trabalho (artigos 494.º e 495.º).

Não ocorrendo nenhum dos casos taxativamente previstos no Código do Trabalho para a recusa do depósito¹⁸, segue-se a publicação da convenção no *Boletim do Trabalho e Emprego* (artigo 519.º, n.ºs 1 e 3); uma vez publicada, a convenção entra em vigor nos mesmos termos da lei (artigo 519.º, n.º 1, *in fine*)¹⁹.

IV. Completado o ciclo final de procedimento da convenção - i.e., depósito, publicação e entrada em vigor -, esta produz os efeitos legal e convencionalmente previstos; o facto de esses efeitos serem, em regra, gerais e abstractos²⁰, impõe que se

¹⁶ Para uma análise da convenção colectiva no quadro constitucional, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume II, 2012, pp. 589 e ss.

¹⁷ Como se sabe a expressão convenção colectiva abrange, quer os contratos colectivos, quer os acordos colectivos, quer ainda os acordos de empresa, (artigo 2.º, n.º 3).

¹⁸ Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, “A Administração Laboral e a Convenção Coletiva: Algumas Questões”, AAVV, *Trabalho sem Fronteiras? – O Papel da Regulação*, coordenação de Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 184 e ss.

¹⁹ Sobre a entrada em vigor da lei, cfr. artigo 2.º da Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro, com alterações.

²⁰ Neste sentido, por exemplo, BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1984, nomeadamente, pp. 125 e 129-130. Não ignoramos, contudo, a possibilidade de uma convenção ter uma cláusula individual e concreta, mas será uma excepção e não a regra, sob pena de descaracterização do interesse colectivo. Sobre a questão, *vd.* NIKITAS ALIPRANTIS, *La Place de la Convention Collective dans la Hierarchie des Normes*, «Bibliothèque d’Ouvrages de Droit Social», Tome XXII, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1980, pp. 78-79. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 79, defende que só constitui fonte a parte normativa. Para uma crítica da dicotomia vertentes normativa e obrigacional, GONÇALVES DA

considere estarmos, situação que também já decorria do anteriormente exposto, ante uma fonte específica de Direito do Trabalho, posição que tem, como decorre dos artigos 56.º, n.º 4, *in fine*, da CRP, e do artigo 1.º, expresso acolhimento no direito positivo²¹.

V. É comum analisar a eficácia da convenção colectiva com base em três elementos gerais (âmbitos) que delimitam os seus efeitos: por um lado, o *âmbito subjectivo* (artigo 496.º e ss); por outro, o *âmbito temporal* (artigos 499.º e ss); e, ainda, o *âmbito geográfico* (artigo 492.º, n.º 1, alínea c), *in fine*)²².

Concentrando a nossa análise na eficácia pessoal (âmbito subjectivo) da fonte convencional, retenhamos que o nosso ordenamento²³ estabeleceu a regra segundo a qual a convenção

SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, pp. 682 e ss.

²¹ Também a jurisprudência, perante diversos regimes legais, tem considerado que a convenção colectiva é fonte de Direito do Trabalho, *vd.*, por exemplo, Acórdão da Relação do Porto, de 8 de Outubro de 1984, *Colectânea de Jurisprudência*, 1984, n.º 4, pp. 277 e ss; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Outubro de 1998, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 480, pp. 205 e ss; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Abril de 2012, processo n.º 229/09.6TTBRR.L1.S1, www.dgsi.pt.

²² Para uma análise dos preceitos, e com indicações doutrinárias, GONÇALVES DA SILVA, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, anotações aos artigos. Sobre o âmbito geográfico, GONÇALVES DA SILVA, “A Relevância do Local de Trabalho na Aplicação da Convenção Colectiva”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Revista Direito e Justiça*, volume II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 387 e ss. Com maior desenvolvimento, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, pp. 1097 e ss.

²³ Os efeitos subjectivos da convenção colectiva nos ordenamentos jurídicos estrangeiros não são idênticos.

Na Alemanha, por exemplo, a convenção colectiva tem uma eficácia limitada, produzindo efeitos inter-partes, mais exactamente é apenas obrigatória para os sujeitos outorgantes e respectivos filiados (§§ 3, n.º 1, e 1, n.º 1, *Tarifvertragsgesetz, TVG*). Tenha-se, no entanto, presente que a TVG (§ 4 a) prevê, desde 2015, a hipótese de o princípio da filiação ser afastado no caso de paralelismo convencional, aplicando-se nesta caso a fonte outorgada pelo sindicato com o maior número de filiados na empresa.

Por outro lado, o mesmo princípio é também excepcionado em matéria de questões empresariais e jurídicas de organização democrática da empresa, sendo suficiente o

empresário estar vinculado à convenção para ter de cumprir o estipulado no instrumento (§ 3.º, n.º 2); *vd.*, para mais desenvolvimentos, nomeadamente, BRECHT-HEITZMANN, “La Nueva Pluralidad de Convenios Colectivos en el Derecho Alemán del Trabajo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 15, 2011, pp. 261 e ss, em especial pp. 267 e ss; BERNHARD KNELLER, “Le Tarifeinheitsgesetz in Allemagne, une Menace pour le Paysage Syndical?”, *Revue du Droit Allemand*, Juin 2016, pp. 1 e ss, <http://www.droit-allemand.org.>; HUECK-NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963 (tradução castelhana de Miguel Rodríguez Piñero e Luis Enrique de la Villa, *Grundriss des Arbeitsrecht*, s.e., 1962), pp. 342-343; ULRICH ZACERT, “La Eficacia de los Convenios Colectivos en Alemania”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volume II, 2010, pp. 135 e ss; WOLFGANG DÄUBLER, *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 149-150; VOLKER RIEBLE, “Die Akteure im Kollektiven Arbeitsrecht”, “Die Akteure im Kollektiven Arbeitsrecht”, *Recht der Arbeit*, 2004, März/April, pp. 81-82; ALFRED SÖLLNER, *Grundriss des Arbeitsrechts*, Verlag Vahlen, Munchen, 1994, p. 150.

Já em Espanha a convenção colectiva produz efeitos gerais - sem esquecer a destricta, feita, em regra, pela doutrina e jurisprudência entre convenções colectivas estatutárias e extra-estatutárias - ou seja, abrange, durante a vigência, todos os trabalhadores e empregadores incluídos no âmbito funcional e territorial da convenção, independentemente da existência de inscrição sindical ou associativa - artigo 82.º, n.º 3, do Estatuto do Trabalhador (*Estatuto de los Trabajadores de 2015*), *cfr.*, por exemplo, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE e MORENO VIDA, *Manual de Derecho Sindical*, 12.ª edición, Comares, Granada, 2017, pp. 212 e ss; ROJAS MIÑO, “Concepto y Eficacia del Convenio Colectivo”, AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, coordenador Goerlich, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1444 e ss; SALA FRANCO, *Derecho Sindical*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 250 e ss.

Em França, o elemento de conexão relevante é a *situação do empregador*. Ou seja: é necessário e suficiente que o empregador celebre directamente ou esteja filiado na associação outorgante, pois caso tal não se verifique, ainda que o trabalhador esteja inscrito em associação outorgante, a convenção não poderá obrigar aquele a seguir o regime acordado (artigo L. 2254-1 *Code du Travail*). Nestes termos, a vinculação do empregador a uma convenção colectiva é elemento bastante para que os efeitos desta se produzam na empresa, e abrangam quer os trabalhadores filiados, quer os não filiados; para mais pormenores, ANTOINE MAZEAUD, *Droit du Travail*, 10.ª édition, LGDJ, Paris, 2016, pp. 282 e ss.

Finalmente, em Itália existem quatro tipos de convenções colectivas: a) as *corporativas*, que foram celebradas pelas organizações sociais fascistas, durante o regime corporativo, que lhes atribuíam eficácia geral - os contratos colectivos de direito corporativo viram os seus efeitos serem mantidos, não obstante o fim do regime, pelo Decreto-Lei «Luogotenenziale», n.º 369, de 23 de Novembro de 1944; b) as de *direito comum*, que se regem pelas regras previstas para o direito comum dos contratos, e que têm o seu âmbito de aplicação definido pelo próprio contrato; c) as que possuem *eficácia erga omnes*, que segundo a Constituição (artigo 39.º, 3.º par.) são celebradas pelas

coletiva tem somente *eficácia inter partes* (artigo 496.º, n.ºs 1 e 2²⁴). Nestes termos, o âmbito subjetivo – ou pessoal – da convenção é determinado, em regra, pela filiação do empregador (caso não celebre a convenção diretamente) e do trabalhador nas associações outorgantes. A isto se chama princípio da filiação ou, talvez mais corretamente, princípio da dupla filiação²⁵.

Entre as exceções do referido princípio²⁶, o Código do Trabalho prevê que um trabalhador não filiado opte pela

associações reconhecidas e têm eficácia obrigatória para todos os membros da categoria; no entanto, este preceito constitucional tem tido problemas de concretização face aos obstáculos políticos e técnicos que têm sido colocados; d) e, por último, as que foram objecto da Lei n.º 741, de 14 de Julho de 1959, ou seja, têm um efeito idêntico ao que, noutros ordenamentos, se atinge através da portaria de extensão e que este país não consagra; para mais desenvolvimentos, por exemplo, FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI, TIZIANO TREU, *Il Diritto del Lavoro. 1. Il Diritto Sindacale*, 7.ª edizione, Utet Giuridica, Wolters Kluwer Italia, 2015, pp. 232 e ss.

²⁴ A diferença entre o n.º 1 e o n.º 2 é que o primeiro prescreve a eficácia da convenção outorgada diretamente pelos empregadores ou por associações de empregadores e por sindicatos, enquanto o n.º 2 regula a eficácia da convenção subscrita por associações de segundo grau, ou seja, associação de associações. Com efeito, o n.º 2 regula as situações em que a convenção é celebrada por organizações de associações de empregadores ou por associações de sindicatos (cfr., respetivamente, artigos 442º, n.º 2, e n.º 1 alíneas a), b), c) e d) e n.º 2), prescrevendo o preceito que obriga os empregadores e os trabalhadores inscritos nas associações outorgantes representados nos termos previstos nos estatutos quando outorguem em nome próprio ou em conformidade com os mandatos prescritos no n.º 2 do artigo 491º.

²⁵ Sobre os efeitos (subjetivos) da convenção na jurisprudência, *vd.* Ac. do STJ, de 1 de Junho de 1984, *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, n.º 274, pp. 1199 e ss; Ac. do STJ, de 2 de Outubro de 1996, *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, n.º 423, pp. 380 e ss; Ac. da Rel. de Lx., de 12 de Novembro de 2009, processo n.º 384/08.2TBOER.L1-6, www.dgsi.pt; Ac. do STJ, de 9 de Março de 2017, processo n.º 161/15.4T8VRL.G1.S1, www.dgsi.pt.

Relativamente ao ónus da prova da situação jurídica de filiado, este está a cargo, nos termos do artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil, de quem invoca o direito. Sobre a matéria, *vd.*, por exemplo, Ac. do STJ, de 1 de Outubro de 2014, processo n.º 1202/11.0TTMTS.P1.S1, www.dgsi.pt, ponto 2.1.; Ac. do STJ, de 20 de Janeiro de 1993, *Coletânea de Jurisprudência*, 1993, n.º 1, p. 238 e ss.; Ac. do STJ, de 12 de Janeiro de 1994, *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, n.º 389, pp. 613 e ss.

²⁶ Para a análise da matéria, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, pp. 1163 e ss.

aplicação de uma convenção (ou decisão arbitral), havendo um ou mais instrumentos aplicáveis à empresa (artigo 497.º). Com efeito, determina o regime laboral:

“Caso sejam aplicáveis, no âmbito de uma empresa, uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais, o trabalhador que não seja filiado em qualquer associação sindical pode escolher qual daqueles instrumentos lhe passa a ser aplicável” (artigo 497.º, n.º 1)²⁷.

§ 2.º BREVE ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

I. Importa agora realizar um breve excuro histórico, centrando-nos no surgimento do actual artigo 497.º.

A consagração do princípio da dupla filiação em matéria aplicativa da fonte convencional remonta ao início do regime democrático²⁸. Na verdade, com a Revolução de 25 de Abril de 1974, inicia-se uma nova fase política com acentuados reflexos jurídicos, económicos e sociais²⁹. Entre as diversas preocupações políticas sobressai a da área laboral, como se comprova compulsando as medidas preconizadas no Programa do Movimento das Forças Armadas³⁰, o que não impediu que os

²⁷ Apesar de a epígrafe ser “escolha da convenção aplicável”, como se verifica não está apenas em causa a convenção colectiva.

²⁸ Para uma análise desenvolvida da evolução da convenção colectiva no ordenamento nacional, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume I, 2012, pp. 171 e ss.

²⁹ *Vd.* sobre esta fase, em textos autónomos, MONTEIRO FERNANDES, “A Recente Evolução do Direito do Trabalho em Portugal. Tendências e Perspectivas”, *Revista Jurídica*, n.º 3, 1984, pp. 11-20, também com referências ao direito individual; M. DE F. RODRIGUES PRAZERES, “Enquadramento Legal do Sistema de Negociação Colectiva de Trabalho em Portugal desde 1974”, *Sociedade e Trabalho*, 1999, n.º 4, pp. 21-28, sendo de salientar um quadro (p. 28) sobre a evolução da (principal) legislação.

³⁰ O Programa do Movimento das Forças Armadas está publicado em anexo à Lei n.º 3/74, de 14 de Maio de 1974, sendo parte integrante do diploma.

Também demonstrativo do que afirmámos é o Decreto-Lei n.º 203/74, de 15 de Maio (definiu o programa do Governo Provisório) onde pode ler-se que “... compete ao Governo Provisório: ... Adoptar uma nova política social que, em todos os domínios,

diplomas vigentes, tal como as convenções celebradas pelos sindicatos corporativos mantivessem a sua aplicação.

O primeiro quadro geral sobre a contratação colectiva surgiu com Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28 de Fevereiro, operando-se então a revogação (artigo 26.º) do diploma estruturante do regime corporativo (Decreto-Lei n.º 49 212, de 28 de Agosto de 1969).

O novo quadro normativo colocou assim termo à eficácia *erga omnes* constante do regime corporativo, consagrando o princípio da dupla filiação. Com efeito, a convenção colectiva passou a vincular os trabalhadores e as entidades patronais filiados, respectivamente, nas associações sindicais e patronais outorgantes (e as entidades patronais directamente celebrantes) (artigo 9.º).

II. Posteriormente, surgiu o Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro (LRCT), que revogou o Decreto-Lei n.º 164-A/76³¹, tendo vindo regular uma parte do Direito Colectivo³², não obstante não possuir grandes inovações face aos diplomas anteriores³³.

O novo diploma manteve a solução legal, segundo a qual a convenção colectiva apenas se aplica às entidades patronais

tenha como objectivo a defesa dos interesses das classes trabalhadoras e o aumento progressivo, mas acelerado, da qualidade de vida de todos os portugueses” (2.º § do Programa do Governo Provisório); tal como “... dentro das grandes linhas de orientação da actuação do Governo ...”, e que respeita à “... Organização do Estado ...”, a “Revogação do Estatuto do Trabalho Nacional; regulamentação em ordem a garantir a liberdade sindical dos trabalhadores e do patronato; *estabelecimento de novos mecanismos de conciliação nos conflitos do trabalho*” (ponto 1, alínea h), do Decreto-Lei cit.).

³¹ O Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro, revogou, de acordo com o artigo 45.º n.º 3, o Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 887/76, de 29 de Dezembro, e 353-G/77, de 29 de Agosto.

³² Dizemos uma parte, pois houve matérias que respeitam ao Direito Colectivo (v.g., associações sindicais - Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril) e não foram objecto de regulação pelo Decreto-Lei n.º 519-C1/79.

³³ Apesar de no preâmbulo se afirmar que mediante o diploma em questão se visa estabelecer “... um sistema inovador e coerente de relações colectivas de trabalho ...”.

outorgantes ou inscritas nas associações signatárias, bem como aos trabalhadores que estejam ao seu serviço e que se encontrem filiados nas associações celebrantes ou inscritas nas associações sindicais celebrantes (artigo 7.º, n.º 1, da LRCT).

III. A 1 de Dezembro de 2003 entrou em vigor o Código do Trabalho (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, LACT2003)³⁴, que regulou os contratos de trabalho (artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 99/2003)³⁵ e, por outro lado, revogou a LRCT (artigo 21.º, n.º 1, alínea g)³⁶.

Em matéria de filiação, determinava o diploma que

“a convenção colectiva de trabalho obriga os empregadores que a subscrevem e os inscritos nas associações de empregadores signatárias, bem como os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros das associações sindicais outorgantes” (artigo 552.º, n.º 1).

O Código prescrevia ainda nesta matéria:

“a convenção outorgada pelas uniões, federações e confederações obriga os empregadores e os trabalhadores inscritos, respectivamente, nas associações de empregadores e nos sindicatos representados nos termos dos estatutos daquelas organizações quando outorguem em nome próprio ou em conformidade com os mandatos a que se refere o 540.º” (artigo 552.º, n.º 2)³⁷.

Como se pode verificar, foi mantida a regra geral

³⁴ Sobre a reforma do Código do Trabalho, *vd.*, com indicações bibliográficas, ROMANO MARTINEZ, “O Código do Trabalho – Directrizes da Reforma; Sistematização; Algumas Questões”, AAVV, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Olonso Olea*, coordenação de Monteiro Fernandes, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 561 e ss; GONÇALVES DA SILVA, “Visita Guiada ao Código do Trabalho: A Primeira Fase da Reforma Laboral”, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, volume I, 2.ª edição, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 113 e ss.

³⁵ Para mais desenvolvimentos sobre a aplicação temporal do Código, *vd.* ROMANO MARTINEZ, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 6.ª edição, 2008, pp. 46 e ss.

³⁶ Foi assim revogada a LRCT, que tinha sido alterada pelos Decretos-Lei n.ºs 87/89, de 23 de Março, 209/92, de 2 de Outubro – objecto de rectificação -, e pela Lei n.º 118/99, de 11 de Agosto.

³⁷ Corresponde, com alterações formais, ao artigo 7.º da LRCT

existente no ordenamento, segundo a qual a convenção colectiva tem somente *eficácia inter-partes*. Nestes termos, o âmbito subjectivo (ou pessoal) da convenção continuou a ser determinado, em regra (cfr. artigos 553.º e 554.º), pela filiação do empregador - (caso este não a celebre directamente) e do trabalhador – directa ou indirectamente - nas associações outorgantes.

Há ainda que salientar uma nova excepção ao princípio da dupla filiação, constante do artigo 15.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto^{38/39}.

Neste preceito, o legislador⁴⁰ permitiu que um trabalhador - não filiado em sindicato outorgante e cuja situação jurídico-laboral (sectorial ou profissional) se subsumisse no âmbito de aplicação do instrumento – escolhesse, por escrito, sem carecer do acordo do empregador, a aplicação de uma convenção que regulasse a situação na empresa, desde que, por um lado, existisse um instrumento posterior à entrada em vigor do Código do Trabalho (1 de Dezembro de 2003, artigo 3.º, n.º 1) e, por outro, fosse aplicável à empresa um ou mais instrumentos anteriores a essa data.

Com o intuito de evitar a constante alteração da

³⁸ Para uma análise da história do preceito, incluindo o Ac. do Tc. n.º 306/2003, de 25 de Junho, GONÇALVES DA SILVA, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., 2008, pp. 60 e ss.

³⁹ Existiam, tal como em regimes anteriores, outras excepções que, aliás, já constavam da LRCT, podendo exemplificar-se com os artigos 553.º e 555.º do Código do Trabalho de 2003. Para mais desenvolvimentos, cfr. GONÇALVES DA SILVA, *Notas sobre a Eficácia Normativa das Convenções Colectivas*, «Cadernos Laborais», n.º 1, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 54 e ss. GONÇALVES DA SILVA, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., 2008, pp. 779 e ss e 782 e ss.

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos sobre o preceito, *vd.* GONÇALVES DA SILVA em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., 2008, pp. 66-67.

convenção aplicável - face aos efeitos nefastos que uma situação destas acarretaria - fixou-se que após a opção do trabalhador, a convenção se aplicaria até ao final do seu prazo ou, sendo esta objecto de alteração, até à respectiva entrada em vigor (artigo 15.º, n.º 2); não tendo a convenção prazo de vigência, o prazo de aplicação era de um ano (artigo 15.º, n.º 3).

O trabalhador poderia usufruir deste regime, i.e., utilizar o mecanismo da opção, dentro dos limites temporais dos n.ºs 2 e 3, e, por outro lado, desde que se mantivesse o pressuposto da existência de convenções posteriores e anteriores à entrada em vigor do Código aplicáveis na empresa.

IV. Em 2009, entrou em vigor⁴¹ a revisão do Código do Trabalho de 2003 que passou a regular os contratos de trabalho existentes (artigo 7.º da Lei n.º 7/2009)⁴².

O quadro normativo manteve a eficácia inter-partes do instrumento convencional, prescrevendo:

“A convenção colectiva obriga o empregador que a subscreve ou filiado em associação de empregadores celebrante, bem como os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros de associação sindical celebrante” (artigo 496.º, n.º 1).

A esta norma, acrescenta o diploma laboral:

“A convenção celebrada por união, federação ou confederação obriga os empregadores e os trabalhadores filiados, respectivamente, em associações de empregadores ou sindicatos representados por aquela organização quando celebre em nome próprio, nos termos dos respectivos estatutos, ou em conformidade com os mandatos a que se refere o n.º 2 do 491.º” (artigo 496.º, n.º 2).

Não houve, portanto, novidades no regime de aplicação da convenção colectiva, mantendo-se a regra geral existente, segundo a qual a convenção colectiva tem somente *eficácia inter-*

⁴¹ Mais precisamente a 17 de Fevereiro do mesmo ano, nos termos da *vacatio legis* comum.

⁴² Para uma análise do preceito, *vd.* ROMANO MARTINEZ em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., 2017, pp. 77 e ss.

partes. Nestes termos, o âmbito subjectivo – ou pessoal – da convenção continuou a ser determinado, em regra, pela filiação do empregador (caso não celebre a convenção directamente) e do trabalhador – directa ou indirectamente – nas associações outorgantes.

Houve, no entanto, uma novidade na temática das excepções ao princípio da filiação: trata-se da possibilidade de o trabalhador optar pela aplicação de uma convenção colectiva.

Segundo a nova norma,

“Caso sejam aplicáveis, no âmbito de uma empresa, uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais, o trabalhador que não seja filiado em qualquer associação sindical pode escolher qual daqueles instrumentos lhe passa a ser aplicável” (artigo 497.º, n.º 1).

O presente preceito permite que um trabalhador não filiado escolha, por acto unilateral – aplicando-se, no âmbito da empresa, uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais –, ser destinatário de um destes instrumentos. Este direito potestativo conferido pelo legislador torna naturalmente irrelevante a posição do empregador.

Poderá dizer-se que o artigo 497.º se inspira no artigo 15.º da LACT2003, que constituiu uma novidade da reforma de 2003. Importa, no entanto, sublinhar que o artigo 497.º tem um alcance substancialmente diferente, constituindo, portanto, uma inovação: a) por um lado, e a título exemplificativo, a norma (artigo 15.º da LACT2003) aplicava-se quando estavam em causa instrumentos negociais anteriores e posteriores ao Código do Trabalho; b) por outro lado, era, quer pela sua natureza, quer pela sua inserção sistemática, uma norma transitória; c) finalmente, aquele preceito referia-se apenas aos instrumentos negociais; ora, nenhuma destas situações se verifica na situação da escolha da convenção aplicável (artigo 497.º), agora em análise.

E, desta forma sumária, se chegou à actual solução legal que consagra a escolha, por parte do trabalhador, da convenção colectiva aplicável.

Apesar de a presente análise incidir sobre a redacção da norma actualmente vigente, registe-se que está em curso nova alteração ao artigo 497.º. Com efeito, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2018, de 4 de Junho⁴³, prevê no *Eixo II (Promover um maior dinamismo da negociação coletiva)*, entre diversas medidas, “27. Fixar um prazo razoável para efeitos de adesão individual dos trabalhadores a convenções coletivas de trabalho e estabelecer uma duração máxima para a vigência dessa adesão”.

No mesmo dia, foi também aprovada a Proposta de Lei n.º 136/XIII (*Altera o Código de Trabalho, e respetiva regulamentação, e o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social*)⁴⁴, que, entre outras novidades, identifica na Exposição de Motivos a alteração relativa ao artigo 497.º de seguinte modo:

“Reforçar as estruturas de representação coletiva do trabalho e promover a dimensão coletiva da regulação laboral, fixando-se um prazo de três meses a contar da data de entrada em vigor da convenção coletiva ou do início do contrato de trabalho, se este for posterior, para efeitos de adesão individual de trabalhador a convenção coletiva de trabalho, e estabelecendo-se a duração máxima de um ano para a aplicação da convenção coletiva de trabalho ao trabalhador que a ela haja aderido”⁴⁵.

E com base nesta explicação, o Governo propôs esta redacção (artigo 497.º):

“1 - Caso sejam aplicáveis, no âmbito de uma empresa, uma ou mais convenções coletivas ou decisões arbitrais, o trabalhador que não seja filiado em qualquer associação sindical pode escolher qual daqueles instrumentos lhe passa a ser aplicável, desde que o mesmo se integre no âmbito do setor de atividade, profissional e geográfico do instrumento escolhido.

2 - O trabalhador pode efetuar a escolha a que se refere o número anterior nos três meses posteriores à entrada em vigor do instrumento escolhido, ou ao início da execução do contrato de trabalho, se este for posterior.

⁴³ Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2018, de 4 de Maio, *Diário da República*, de 6 de Junho de 2018, 1.ª série, n.º 108, pp. 2392 e ss.

⁴⁴ Proposta de Lei n.º 136/XIII, de 4 de Junho, *Separata n.º 94/XIII/3, Diário da Assembleia da República*, de 12 de Junho de 2018.

⁴⁵ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 136/XIII, de 4 de Junho, cit., p. 13 (ponto 8).

3 - A aplicação da convenção nos termos do n.º 1 mantém-se até ao final da sua vigência, com o limite de um ano.

4 - O trabalhador pode revogar a escolha, cessando de imediato a aplicação da convenção.

5 - O trabalhador só pode fazer uso da faculdade prevista no n.º 1 uma vez enquanto estiver ao serviço do mesmo empregador, ou de outro a que sejam aplicáveis as mesmas convenções coletivas ou decisões arbitrais”.

Posteriormente, no dia 18 de Junho, seria ainda assinado, no quadro da Comissão Permanente de Concertação Social, o Acordo Tripartido (*Combater a Precariedade e Reduzir a Segmentação Laboral e Promover um Maior Dinamismo da Negociação Coletiva*), que replica a Resolução de Conselho de Ministros acima identificada⁴⁶.

§ 3.º APRECIACÃO GERAL

I. Como acima vimos, o artigo 497.º permite que, através de um acto individual, o trabalhador possa usufruir dos benefícios (e desvantagens) gerais decorrentes da aplicação de um regime convencional; o preceito confere ao trabalhador um direito potestativo de opção, tornando irrelevante a vontade do empregador⁴⁷, bem como dos outorgantes da fonte convencional⁴⁸. Trata-se, portanto, de um acto unilateral que o trabalhador não filiado pode praticar livremente, sem qualquer fundamentação, estando o empregador adstrito a cumprir a escolha e a suportar os efeitos desse acto; a sua vontade é juridicamente irrelevante, restando-lhe suportar a modificação unilateral realizada pelo

⁴⁶ O Acordo foi assinado pelo Governo e demais parceiros, com excepção da CGTP, podendo ser consultado em www.ces.pt.

⁴⁷ Recorde-se que o empregador tem o dever de informar o trabalhador sobre as fontes aplicáveis (artigo 106.º, n.º 3, alínea l)).

⁴⁸ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, *Questões Laborais*, ano XXI, n.º 44, 2014, p. 7, que se refere ao empregador; LOBO XAVIER, “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a «Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVIII (XXXI da 2.ª série), 2017, n.ºs 1-4, p. 97, salientando a posição do empregador e dos outorgantes.

trabalhador dos direitos e obrigações existentes, com base no artigo 497.º, permitindo assim uma modificação unilateral do acordado, ao arrepio do quadro geral constante do artigo 406.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil.

Importa sublinhar que não estamos perante uma adesão (individual) ao instrumento convencional, pois o trabalhador não passa, naturalmente, a ser parte – continua a não ter capacidade para o efeito - em virtude do preceito em análise⁴⁹. O que aqui está em causa é somente – e já não é de diminuta relevância – a possibilidade de um trabalhador, titular de um direito potestativo, conferido pelo Código do Trabalho, optar pela aplicação de um instrumento convencional (ou decisão arbitral); e, deste modo, a sua escolha não necessita do acordo do empregador ou das associações outorgantes.

II. Com este mecanismo, o legislador terá pretendido a) assegurar (alguma) uniformização regulativa nas empresas, tendo presente que o quadro legal diferencia – e bem - a relação da lei com a convenção colectiva (artigo 3.º, n.º 1) e daquela com o contrato de trabalho (artigo 3.º, n.º 4)⁵⁰, impedindo assim que através da autonomia individual (geral) se alcance igual resultado ao colectivamente estabelecido; b) por outro, terá sido também importante a relevância em matéria de gestão de algumas previsões específicas que conferem monopólio à intervenção da fonte convencional (por exemplo, artigos 204.º e 208.º)⁵¹; e,

⁴⁹ Contrariamente ao que foi preconizado, de forma pouco feliz, pelo *Livro Branco das Relações Laborais*, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, Lisboa, 2007, pp. 119-120; e na doutrina é referido por MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 18.ª edição, 2017, p. 789, que alude à “... adesão individual dos trabalhadores não sindicalizados a uma convenção colectiva vigente na empresa em que exercem a sua actividade”, itálico no original.

⁵⁰ Sobre o preceito, GONÇALVES DA SILVA em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., 2017, respectiva anotação; e, com desenvolvimento, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, pp. 727 e ss e 809 e ss.

⁵¹ O que poderá explicar que esta norma conste do *Acordo Tripartido para um Novo Sistema de Regulação das Relações Laborais, das Políticas de Emprego e da*

deste modo, o legislador visará suprimir as limitações decorrentes da eficácia limitada do instrumento convencional, criando um mecanismo de extensão do âmbito pessoal da convenção⁵²; c) acresce que o legislador terá ainda considerado que a opção do trabalhador pela aplicação de uma fonte convencional lhe conferiria um estatuto mais adequado e eventualmente protector – não obstante o artigo 3.º, n.º 1 – do que a mera aplicação da lei.

Para esse desiderato determinou um desvio ao princípio da filiação do trabalhador – apenas quanto a este -, abrangendo o elemento pessoal e temporal da filiação, mas não dispensou a verificação dos restantes elementos (funcional e geográfico e relativamente ao empregador ainda pessoal e temporal)⁵³. Na verdade, a norma em causa não suprime a ausência de conexão no que respeita ao empregador, tal como exige que o trabalhador se enquadre nos demais elementos em que se decompõe a filiação, o que se compreende, pois não seria sustentável que o trabalhador pudesse impor ao empregador um regime sem qualquer ligação profissional e geográfica com a sua actividade⁵⁴.

Trata-se, em suma, de determinar os efeitos vinculativos semelhantes ao da filiação em matéria de contratação colectiva de um trabalhador não filiado⁵⁵, bastando que o trabalhador

Protecção Social em Portugal, 25 de Junho de 2008, versão final corrigida – 01.07.08, www.mtss.gov.pt, p. 10.

⁵² Aliás, acrescidamente limitada pela diminuta taxa de sindicalização, cfr. *Atualização do Livro Verde sobre as Relações Laborais 2016*, Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, Lisboa, 2018, www.portugal.gov.pt, p. 14, onde se pode ler: “De acordo com os dados reportados pelos empregadores no âmbito do Relatório Único, Quadros de Pessoal 2016, as taxas de filiação de empresas e trabalhadores em estruturas de representação coletiva terão sofrido um ligeiro decréscimo em 2016 face ao ano anterior, situando-se nos 17,1% no caso das empresas (18% em 2015) e nos 8,3% no caso dos trabalhadores (8,8% em 2015)”.

⁵³ Para uma análise destes elementos da filiação, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, pp. 1097 e ss.

⁵⁴ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 7.

⁵⁵ Esta era, aliás, a posição da Comissão do Livro Branco das Relações Laborais que, no *Livro Branco das Relações Laborais*, cit., p. 119, defendia “... a adesão individual

proceda a essa escolha dentro de determinados pressupostos legais⁵⁶.

III. Os objectivos do mecanismo não podem deixar de estar presentes nas respostas às questões que a opção do trabalhador suscita. Igualmente relevante para essa tarefa é o quadro da filiação, que deve constituir um limite na interpretação do artigo 497.º; quer isto dizer que não se poderá sustentar – sem expressa previsão legal - que o trabalhador não inscrito alcance um resultado jurídico não permitido pela lei a um filiado, embora sejamos forçados a reconhecer que, como certamente nota JÚLIO GOMES, em virtude de o trabalhador não filiado poder realizar esta escolha, ao contrário do se passa com o associado, a situação “... é como se o trabalhador filiado estivesse reduzido ao prato único e o não filiado pudesse escolher o menu à carta”⁵⁷, tendo, aliás,

do trabalhador não sindicalizado a uma convenção colectiva aplicável na empresa que abranja a respectiva profissão, como meio de estender a cobertura das convenções e, eventualmente, promover a unidade da regulamentação colectiva na empresa”. No entanto, os pressupostos de que parte não se verificaram na consagração legal da figura. Com efeito, escreve ainda a Comissão, *op. cit., idem*, “no caso de trabalhadores não abrangidos por qualquer convenção colectiva, os procedimentos de regulamentação de extensão ou a determinação legal da aplicabilidade das convenções celebradas por organizações representativas de trabalhadores não sindicalizados assegurarão a aplicabilidade da convenção.

Por isso, a adesão individual só se colocará se nenhum desses mecanismos existir. Nestas situações, se a lei atribuir à adesão o mesmo efeito vinculante que decorre do princípio da filiação, não é posto em causa o direito de contratação colectiva, constitucionalmente reconhecido a todas as associações sindicais, porque a convenção anteriormente aplicável ao trabalhador continua em vigor”. Ora, como sabemos, inexistente qualquer determinação legal da aplicabilidade das convenções outorgadas por organizações representativas a trabalhadores não sindicalizados.

⁵⁶ Esta opção não se confunde com as cláusulas de remissão. No caso da escolha da convenção aplicável, estamos perante um acto unilateral de um trabalhador que decide ser destinatário de uma convenção colectiva, passando esta a regular a sua relação com o empregador; na situação das cláusulas de remissão (estática ou dinâmica), estamos perante um acordo entre empregador e trabalhador, em que o contrato de trabalho se “apropria” do conteúdo convencional. Para JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 7, “a existência de uma destas cláusulas não parece afastar o exercício posterior pelo trabalhador da faculdade contida no artigo 497.º”.

⁵⁷ JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação

a possibilidade de esperar pelo resultado da negociação para tomar a sua decisão, contrariamente ao que se verifica com o filiado (artigo 496.º, n.º 1, 1.ª parte).

IV. A solução legal constante do artigo 497.º não está isenta de críticas, porquanto ao permitir que um trabalhador usufrua, por acto unilateral, da aplicação de uma convenção colectiva outorgada por uma associação em que não se encontra filiado, poderá esvaziar⁵⁸ parte do conteúdo útil da filiação e, com isso, fragilizar a actividade sindical, revelando “um claro efeito anti-sindical”⁵⁹. Na verdade, do artigo resulta um potencial desincentivo à filiação sindical⁶⁰ com todos os efeitos nefastos que isso acarreta, uma vez que o trabalhador passa a poder usufruir de uma das principais – existem outras, é certo – vantagens da filiação: a aplicação convencional. De facto, parece ainda claro – mesmo para quem critica a solução constante do artigo 3.º, n.º 1 – que um dos principais benefícios da filiação é a possibilidade de o trabalhador ter a sua situação jurídica regulada por uma fonte convencional, colmatando, deste modo, a debilidade existente na situação individual.

V. Sublinhe-se também que o legislador entendeu associar a esta norma uma outra não menos susceptível de observações negativas: trata-se da possibilidade de a convenção colectiva estabelecer para efeitos da escolha acima referida, que o trabalhador “pague um montante nela estabelecido às associações

Sindical”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2010, p. 179.

⁵⁸ Dizemos “poderá” porque está por apurar as consequências, em matéria de filiação, da norma.

⁵⁹ JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., p. 162, referindo-se mesmo, nas diversas críticas ao preceito, *op. cit.*, pp. 161 e ss, a uma “... norma de conteúdo (quando não de escopo) anti-sindical” (p. 178). Também em sentido crítico, PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 306 e ss.

⁶⁰ Como bem referia o Ac. do Tc. n.º 306/2003, de 25 de Junho, *Diário da República*, 18 de Julho de 2003, I série A, número 164, p. 4164, a propósito da alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto da Assembleia da República n.º 51/IX, idêntico à actual redacção, aresto que defendeu não padecer de inconstitucionalidade a referida alínea.

sindicais envolvidas, a título de participação nos encargos de negociação” (artigo 492.º, n.º 4)⁶¹. E, como bem salientou JÚLIO GOMES, o preceito “... pode propiciar fenómenos de gestão de interesses patrimoniais dos sindicatos pelos empregadores, quando não verdadeiros «apadrinhamentos» de certos sindicatos por alguns empregadores, permitindo a referida norma contornar a exigência legal de independência dos sindicatos face aos empregadores”⁶².

O novo mecanismo gera, desde logo, fundadas dúvidas sobre a sua compatibilidade constitucional, especialmente com o direito (fundamental) de contratação colectiva conferido às associações sindicais. O Tribunal Constitucional já teve, no entanto, ocasião de se pronunciar sobre o assunto, entendendo que a norma em apreço não violava a Constituição⁶³, posição que nos merece profundas reservas.

Na verdade, o Tribunal Constitucional, na sequência de um pedido de fiscalização sucessiva abstracta, entendeu que a norma não merecia censura. Para o efeito, o Tribunal começou por se interrogar sobre se os trabalhadores não sindicalizados não deveriam estar afastados das vantagens da actividade sindical, incluindo as decorrentes da contratação colectiva, reconhecendo

⁶¹ LOBO XAVIER, “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a «Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, cit., p. 97, nota 196, admite “... que, independentemente da estipulação, possa haver obrigações de pagamento automático de mínimo legal (tipo uma percentagem elevada das quotizações e com o regime legal inerente a estas)”.

⁶² JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., p. 162, acrescentando ainda (*op. cit.*, p. 192, nota 40): “O perigo é o de, acoplado ao desincentivo à filiação sindical representado pelo artigo 497.º, o n.º 4 do artigo 492.º servir para «premiar» financeiramente os sindicatos «convenientes». Mas note-se que há, mesmo assim, perigos mais insidiosos para a liberdade sindical negativa: para além de o trabalhador não filiado passar a estar frequentemente sujeito a «sugestões», mais ou menos «vivas» de escolha de uma determinada convenção pelos empregadores, não há qualquer garantia de que o que lhe vai ser cobrado a título de contrapartida corresponda ao custo real das negociações suportadas pelo sindicato ...”.

⁶³ Ac. do Tc. n.º 338/2010, de 22 de Setembro, www.tribunalconstitucional.pt, ponto 11.

que tal situação deve ocorrer e, por outro lado, que o artigo em questão "... não promove a inscrição dos trabalhadores nos sindicatos, visto que esta não lhes trará benefício adicional em termos de contratação colectiva".

Argumentou, no entanto:

1) O facto de as convenções colectivas serem também aplicáveis através de portarias de extensão a trabalhadores não filiados nos sindicatos outorgantes, afirmando: "e ninguém defende a inconstitucionalidade de tais portarias de extensão pelo facto de permitirem a trabalhadores não filiados nos sindicatos terem os mesmos direitos que os trabalhadores filiados em sindicato que tenha celebrado convenção colectiva";

2) O princípio da igualdade em matéria de condições de trabalho (artigo 59.º da Constituição), defendendo que, ressalvadas as diferenças decorrentes dos contratos de trabalho, "os trabalhadores de unidades ou sectores de produção semelhantes devem, tendencialmente, estar sujeitos ou beneficiar de condições gerais de trabalho semelhantes";

3) E considerando que "é este o fundamento das chamadas portarias de extensão e é isto que, em conjugação com a liberdade sindical negativa (a liberdade de não inscrição num sindicato), legitima que, nos termos do artigo 497.º do Código do Trabalho, o trabalhador não inscrito ou filiado possa aderir a uma convenção colectiva ou a uma decisão arbitral aplicável a outros trabalhadores da mesma unidade ou do mesmo sector de produção";

4) Finalmente, invocou o preceituado no n.º 4 do artigo 492.º para "... dizer que o próprio Código do Trabalho tem um mecanismo que visa garantir que as associações sindicais se possam salvaguardar face à hipótese de um trabalhador não filiado num determinado sindicato vir a beneficiar de convenção colectiva celebrada por esse sindicato", permitindo esta cláusula "... que as associações sindicais se salvaguardem em face do aproveitamento da sua actividade por parte de pessoas que não se associam ao sindicato. Na verdade, ela permite tornar a solução da filiação sindical, que automaticamente aplica a convenção colectiva, mais vantajosa do que o pagamento de uma verba específica para beneficiar dessa mesma convenção colectiva. Tanto mais que o pagamento de tal verba é, já por si, uma forma de envolvimento com a associação sindical";

5) Em suma, concluiu o Tribunal: "consegue-se, assim, uma

concordância prática entre a liberdade individual de inscrição ou não inscrição nos sindicatos conjugada com o princípio da igualdade (que postula iguais condições gerais de trabalho, para trabalhadores em igualdade de situações, dentro das mesmas unidades ou sectores de produção), por um lado, e o direito das associações sindicais a quem compete a contratação colectiva, por outro lado”, não havendo, portanto, violação dos direitos das associações sindicais (artigo 56.º, n.º 1 e 2) e, em especial, do direito de contratação colectiva (artigo 56.º, n.º 3, da Constituição).

Não acompanhamos a posição do Tribunal Constitucional no argumentário apresentado. Na verdade, ainda que reconheçamos estar o preceito em análise numa “zona cinzenta” de inconstitucionalidade, os argumentos expendidos não nos parecem procedentes:

- 1) Antes de mais, a invocação da portaria de extensão ignora o fundamento e a natureza específico do instrumento regulamentar, cuja existência já mereceu reservas dentro do Tribunal Constitucional⁶⁴, devendo notar-se que, no caso da portaria de extensão, estamos perante um instrumento heterónimo, que assenta no poder regulamentar;
- 2) Por outro, dá como adquirido os fins da portaria de extensão (a que chama de fundamentos), não obstante os mesmos não constarem directa ou indirectamente dos respectivos preceitos legais (artigo 514.º), invocando o princípio da igualdade em matéria de condições de trabalho (artigo 59.º da Constituição), o que significa tornar irrelevante a filiação, tratando de forma igual trabalhadores que estão numa posição substancialmente diferente, gerando uma desigualdade sem fundamento⁶⁵;
- 3) Mais: o ponto substancial é o facto de a norma, ao invés do mandato constitucional de garantir o direito de contratação colectiva (artigo 56.º, n.º 3) - permitindo a escolha de convenção aplicável, desde logo, sem quaisquer limites temporais -,

⁶⁴ Estamos a referir-nos, por exemplo, à declaração de voto do Conselheiro PAULO MOTA PINTO, no Ac. do Tc. n.º 580/2004, de 28 de Setembro, www.tribunalconstitucional.pt.

⁶⁵ Sobre o assunto, GONÇALVES DA SILVA, “Pressupostos, Requisitos e Eficácia da Portaria de Extensão”, AAVV, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume I, coordenação de Romano Martínez, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 690 e ss, bem como, do mesmo Autor, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, pp. pp. 1163 e ss, especificamente sobre o princípio da igualdade.

enfraquecer o movimento sindical e restringir o direito de contratação colectiva⁶⁶, porquanto os outorgantes do instrumento convencional não poderão regular de forma diferente – por se tratar de uma norma imperativa de conteúdo fixo⁶⁷ – o regime da escolha da convenção aplicável, impondo que trabalhadores alheios ao esforço do associativismo não precisem de se filiar para usufruir do conteúdo convencional, sem que se identifique valor constitucional que o fundamente⁶⁸;

4) E não se argumente que o artigo 492.º, n.º 4, permite envolver o trabalhador na actividade sindical, pois o que este preceito faz, bem vistas as coisas, é admitir que o empregador intervenha num espaço que é de reserva da associação sindical, legitimando acordos que poderão colocar em causa a independência face aos empregadores (artigo 55.º, n.º 4, da CRP e 405.º, n.º 2)⁶⁹, além de poder colidir com o preceituado no

⁶⁶ PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, cit., p. 308, sustenta que o preceito “... não só contribui para desincentivar a filiação sindical, como constitui materialmente uma violação do princípio da liberdade sindical e, indirectamente, do princípio da autonomia colectiva”.

⁶⁷ De facto, consideramos que a convenção não poderá regular, sem a devida habilitação legal, o regime do artigo 497.º, desde logo, por estarem em causa terceiros, uma vez que, como vimos, a aplicação subjectiva da fonte convencional está sujeita ao princípio da filiação; aliás, o artigo 492.º, n.º 4, constitui uma situação excepcional ao prever que as partes da convenção poderão regular o pagamento de um não filiado.

⁶⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., 2007, p. 748, afirmam a este propósito: “Sendo a actividade sindical e a contratação colectiva suportada somente pelos trabalhadores sindicalizados, merece protecção constitucional o seu interesse em reservar para si as regalias que não sejam obrigatoriamente uniformes, sob pena de premiar o fenómeno do «free rider», ou seja, os trabalhadores que tiram proveito da acção colectiva, sem nela se envolverem e sem suportarem os respectivos encargos”.

⁶⁹ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., pp. 191 e ss, alertando, como acima referimos, para os perigos reais das “sugestões” dos empregadores aos trabalhadores para estes exercerem a opção de uma determinando convenção – também LOBO XAVIER, “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a «Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, cit., p. 97, nota 196, e p. 98, nota 198 - fala em riscos de uma pressão patronal - em detrimento de outra, premiando assim os sindicatos mais “flexíveis”. É certo que, por exemplo, em Espanha se admite (artigo 11.º, n.º 1, da LOLS) a possibilidade de a convenção conter cláusula em que os trabalhadores incluídos no âmbito de aplicação da convenção contribuam economicamente para os custos de negociação (*canon de negociación* ou *cuota de solidariedad por*

negociación), devendo, por um lado, a vontade individual do trabalhador ser respeitada e, por outro, expressar-se por escrito e no prazo que a convenção determinar. Importa ter presente que, como vimos, em Espanha a convenção colectiva tem, como vimos, eficácia *erga omnes*, o que torna a situação diferente. Diversa é a *cuota empresarial por gastos del convenio*, cabendo aos empregadores abrangidos pela convenção contribuir para os custos que os sindicatos tiveram com a negociação, atendendo ao número de trabalhadores que cada empregador tem e se encontra abrangido pela convenção; esta cláusula tem sido considerada ilícita pela jurisprudência espanhola. Sobre os dois tipos de cláusulas, cfr. ALFONSO MELLADO, BALLESTER PASTOR, BLASCO PELLICIER *et al.*, *Relaciones Laborales*, Director Sala Franco, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1040-1041.

Por outro lado, resta saber se não existe o risco de a norma “abrir a porta” ao financiamento (indirecto ou mesmo directo) dos sindicatos por parte dos empregadores, realidade que - apesar de se verificar noutros países, por exemplo, em França, JEAN-EMMANUEL RAY, “Sur le Financement des Syndicats”, *Droit Social*, 2008, n.º 2, pp. 139 e ss, que parece ser comum (p. 144) – constituiria uma transmutação do movimento sindical e consequentemente das relações colectivas, cujos efeitos seriam potencialmente nefastos, em especial face à ausência de reflexão sobre a matéria; este poderá ser um passo, por agora “envergonhado”, para o financiamento, o que o tempo nos dirá.

E, como bem sublinhou o Conselheiro SOUSA RIBEIRO, em declaração de voto: “Representando uma restrição legal à autonomia colectiva (na medida em que a convenção vai ter uma eficácia pessoal não resultante do âmbito do substrato pessoal do sindicato outorgante, eficácia nela não prevista e, o que é mais, insusceptível de ser por ela excluída) a solução não seria, só por isso, inconstitucional, dado que o n.º 4 do artigo 56.º comete à lei a tarefa de estabelecer as regras respeitantes, além do mais, à eficácia das normas convencionais.

Simplemente, no desempenho dessa tarefa, o legislador está condicionado pelo papel que, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, está institucionalmente atribuído às associações sindicais, em geral e muito particularmente enquanto titulares do direito à contratação colectiva.

Cabe à lei, nesse quadro, consagrar soluções que, sem ferirem a liberdade sindical negativa, promovam condições normativas de fortalecimento do associativismo sindical. Este depende, antes do mais, do maior envolvimento possível dos trabalhadores nas organizações representativas dos seus interesses laborais, o que, por sua vez, depende da atractividade que, a seus olhos, a filiação tenha.

Ora, a norma sub *judicio* funciona exactamente em sentido contrário, promovendo a desfiliação, em vez da filiação – como “uma norma de conteúdo (quando não de escopo) anti-sindical” a considera JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, 178. Do ponto de vista dos seus interesses, o trabalhador não tem qualquer incentivo a filiar-se, para assim poder beneficiar das melhorias da condição laboral conseguidas por via da negociação colectiva: “mais vale ao trabalhador não se filiar e esperar pelo resultado das negociações das várias associações sindicais para depois escolher a que mais lhe aprouver” (*ob. cit.*, 179).

A filiação faz o trabalhador, além do mais, correr o risco do êxito ou do malogro das

artigo 55.º, n.º 2, alínea b), da CRP⁷⁰, na medida em que produz um resultado semelhante à filiação – e, deste modo, torna esta menos atractiva – sem que o trabalhador realize a respectiva inscrição, ou seja, o trabalhador paga uma quota sem filiação⁷¹;

5) Há ainda um outro ponto importante: o objecto da escolha

negociações, com vista à convenção colectiva: se o sindicato em que estiver filiado não chegar a acordo com a parte patronal, a circunstância de estar filiado inibe-o de utilizar o poder potestativo de escolha que o artigo 497.º reserva aos não filiados em qualquer sindicato. Nessa medida, os trabalhadores filiados são pior tratados do que os não-filiados, o que é mais um desencorajamento à inscrição nas associações sindicais.

É certo que a norma do artigo 492.º, n.º 4, do CT, ao facultar à convenção colectiva «prever que o trabalhador, para efeito da escolha prevista no artigo 497.º pague um montante nela estabelecido às associações sindicais envolvidas, a título de comparticipação nos encargos da negociação», elimina um dos efeitos deletérios do associativismo sindical que esta solução traz, obstando ao resultado inequitativo de alguém poder obter vantagens de um acto, sem contribuir para os respectivos encargos.

Mas a salvaguarda dos aspectos patrimoniais atenua, mas não elimina, o enfraquecimento da organização sindical que esta solução coenvolve. Na verdade, uma presença forte dos sindicatos no tabuleiro da negociação colectiva depende, em primeira linha, da sua representatividade, que a norma em causa contribui para fazer decrescer».

Em suma, como escreve JEAN-EMMANUEL RAY, “Sur le Financement des Syndicats”, cit., p. 140, tendo presente o ordenamento francês, mas que também retrata a realidade nacional: “qual é hoje o interesse do *homo economicus* francês em sindicarse? Nenhum, a nenhum nível: efeitos *erga omnes* dos acordos de empresa, extensão rápida e sistemática das convenções de ramo que leva a uma taxa de cobertura das mais elevadas do mundo (98% dos trabalhadores em 2007), apesar de uma das mais baixas taxas de sindicalização (5% no sector privado). *That is the question*”, itálicos no original.

⁷⁰ LOBO XAVIER, com a colaboração de FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO, JOANA VASCONCELOS, GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, 3.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2018, p. 213, refere-se a questionável constitucionalidade do artigo 497.º face ao artigo 55.º, n.º 2, alínea b), da CRP. Veja-se também LOBO XAVIER, “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a «Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, cit., p. 101, onde alerta para a possibilidade de “... haver uma eficácia geral dirigida pelos empregadores: não são boas notícias para as associações sindicais (desestímulo à filiação e ao pluralismo, controlo patronal das opções, problemas quanto à liberdade sindical)”.

⁷¹ Diferentemente, JORGE LEITE e COUTINHO DE ALMEIDA, *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 418 (III), defendiam que a lei deveria impor uma taxa única aos trabalhadores que não sendo filiados usufruissem de uma convenção como forma de contribuir para os custos que a mesma acarreta.

do trabalhador pode ser uma decisão arbitral e, ao que parece, mesmo obrigatória (incluindo a necessária), o que coloca em causa uma dimensão acrescida da restrição à autonomia colectiva que a arbitragem não voluntária constitui e, portanto, uma desconformidade com o direito de contratação colectiva face à afectação desproporcional deste;

6) Em síntese, o que este regime faz é suprimir a necessidade de filiação, com a particularidade de o trabalhador não ter de suportar os custos (financeiros⁷² e pessoais) de fazer parte de uma associação sindical; deste modo, procede-se à descapitalização humana e material do associativismo sindical, ou seja, opta-se por uma solução “desestruturante dos nexos de representação sindical”⁷³ e das funções sindicais; e, por outro lado, incumpre-se o mandato constitucional que impõe ao legislador ordinário a função de garantir o direito de contratação colectiva, o que é substancialmente diferente de optar por uma regulação que potencia o seu esvaziamento⁷⁴;

7) Deve, no entanto, reconhecer-se que a redacção constante da Proposta de Lei n.º 136/XIII, limitando o exercício deste direito, atenua a intensidade das críticas ao mitigar a equiparação entre trabalhador filiado e não filiado em matéria de efeitos pessoais da convenção colectiva; estamos essencialmente a referir-nos ao prazo de 3 meses para realizar a escolha da convenção a contar da entrada em vigor da fonte ou do início da execução do contrato, sendo este posterior (artigo 497.º, n.º 2), bem como a possibilidade de exercer o direito de opção apenas uma vez, “... enquanto estiver ao serviço do mesmo empregador, ou de outro a que sejam aplicáveis as mesmas convenções colectivas ou decisões arbitrais” (artigo 497.º, n.º 5).

VI. O regime constante do artigo 497.º gera ainda um amplo

⁷² Cuja discrepância o artigo 492.º, n.º 4, tenta atenuar, mas a situação entre filiado e não filiado será sempre diferente.

⁷³ A expressão, noutro contexto, mas igualmente válida, é de MONTEIRO FERNANDES, “Notas sobre o Controlo de Constitucionalidade do Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, ano X, n.º 22, 2003, p. 244.

⁷⁴ Também no *Livro Branco das Relações Laborais*, cit., p. 119, se afirmou: “Compete à lei estabelecer o âmbito pessoal de eficácia das normas da convenção colectiva, sendo a solução que se baseia no princípio da filiação resultante de uma escolha do legislador que pode ser derogada pela atribuição à adesão individual do trabalhador do mesmo efeito vinculante que decorre do princípio da filiação”.

conjunto de dúvidas e inerentes dificuldades aplicativas⁷⁵ que não podem deixar de merecer reparo, especialmente quando o trabalhador, através de um acto unilateral, decide um conjunto de efeitos que se repercutem na esfera do empregador, causando na gestão deste acrescidas incertezas e impreviões⁷⁶.

§ 4.º APRECIACÃO NA ESPECIALIDADE

I. O preceito (artigo 497.º, n.º 1) tem na previsão os seguintes pressupostos (expressos):

- a) *Natureza da fonte*: aplicabilidade de uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais;
- b) *Âmbito de aplicação*: empresa;
- c) *Trabalhador*: não filiado em qualquer associação sindical.

O que dito de outro modo, significa afirmar que a titularidade do direito depende de dois elementos (subjectivos): 1) aplicabilidade no âmbito da empresa de uma ou mais convenções colectivas (ou decisões arbitrais); 2) o trabalhador não ser filiado em qualquer associação sindical.

Cabe agora proceder a uma análise destes elementos expressos, bem como de outros implícitos.

II. Iniciando a nossa análise pela *aplicabilidade no âmbito da empresa de uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais*, impõe-se determinar exactamente quais as fontes que

⁷⁵ Algumas delas apresentadas – e não obstante as substanciais diferenças, como acima referimos, no quadro do artigo 15.º na redacção constante do Decreto da Assembleia da República n.º 51/IX, que seria submetido ao Tribunal Constitucional e objecto de censura –, no processo legislativo do Código do Trabalho de 2003, por JORGE LEITE, “Código do Trabalho – Algumas Questões de (In)Constitucionalidade”, *Questões Laborais*, ano X, n.º 22, 2003, pp. 254 e ss.

⁷⁶ Não se diga que a situação é igual à que se verifica com a possibilidade de filiação posterior ao momento da outorga da convenção, pois, e desde logo, tendo mais uma possibilidade, aumenta a instabilidade na definição das condições de trabalho. Note-se, no entanto, que os trabalhadores que escolhem uma convenção aplicável não relevam, por exemplo, para efeitos do número de delegados sindicais (artigo 463.º).

o legislador elegeu como objecto da escolha do trabalhador.

A norma em apreço indica “convenções colectivas ou decisões arbitrais”.

Relativamente às convenções colectivas, consideramos que a mesma abrangerá qualquer das suas espécies (artigo 2.º, n.º 3). É certo que - no que respeita ao acordo de empresa apenas aplicável a um estabelecimento - face à referência do preceito à *aplicabilidade no âmbito da empresa de uma ou mais convenções colectivas (ou decisões arbitrais)* dir-se-ia que havendo um instrumento regulador de um estabelecimento, a previsão da norma não estaria preenchida.

Apesar de o preceito se referir à aplicação na empresa, não se identifica nenhum motivo com base, desde logo, na letra e no elemento teleológico da norma para afastar do seu âmbito a mesma possibilidade estando em causa o estabelecimento. Na verdade, havendo um ou mais acordos de empresas aplicáveis a um estabelecimento (artigo 2.º, n.º 3, alínea c), *in fine*), entendemos que o pressuposto legal está igualmente verificado, assim apontando, aliás, a letra da norma (“no âmbito de uma empresa”), bem como a sua *ratio*, ou seja, permitir que os não filiados usufruam dos regimes convencionais (ou decisão arbitral) aplicáveis à empresa.

Não poderá, no entanto, um trabalhador optar por um instrumento convencional apenas aplicável a um estabelecimento no qual não realiza a sua actividade, pois tal aplicação não se verificaria mesmo com a filiação⁷⁷.

III. Quanto às decisões arbitrais, temos de ter presente que a expressão inclui instrumentos de diferente natureza, abrangendo negociais (decisão em arbitragem voluntária, artigo 2.º, n.º 2, *in fine*) e não negociais (decisões em arbitragem obrigatória e necessária, artigo 2.º, n.º 4, *in fine*).

⁷⁷ Neste sentido, escreve JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., p. 180, “... parece estranho admitir que trabalhadores de outros estabelecimentos da mesma empresa possam optar pela aplicação do referido acordo”.

Dir-se-á que a questão é facilmente resolúvel, pois determina o Código do Trabalho que “a decisão arbitral produz os efeitos da convenção colectiva” (artigo 505.º, n.º 3) e com base neste preceito seria indiferente estarmos ou não perante um instrumento convencional atenta a identidade de efeitos.

Não obstante existirem diferenças entre ser destinatário de uma convenção colectiva em virtude da filiação na associação outorgante ou sê-lo no decurso de uma decisão arbitral (obrigatória e necessária) – desde logo pela presença ou ausência da autonomia colectiva na elaboração da fonte –, o legislador ao identificar o objecto da escolha do trabalhador referiu-se ao género (decisão arbitral) e não a nenhuma das suas espécies em particular, o que parece revelar que teve a intenção de abranger todas; por outro lado, para realizarmos uma interpretação restritiva teríamos de ter uma justificação plausível para diminuir o âmbito de aplicação da norma e no caso concreto tal não se verifica, uma vez que as disfunções existentes em matéria de autonomia colectiva decorrem autonomamente da existência dos dois regimes (decisão arbitral obrigatória e necessária, bem como escolha da convenção aplicável) e não pelo facto do objecto da opção do trabalhador incidir sobre um instrumento heterónimo, embora possa torná-las ainda mais patentes.

IV. Relativamente aos instrumentos atrás identificados, consideramos ser pressuposto da norma estarmos perante fontes vigentes⁷⁸. Na realidade, para que o trabalhador possa escolher o instrumento aplicável é naturalmente necessário que se tenha

⁷⁸ O próprio *Acordo Tripartido para um Novo Sistema de Regulação das Relações Laborais, das Políticas de Emprego e da Protecção Social em Portugal*, cit., p. 10, refere “convenções colectivas em vigor”. LOBO XAVIER, “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a «Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, cit., p. 97, nota 196, advoga que deve estar em causa uma convenção “... plenamente *vigente*, nos termos da própria força e eficácia temporal que lhes é concedida pelas partes e não meramente *sobrevigente*”, para depois, no entanto, admitir que “ou pelo menos deveria ser o princípio” (italico no original).

verificado a sua entrada em vigor e inexistia a sua cessação. Entendemos, por isso, que a publicação não é suficiente, na medida em que esta é apenas um pressuposto da entrada em vigor, e só a partir desta última o instrumento está apto a produzir efeitos. Logo, é com a entrada em vigor da fonte aplicável que se completa o seu ciclo de produção - podendo, aliás, acontecer que aquela nunca chegue a produzir efeitos, facto que deve relevar⁷⁹ -, tornando-se então a mesma objecto de escolha.

Dito de outro modo: só é possível ocorrer a escolha do instrumento aplicável e consequentemente os seus efeitos, se estes existirem, pois caso contrário não há objecto para exercer a respectiva opção. Assim, consideramos que a escolha referida no artigo em análise deve incidir sobre um instrumento publicado e em vigor, como aliás se pretende com a expressão “caso sejam aplicáveis” constante do preceito (artigo 497.º, n.º 1)⁸⁰.

V. Face à letra da norma, pode dizer-se que basta uma das fontes previstas no artigo 497.º, n.º 1 ser fontes aplicáveis à empresa para estar preenchido o primeiro pressuposto, mas daqui decorre, desde logo, uma dúvida: a aplicabilidade tem de ser efectiva ou pode ser meramente potencial⁸¹.

Em nossa opinião não decorre da norma que a convenção tenha de estar a ser efectivamente aplicada na empresa⁸². Na verdade, não só assim aponta a letra do preceito (“caso sejam aplicáveis” e não “caso sejam aplicadas”)⁸³, como o facto de a

⁷⁹ Por exemplo, se for objecto de revogação antes da sua entrada em vigor.

⁸⁰ Neste sentido, e recorrendo ao lugar paralelo da portaria de extensão, com indicações doutrinárias, GONÇALVES DA SILVA, *A Portaria de Extensão: Contributo para o seu Estudo*, cit., pp. 232-233, no quadro da LRCT; a exigência de se tratar de uma fonte em vigor consta do artigo 514.º.

⁸¹ Por exemplo, a convenção não é aplicável à empresa em virtude de o empregador não ter nenhum trabalhador filiado na associação outorgante. O artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 99/2003 utilizava a expressão “... susceptíveis de serem abrangidos pelo âmbito sectorial ou profissional de aplicação do instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial ...”.

⁸² Como, aliás, também acontece com a portaria de extensão (artigo 514.º, n.º 1).

⁸³ Além de, como acima referimos, o *Acordo Tripartido para um Novo Sistema de Regulação das Relações Laborais, das Políticas de Emprego e da Protecção Social*

norma dispensar da parte do trabalhador a filiação, uma vez que estando o empregador potencialmente abrangido, caso houvesse filiação daquele, a fonte regularia as condições de trabalho; é certo que um outro objectivo do mecanismo, a padronização do regime laboral, poderá não ser plenamente atingido, mas também não o será sempre que houver uma diminuta taxa de filiação relativamente ao instrumento em causa ou se tratar de fonte outorgada por uma associação minoritária⁸⁴ e consequente reduzida aplicação do instrumento convencional na empresa, não se justificando restringir a norma e exigir a efectiva aplicação. Nestes termos, o trabalhador não fica “refém” de eventuais filiados na associação abrangida pela convenção ou da opção por parte de outros subordinados⁸⁵.

Tendo presente que sustentamos que basta a aplicação potencial, decorre então do exposto que a escolha do trabalhador não produzirá efeitos se estiver em causa uma convenção colectiva cuja vigência tiver sido suspensa (artigo 502.º, n.º 2), devendo, neste caso, aguardar pelo fim da suspensão para que a sua decisão produza efeitos; por outro lado, se o trabalhador optou

em Portugal, cit., p. 10, afirmar “convenções colectivas em vigor”.

⁸⁴ Como escreve LOBO XAVIER, com a colaboração FURTADO MARTINS, NUNES DE CARVALHO, JOANA VASCONCELOS e GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 265, “... não se exige que a CCT à qual se adere seja a convenção dominante na empresa ou sequer acordado por um sindicato representativo”.

⁸⁵ Também LOBO XAVIER, “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a «Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, cit., p. 97, sustenta que o Código não exige que se aplique na prática à empresa. Contra, JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 9, referindo-se a uma situação de um contrato colectivo celebrado por uma associação de empregadores, integrada pelo empregador em causa, mas inexistindo na empresa filiados nos sindicatos outorgantes, reconhecendo, no entanto, que “... a solução não é inteiramente clara porquanto o preceito se refere a convenções coletivas ou decisões arbitrais «aplicáveis» e não propriamente «aplicadas»”. Em texto mais recente, JÚLIO GOMES, “Algumas Questões sobre o Âmbito Pessoal de Aplicação da Convenção Coletiva à Luz do Código do Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVII (XXX da 2.ª série), 2016, n.ºs 1-4, pp. 59-60, parece admitir que basta ser aplicável.

por uma convenção que foi posteriormente objecto de suspensão de vigência, esta modificação abrangerá também o trabalhador em causa, impedindo-se assim que este seja destinatário de uma fonte que não é aplicável na empresa e da qual os restantes trabalhadores estão privados por vontade dos outorgantes.

Diversa deve ser a resposta se existir uma situação de concorrência de fontes, aplicando-se, em virtude do princípio da especialidade (artigo 482.º, n.º 1, alíneas a) e b)), o instrumento mais restrito. Ou seja: havendo duas ou mais fontes aplicáveis à mesma situação jurídica – por exemplo, contrato colectivo e acordo de empresa, e se este for o aplicável, consideramos que o trabalhador não pode optar pelo contrato colectivo, uma vez que – apesar de ambos serem potencialmente aplicáveis, apenas não se aplicando este em virtude do critério da especialidade – tal significaria esvaziar, desde logo, a vinculatividade imposta pelo Código do Trabalho à deliberação dos trabalhadores (artigo 482.º, n.ºs 2 e 4)⁸⁶.

VI. Como acima referimos, a norma constitui uma excepção à filiação do trabalhador (elemento pessoal e temporal), mas não deixa de exigir a verificação dos restantes elementos, desde logo, a filiação em entidade celebrante ou outorga directa do empregador, pelo que se este não estiver abrangido pela fonte convencional, o trabalhador não poderá realizar a escolha legalmente prevista. Com efeito, atendendo, desde logo, ao elemento literal deste pressuposto (serem “aplicáveis, no âmbito de uma

⁸⁶ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 9, sustentando que “... só se deve considerar em rigor aplicável na empresa, o acordo de empresa, não podendo, pois, o trabalhador não filiado pretender escolher o contrato colectivo, em vez do acordo de empresa”. E acrescenta ainda o Professor, *ibidem*: também no caso de existir uma cláusula de articulação (artigo 482.º, n.º 5, alínea b)), em que o acordo de empresa regula a maioria das matérias, mas o contrato colectivo regula outras matérias, por exemplo, a organização do tempo de trabalho, “nesta situação afigura-se-nos que o trabalhador não filiado não pode pretender escolher um arranjo ou combinação diferente daquela que é aplicável ao trabalhador filiado por força das regras do artigo 482.º relativamente ao trabalhador filiado”, uma vez que, complementa (nota 11), “o artigo 497.º não terá pretendido tão pouco afastar ou revogar o artigo 482.º, n.º 2”.

empresa,”) significa dizer que o legislador não permite que o trabalhador possa optar por um instrumento sem qualquer conexão - desde logo pessoal e geográfica - com a sua situação⁸⁷, uma vez que a convenção não é sequer susceptível de aplicação na empresa. Por outro lado, esta posição decorre ainda do facto de estarmos perante uma excepção ao princípio da filiação relativamente ao trabalhador, como inequivocamente o revela a letra do preceito e a sua inserção sistemática; o que significa então que o trabalhador poderá naturalmente apenas realizar a escolha se estivermos perante um instrumento outorgado por um sujeito no qual ele se poderia filiar de acordo com os parâmetros legais⁸⁸ (artigo 444.º, n.º 1)⁸⁹ e, sendo filiado, lhe seria aplicável, por estarem preenchidos os demais pressupostos.

Deste modo, apesar de o legislador não o dizer expressamente, o trabalhador só pode realizar a escolha de uma convenção (ou decisão arbitral) aplicável, desde que verificados os demais pressupostos aplicativos (empregador abrangido e inserção funcional e espacial do trabalhador no âmbito da fonte escolhida)⁹⁰.

VII. O legislador considera suficiente a aplicabilidade de uma ou mais convenções (ou decisões arbitrais) no âmbito da empresa, ou seja, o objecto da escolha tem de ser uma fonte vigente,

⁸⁷ Ou seja: num hospital, poderíamos ter um médico a optar por uma convenção celebrada pelos sindicatos dos enfermeiros ou, mais caricato, os trabalhadores administrativos a escolher a dos médicos.

⁸⁸ Dizemos de acordo com os parâmetros legais, pois o que aqui está em causa não é saber se em concreto a associação sindical tinha ou não restrições quanto à inscrição – porventura ilegais -, mas se em abstracto face à categoria que o sujeito colectivo representa, o trabalhador se poderia inscrever.

⁸⁹ Esta parte final visa deixar claro que mesmo que o sindicato o pudesse representar, se a outorga da convenção (ou a decisão arbitral) tem como destinatários apenas uma parte dos trabalhadores inseridos na categoria em causa e se o trabalhador não se subsume nela, então não poderá escolher aquela fonte; por exemplo, o sindicato dos médicos celebra um acordo de empresa apenas para a especialidade de pediatras e o trabalhador é psiquiatra, naturalmente que não pode optar por ele.

⁹⁰ Refira-se que a Proposta de Lei n.º 136/XII, cit., acrescenta no final do n.º 1 do artigo 497.º “... desde que o mesmo se integre no âmbito do setor de atividade, profissional e geográfico do instrumento escolhido”.

como referimos, não determinando qualquer critério, razão pela qual o trabalhador poderá escolher um instrumento mais antigo ou mais recente, bem como o que se aplique à maioria ou a um número diminuto de trabalhadores. De facto, no caso de haver duas ou mais fontes aplicáveis, o Código do Trabalho permite que a escolha do trabalhador seja discricionária, ou seja, poderá optar pela fonte que tem maior⁹¹ ou menor número de destinatários – ou mesmo nenhum, como referimos -, assim indicando a letra do preceito – ao não impor qualquer requisito relativamente ao exercício do direito – bem como a *ratio* da norma.

A sua opção é, portanto, nesta parte, incondicionada, não carecendo de qualquer fundamentação.

VIII. Coloca-se ainda a questão de saber se o trabalhador poderá escolher uma convenção que foi objecto de portaria de extensão, i.e., se o conteúdo do instrumento em causa for aplicável na empresa aos não filiados por via do instrumento não negocial (artigo 514.º, n.º 1).

O trabalhador pode ter interesse em fazer essa opção, pois é substancialmente diferente ser destinatário de uma convenção colectiva (ou decisão arbitral) através de um acto unilateral ou do conteúdo desta fonte mediante portaria de extensão; basta recordar que a extensão pode ser total ou parcial (artigo 514.º, n.º 1), bem como os diferentes regimes a que estão sujeitas as duas figuras (por exemplo, o espaço de intervenção de uma convenção colectiva não é coincidente com o da portaria), conforme decorre da diversa natureza dos dois instrumentos (negocial e não negocial, artigo 2.º)⁹².

⁹¹ Mesmo que exista na empresa uma convenção colectiva que tenha sido objecto de portaria de extensão e outra que não, a possibilidade de escolha mantém-se, pois, como bem nota JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., p. 180, nota 25, não existe nenhuma razão “... para que um trabalhador que tem em princípio a liberdade para optar entre vários resultados negociais visse essa liberdade cerceada por uma intervenção administrativa pretensamente no seu interesse”.

⁹² Para mais desenvolvimentos sobre a natureza da portaria de extensão, GONÇALVES DA SILVA, *A Portaria de Extensão: Contributo para o seu Estudo*,

Na situação em que um trabalhador é destinatário do conteúdo convencional através de portaria de extensão, importa sublinhar que a convenção não é, em bom rigor, aplicada na empresa⁹³, pois aplicado é o conteúdo da convenção da qual a portaria se “apropriou”; dir-se-á que a diferença é meramente formal e sem relevância, mas tal apreciação não é exacta, uma vez que ignora que a fonte dos direitos e obrigações que regulam a situação jurídica laboral é a portaria de extensão e não a convenção colectiva, pois, por exemplo, se o empregador incumprir o conteúdo a que está vinculado, não há violação da convenção, mas sim da portaria de extensão; aqui não há autonomia colectiva.

Poderá ainda pensar-se que o assunto não tem relevância, devido ao facto de termos defendido que basta a mera aplicabilidade da convenção. No entanto, tal raciocínio não é preciso, porquanto não é suficiente a existência de uma portaria de extensão para garantir a aplicabilidade do conteúdo da fonte convencional e, portanto, a escolha do trabalhador.

Para maior clareza expositiva, cabe trazer à colação que a convenção colectiva (ou decisão arbitral) em vigor pode ser aplicada – na terminologia legal – a empregadores e a trabalhadores integrados no âmbito do sector de actividade e profissional definido naquele instrumento (artigo 514.º, n.º 1). Decorre deste preceito que o legislador manteve a possibilidade de a Administração laboral recorrer quer a extensão interna⁹⁴, quer a extensão

cit., pp. 352 e ss.

⁹³ Não obstante a letra do artigo 514.º, n.º 1. Diversamente, PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, cit., p. 303, defende: “... uma vez que as convenções colectivas de trabalho podem ser «aplicáveis» a partir de portarias de extensão, o âmbito de escolha do trabalhador é, na verdade, mais amplo”.

⁹⁴ Aplicável a empregadores do mesmo sector de actividade e a trabalhadores da mesma profissão, exercendo a sua actividade na área geográfica e no âmbito sectorial e profissional fixados nos instrumentos a estender.

externa^{95/96}. Estando então em causa uma extensão externa e tendo presente o que acima referimos sobre o facto de o mecanismo da escolha da convenção aplicável substituir apenas o elemento pessoal da filiação relativamente ao trabalhador, resulta claro que a não coincidência do elemento geográfico na extensão externa com a fonte convencional impede o recurso ao artigo 497.º. E, por isso, reiterando mais uma vez que o pressuposto legal é a susceptibilidade de aplicação da convenção, não basta a existência de extensão, pois como vimos, no caso do alargamento externo, o pressuposto geográfico da aplicação da convenção não está verificado, ou seja, o trabalhador não poderia ser destinatário daquela convenção, mesmo que se tivesse filiado.

Verificado este elemento (extensão interna), e desde que o empregador esteja abrangido pela fonte colectiva, o trabalhador poderá exercer o direito de escolha da convenção (ou decisão arbitral) aplicável, deixando de ser destinatário, caso isso ocorresse antes da sua opção, do instrumento administrativo, assim o impondo a similitude de efeitos pretendida pelo legislador entre a escolha e o princípio da filiação⁹⁷; o que justifica

⁹⁵ Aplicável a empregadores e a trabalhadores do mesmo âmbito sectorial e profissional, exercendo a sua actividade em área geográfica diversa daquela em que os instrumentos a estender se aplicam. Note-se que o preceito (artigo 514.º, n.º 1) omite o âmbito espacial, exactamente para abranger também a extensão externa.

As extensões internas e externas estavam antes previstas, de forma expressa, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 575.º do CT2003, respectivamente. Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., 2017, pp. 1105-1106.

⁹⁶ Note-se que após a revisão de 2009, deixou de ser condição de admissibilidade de emissão da portaria de extensão (externa) a inexistência de associações sindicais ou de empregadores (artigos 575.º, n.º 2, do Código do Trabalho de 2003 vs 514.º, n.º 1)

⁹⁷ JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 10, defende que a opção do trabalhador deve prevalecer relativamente à aplicação da portaria de extensão, escrevendo: “ainda que se trata aqui do exercício pelo trabalhador não filiado de uma autonomia individual, julgamos que este acto de autonomia deverá prevalecer sobre a heteronomia da portaria de extensão, mesmo que tal possa

igualmente que também não seja destinatário de portaria posterior à sua opção.

Admitimos, no entanto, uma restrição a esta opção da convenção aplicável quando o trabalhador for destinatário de uma portaria de extensão, cuja escolha ocorreu nos termos do artigo 482.º, n.º 2. Com efeito, se houver concorrência de portarias de extensão, o legislador remete a solução para os n.ºs 2 a 4 do artigo 482.º (artigo 483.º, n.º 2). Significa isto, portanto, que compete aos trabalhadores da empresa, em relação aos quais se verifica a concorrência, escolherem (deliberação), por maioria, no prazo de 30 dias, a contar da entrada em vigor do instrumento de publicação mais recente, o instrumento aplicável⁹⁸.

Ora, tendo presente que esta deliberação é irrevogável até ao termo de vigência do instrumento escolhido (artigo 482.º, n.º 4), seguramente em nome da previsibilidade aplicativa da fonte face aos efeitos que causará na gestão empresarial, consideramos que o trabalhador não poderá recorrer ao artigo 497.º, uma vez que tal faculdade constituiria uma afectação do conteúdo útil da norma, permitindo que a vinculatividade legalmente imposta fosse esvaziada.

IX. Registe-se que o artigo em análise é claro quanto ao objecto da escolha: uma convenção (ou decisão arbitral) aplicável à empresa, o que quer dizer que o trabalhador não pode optar pela aplicação parcial da convenção⁹⁹. Esta posição justifica-se, pois a escolha pela aplicação parcial do conteúdo convencional,

pôr em causa a teleologia das portarias de extensão, já à partida muito duvidosa”. Também PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, cit., pp. 304-305, sustenta uma prevalência da escolha do trabalhador face à portaria de extensão.

⁹⁸ Esta escolha deve ser comunicada ao empregador e ao serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral, devendo ter-se presente que estamos perante uma declaração receptícia (artigo 482.º, n.º 2, *in fine*).

⁹⁹ Neste sentido, LOBO XAVIER, “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a «Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, cit., p. 96, nota 195.

além de colidir com a razão de ser da norma, colocaria em causa a unidade do instrumento convencional resultante de um equilíbrio alcançado pelos outorgantes; o trabalhador é livre de optar pela aplicação da fonte convencional, mas não tem liberdade para estipular os efeitos do conteúdo da convenção na sua esfera jurídica, havendo, portanto, liberdade de celebração, mas não de estipulação no acto de opção (acto jurídico em sentido estrito).

Por outro lado, o legislador considerou que, apesar de nesta opção estar em causa a autonomia individual, o facto de o conteúdo resultar da autonomia colectiva dispensa a aplicação do artigo 3.º, n.º 4¹⁰⁰, estando o trabalhador, neste ponto, em condições materiais idênticas à do filiado; a intervenção da associação sindical assegura a igualdade negocial, podendo, nestes termos, o trabalhador optar, através de um acto individual, por um regime sem o crivo daquele preceito¹⁰¹ e, portanto, excluindo também a aplicação do quadro das cláusulas contratuais gerais previsto no artigo 105.º¹⁰².

Em suma, o que aqui está em causa é, como acima referimos, um acto (parcialmente) substitutivo da filiação para efeitos aplicativos da fonte convencional, com a particularidade de o trabalhador não ter de suportar os custos (financeiros e pessoais) de fazer parte de uma associação sindical.

X. Determina o segundo pressuposto que o *trabalhador não pode ser filiado em qualquer associação sindical*¹⁰³. Não

¹⁰⁰ Parece ser também esta a posição de LOBO XAVIER, “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a «Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, cit., p. 98.

¹⁰¹ Sobre a aplicação do artigo 476.º, cfr. GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, pp. 809 e ss.

¹⁰² No sentido da exclusão do regime das cláusulas contratuais gerais, JÚLIO GOMES, “A Contratação Coletiva *In Peius* e a Representatividade Sindical”, AAVV, *Crise Económica: Fim ou Refundação do Direito do Trabalho? - Actas do Congresso Mediterrânico de Direito do Trabalho*, «Estudos APODIT 1», coordenação de Palma Ramalho, AAFDL, 2016, p. 109.

¹⁰³ Acompanhamos JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 8, quando sustenta que o empregador poderá exigir ao

obstante a letra do preceito, importa apurar se o legislador não terá dito mais do que efectivamente pretendia.

A ideia central do legislador é impedir que o trabalhador possa optar por uma convenção (ou decisão arbitral) encontrando-se inscrito numa associação, independentemente de esta ter ou não outorgado algum instrumento. Ou seja: o facto de o trabalhador se ter inscrito num sindicato (artigo 444.º, n.º 1) é impeditivo do exercício do direito aqui previsto, desde logo, por a sua admissibilidade poder colidir com a disciplina estatutária; numa frase: o trabalhador filiado deve estar sujeito ao quadro normativo da sua associação, devendo esta decidir, em cada momento, qual a melhor opção relativamente à fonte convencional, incluindo naturalmente a recusa de celebração. Esta posição é compreensível, uma vez que o legislador quis impedir que o exercício deste direito tivesse (ainda mais) reflexos na organização sindical, o que aconteceria, por exemplo, se a associação tivesse recusado a outorga do instrumento e posteriormente os seus filiados optassem pela sua aplicação.

XI. Acontece, no entanto, que o trabalhador pode exercer mais do que uma actividade para o mesmo empregador e apenas estar inscrito numa associação sindical relativamente a uma delas, ao abrigo da liberdade de inscrição (artigo 444.º, n.º 5); e, nesta situação, o trabalhador estaria inscrito relativamente a uma profissão ou actividade, mas não quanto à segunda que exercia também para o empregador.

A letra do preceito impede que o trabalhador seja titular do direito de opção sendo filiado em qualquer sindicato (“não seja filiado em qualquer associação sindical”), mas não parece que o intuito do legislador tenha sido tão amplo como resulta imediatamente do elemento literal. Na verdade, o que o legislador pretende é impedir que o trabalhador exerça o direito de

trabalhador uma declaração de honra no sentido de que este não está filiado quando exerce o direito previsto no artigo 497.º, bem como que haverá uma infracção disciplinar no caso de prestar falsas declarações, tendo aquele direito à verdade sobre tal filiação.

opção respeitante a uma convenção que se subsuma na área de representação (profissional) da associação sindical em que está filiado, mas não relativamente a um instrumento em que o trabalhador, tendo uma dupla profissão, se tenha absterido de inscrever numa delas.

Interpretação diversa da sufragada, teria como consequência a discriminação do trabalhador que exerça mais do que uma profissão, uma vez que a sua filiação a título de uma delas, impossibilitaria que usufruísse do regime convencional, excluindo-o do direito de opção, sem qualquer fundamento. É, por isso, que entendemos que a norma em análise deve ser objecto de uma interpretação restritiva de modo a que o seu conteúdo não impeça o trabalhador de poder, nos casos em que exerce mais do que uma profissão, estando filiado numa associação quanto a uma delas, ser titular do direito de opção relativamente à actividade em que não está filiado, tal como poderia obter este resultado através da filiação (artigo 444.º, n.º 1).

No caso de dupla profissão para o mesmo empregador e eventualmente podendo a filiação num sindicato e a escolha de convenção aplicável gerar concorrência de fontes – o que nos parece difícil –, esta dever-se-ia dirimir nos termos das regras constantes do Código (artigo 481.º e ss).

Note-se, no entanto, que a aplicação das regras de concorrência pode naturalmente impedir a aplicação da fonte outorgada por associação em que o trabalhador está filiado, o que levaria a que através do mecanismo da escolha da convenção aplicável os efeitos da filiação fossem afastados em detrimento de uma fonte celebrada por entidade na qual o trabalhador não está inscrito.

Esta situação não nos parece juridicamente sustentável por colidir com vectores estruturantes do quadro legal, nomeadamente as regras de filiação, para mais quando o legislador impõe a não filiação do trabalhador (artigo 497.º, n.º 1).

Não vendo motivo para afastar a interpretação restritiva

do preceito acima defendida, importa, no entanto, fixar um limite: a escolha da convenção aplicável não poderá gerar a inaplicação do instrumento outorgado por entidade na qual o trabalhador está (directa ou indirectamente) filiado; limite este que estará, aliás, subjacente no espírito da norma ao impedir a filiação.

E, nestes termos, assegura-se o respeito das regras de filiação, cumpre-se a proibição legal (ausência de inscrição), não se impedindo, sem fundamento, que no caso de dupla actividade o trabalhador seja afectado na sua liberdade sindical (positiva).

XII. É ainda importante deixar claro que o trabalhador não poderá exercer este direito de opção se ainda, apesar de já não estar filiado (artigo artigo 444.º, n.º 6), se encontrar vinculado a um instrumento convencional (artigo 496.º, n.º 4)¹⁰⁴, porquanto tal situação constituiria uma forma de, através do mecanismo da escolha da convenção aplicável (artigo 497.º), desrespeitar os efeitos da desfiliação e, com isso, permitir a afectação dos objectivos da norma. Seria, aliás, incongruente que o legislador conferisse maior protecção ao trabalhador que opta por uma convenção aplicável, isentando-o do período de pós-eficácia da filiação, do que ao trabalhador que após a desfiliação se filia em novo sindicato; a liberdade sindical negativa e a tutela do direito de contratação colectiva não consentiriam tal diferenciação.

Inversamente, o trabalhador não filiado poderá exercer o direito de opção se o empregador ou a respectiva associação se tiver desfiliado do outorgante de uma convenção colectiva e, portanto, continuar vinculada nos termos legalmente previstos (artigo 496.º, n.º 4)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “Algumas Questões sobre o Âmbito Pessoal de Aplicação da Convenção Coletiva à Luz do Código do Trabalho”, cit., pp. 53-54; e do mesmo Autor, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., p. 180, bem como, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 10, ainda que com algumas reservas neste texto.

¹⁰⁵ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “Algumas Questões sobre o Âmbito Pessoal de Aplicação da Convenção Coletiva à Luz do Código do Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVII (XXX da 2.ª série), 2016, n.ºs 1-4, p. 50.

XIII. Centrando agora a nossa atenção no momento do exercício do direito do trabalhador, comecemos por sublinhar que o Código não indica qualquer prazo para que o titular possa realizar a sua opção, seja inicial (a partir de quando) ou final (até que momento).

Relativamente ao prazo *a quo*, o trabalhador pode escolher a convenção aplicável a partir da data da sua entrada em vigor, ou seja, desde que esteja vigente (“aplicáveis, no âmbito de uma empresa”), não relevando qualquer outro elemento temporal¹⁰⁶.

XIV. Quanto ao prazo final, a situação apresenta, face à ausência de indicação legal, um grau de complexidade que exige explicitações acrescidas.

Começando por saber se o trabalhador pode exercer o direito de escolha em qualquer momento, entendemos que não cabe destringir se a fonte se encontra em regime de vigência (em sentido estrito ou mesmo incluindo a renovação) ou sobrevivência¹⁰⁷, assim depondo os seguintes argumentos:

1) Por um lado, tendo presente que a renovação e a sobrevivência não têm efectivos limites (artigos 499.º, n.ºs 1 e 2, e 501.º, n.ºs 3 e 4), consideramos que poderá estar em causa um período demasiado longo para, sem base legal mínima que o sustente, impedir o exercício do direito legalmente concedido ao trabalhador;

2) Por outro, tratando-se de uma restrição a um direito, uma vez que o regime legal não exclui essa situação, importaria ter base legal mínima ou um bem jurídico invocável que

¹⁰⁶ A Proposta de Lei n.º 136/XIII, cit., prevê, como referimos, alguns limites temporais: a) o trabalhador só pode realizar a escolha no prazo de três meses a contar da entrada em vigor da fonte colectiva ou do início da execução do contrato de trabalho, se este momento for posterior (artigo 497.º, n.º 2)); b) por outro lado, o trabalhador só pode exercer o direito de opção uma vez ao serviço do mesmo empregador ou de outro a quem sejam aplicáveis os mesmos instrumentos (artigo 497.º, n.º 5).

¹⁰⁷ Para uma análise dos diferentes conceitos, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, pp. 940 e ss.

no caso em apreço não se identifica¹⁰⁸.

XV. Diversamente, consideramos estar, desde logo, excluída a possibilidade de o trabalhador exercer o seu direito de opção na situação em que o instrumento convencional, *rectius*, parte do instrumento continua a produzir efeitos por força da lei, encontrando-se, no entanto, a convenção colectiva caducada (artigo 501.º, n.º 6, 2.ª parte)¹⁰⁹. Em bom rigor já não estamos perante uma fonte convencional vigente nem aplicável (pressuposto do artigo 497.º, n.º 1), mas face a uma aplicação, por determinação legal, de parte do conteúdo de uma convenção que entretanto caducou; por outro, a própria eficácia pós-legal tem um pressuposto (efeitos “já produzidos pela convenção nos contratos de trabalho”, artigo 501.º, n.º 6) que está igualmente ausente, o que impossibilita, portanto, a opção do trabalhador; e, assim, face à ausência, desde logo, destes dois pressupostos, surge clara a impossibilidade de opção do trabalhador.

Idêntica solução deve ser sustentada, mesmo estando em causa a pós-eficácia acordada pelas partes (nos termos do artigo 492.º, n.º 2, alínea h))¹¹⁰ ou do artigo 501.º, n.ºs 7 e 8), uma vez que o objecto de tal acordo está bem delimitado - naturalmente sem prejuízo de ser outorgada uma fonte de cariz diverso – relevando “a manutenção de alguns efeitos da convenção, mesmo

¹⁰⁸ JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., pp. 190-191, considera duvidoso que o não filiado possa exercer o seu direito de opção durante a fase de sobrevivência (legal). Devemos, no entanto, sublinhar que não se considera um óbice inultrapassável o facto de o Código afirmar que a escolha da convenção se mantém “até ao final da sua vigência”, pelo facto de entendermos que esta foi uma das situações em que o termo vigência foi utilizado em sentido amplo, ou seja, incluindo vigência e sobrevivência. Em texto posterior o Professor, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit. p. 11, já defende que o trabalhador não filiado pode escolher uma convenção denunciada, mas em regime de sobrevivência, afirmando que “... uma convenção em regime de sobrevivência é ainda uma convenção aplicável e vinculante no âmbito da empresa”.

¹⁰⁹ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., p. 182; e, em texto posterior, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., pp. 11-12.

¹¹⁰ Note-se, aliás, que a norma expressamente identifica os sujeitos abrangidos ao referir-se “aos trabalhadores abrangidos por aquela [i.e., convenção caducada]”.

após a morte desta, para atenuar as consequências desta morte”¹¹¹, o que justifica a exclusão de o trabalhador optar por estes efeitos.

XVI. Na mesma linha expositiva, consideramos que o trabalhador não pode escolher o instrumento resultante das negociações entre os outorgantes com vista a determinar os efeitos decorrentes da caducidade (artigo 501.º, n.ºs 5 e 6, 1.ª parte). Na verdade, o acordo constituirá uma convenção colectiva substitutiva dos efeitos legais (artigo 501.º, n.º 9) e que pressupõe a anterior produção de efeitos da fonte convencional, constituindo um impedimento natural que o trabalhador possa escolher uma fonte que tem um pressuposto que não preenche.

Esta convenção, no entanto, pode ter um objecto mais amplo do que os efeitos decorrentes da caducidade – ou até mesmo constituir uma regulação integral das condições de trabalho – e, neste caso, não existe razão para restringir a liberdade de escolha que o legislador conferiu ao trabalhador.

XVII. Em termos procedimentais é ainda importante apurar o círculo dos destinatários da declaração de opção¹¹², considerando inequívoco que o empregador se inclui no âmbito deles, sem o conhecimento do qual não se produzirão os efeitos decorrentes da escolha realizada pelo trabalhador, estando, portanto, em causa uma declaração recipienda; igualmente relevante é o dever de o trabalhador comunicar à associação sindical para efeitos do artigo 492.º, n.º 4¹¹³ - que tem um amplo espaço de

¹¹¹ JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 12.

¹¹² A lei não determina a comunicação a quaisquer entidades públicas, pelo que não existe nenhum dever de a realizar.

¹¹³ JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 8, nota 9, coloca a questão, reconhecendo que será comum o trabalhador comunicar à associação sindical, “... se o empregador não poderá retransmitir a declaração que lhe foi directamente feita aos sindicatos outorgantes”. Não identificamos nenhum impedimento que os outorgantes da convenção tenham estabelecido que o empregador fica vinculado a informar a associação sindical da escolha realizada pelo empregador.

regulação^{114/115} -, mas rejeitamos que essa omissão afecte a validade, uma vez que não está em causa “... um vício interno, que ocorre no momento da celebração do negócio”¹¹⁶; o mesmo se dirá do não pagamento do valor fixado pelos outorgantes. Na verdade, julgamos que não estamos face a um vício na génese do negócio em causa¹¹⁷, na esteira do que é comum verificar-se no quadro legal dos demais actos jurídicos¹¹⁸; trata-se antes de

¹¹⁴ O Código do Trabalho não determina, deixando a cargo dos outorgantes, se o montante a ser pago pelo trabalhador deve ser realizado de uma só vez ou de modo fracionado; o que nos parece claro é que o seu valor não pode ter como efeito o esvaziamento do artigo 497.º.

¹¹⁵ A contratação colectiva tem intervindo de forma reduzida nesta matéria. Em 2017, registaram-se apenas 18 convenções que regulam a adesão dos não sindicalizados, incluindo a obrigação de pagar a “taxa de opção” (3 contratos colectivos, 2 acordos colectivos e 13 acordos de empresa). Entre os pontos regulados, encontram-se: a) a fixação de prazo para que se realize a adesão (“nos 30 ou 90 dias seguintes à publicação da convenção para que os efeitos da adesão sejam plenos, admitindo-se a adesão em momento posterior, mas com produção de efeitos a partir de então”); b) a comunicação a realizar (“prevê-se também que a adesão seja comunicada ao empregador, com indicação da associação sindical a favor da qual deve ser realizada a contribuição, caso exista”); c) o valor a pagar [“nalgumas convenções, o valor da contribuição associada à adesão é uma percentagem da retribuição mensal – 0,4%, 0,5%, 0,6% 0,7%. Uma convenção consagra um pagamento único, de valor igual ao salário mínimo nacional (podendo ser efetuado em prestações mensais, no máximo de cinco). Noutra estabelece-se que o valor da comparticipação será fixado e comunicado às entidades empregadoras pelo sindicato “no final de cada negociação de revisão”. Refira-se que certas convenções estipulam que a interrupção do pagamento da contribuição dá origem à suspensão da adesão do trabalhador à convenção»]; d) os trabalhadores temporários (“uma das convenções refere expressamente que a possibilidade da adesão também é aplicável, com as devidas adaptações, aos trabalhadores temporários que se encontrem ao serviço da empresa outorgante da convenção”), cfr. NUNES DE CARVALHO e PAULA AGAPITO, *Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva em 2017*, cit., pp. 101 e ss, com indicação dos diversos instrumentos.

¹¹⁶ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 5.ª edição, 2010, p. 491.

¹¹⁷ Parece ser diferente a posição de PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, cit., p. 305, para quem se trata “... de um pagamento com a natureza de condição material ou contrapartida da adesão individual do trabalhador ao instrumento colectivo, uma vez que as convenções colectivas podem, por esta via, fazer depender a sua extensão deste pagamento”.

¹¹⁸ Por exemplo, artigos 879, alínea c) (compra e venda), 1158.º do Código Civil (mandato); veja-se também a análise de ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 239 e ss, quanto à compra e venda

um elemento exterior à sua formação. Consideramos, deste modo, que estamos perante um requisito de eficácia (comunicação e pagamento), assim depondo a letra do preceito (“... para efeito da escolha prevista no artigo 497.º ...”¹¹⁹) e o elemento teleológico; e, nesta medida, o empregador poderá exigir prova da comunicação e do pagamento do montante fixado na convenção para aplicação desta.

Em caso de incumprimento pelo trabalhador da obrigação de pagamento criada pelos outorgantes da convenção colectiva, o trabalhador responde perante as partes nos termos da responsabilidade civil delitual (artigo 483.º do Código Civil) - aliás, no quadro do artigo 520.º, n.º 3¹²⁰ - embora, inexistindo filiação, não esteja sujeito aos estatutos e demais fontes aplicáveis aos filiados¹²¹.

(artigo 886.º).

¹¹⁹ A expressão é diferente, note-se, da utilizada, por exemplo, no artigo 491.º, n.º 2, onde se pode ler “para efeitos do disposto no número anterior ...”.

¹²⁰ Note-se que o crédito em causa não é compensável – o credor é a associação sindical - nem susceptível de desconto, como decorre do artigo 279.º.

¹²¹ Tendo presente que o trabalhador não está filiado no sindicato e, por outro lado, que o pagamento deste ao sindicato não constitui uma quota – veja-se, aliás, o artigo 457.º, n.º 1 -, consideramos que o regime que regula a temática (artigos 457.º a 459.º) não se aplica directamente à situação em apreço. Isso não quer dizer que esteja impedida a aplicação analógica, situação que entendemos justificar-se relativamente ao artigo 458.º, n.º 1, 1.ª parte, estando, deste modo, assegurado que a cobrança por parte do empregador apenas pode ser realizada mediante autorização do trabalhador, caso a convenção o preveja (n.º 1). Diversamente, já consideramos que a aplicação analógica da 2.ª parte do n.º 1 - da qual resultaria a obrigação de o empregador proceder à cobrança mediante opção expressa do trabalhador que lhe fosse dirigida (n.º 1) – constituiria uma imposição e um encargo na actividade do empregador (sem o seu assentimento) que na falta de norma expressa não deve ocorrer; aliás, as particularidades do regime impedem a sua aplicação automática à situação prevista no artigo 497.º. Outro exemplo de inaplicação (analógica) é o artigo 459.º, por estar em causa uma situação de natureza penal, onde o princípio da legalidade impede a analogia para qualificar um facto como crime (artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal). Revelando dúvidas quanto à aplicação analógica do regime, JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., p. 194; e, em texto posterior, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 12. Para mais desenvolvimentos sobre os artigos 457.º e ss, com indicação de outras fontes, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 8.ª edição, Instituto de Direito

XVIII. Relativamente à forma que deve revestir a comunicação, a lei é omissa, pelo que existindo a regra da liberdade de forma para a celebração dos contratos de trabalho (artigo 110.º, aliás, em consonância com o princípio constante do artigo 219.º do Código Civil para a declaração negocial) poder-se-á concluir que a opção pode ser comunicada oralmente. É certo que haveria inegáveis vantagens na utilização da forma escrita – desde logo, em termos probatórios -, mas não foi essa a opção final do legislador, tendo eliminado tal prescrição da Proposta de Lei¹²², o que é mais um elemento no sentido da liberdade de forma¹²³. Temos

do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 1114-1115; GONÇALVES DA SILVA em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., 2017, anotação aos preceitos. Note-se que, de acordo com o artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, é proibido o tratamento de dados pessoais respeitantes à filiação sindical. O titular dos dados pode, contudo, autorizar tal tratamento, conforme preceitua o artigo 7.º, n.ºs 2 e 3, alínea b), da Lei n.º 67/98; veja-se também o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) – com rectificações -, em especial artigos 4.º, n.ºs 1, 2 e 11, 5.º, 6.º, 7.º, 9.º e 88.º, bem como a Proposta de Lei n.º 120/XIII, de 22 de março de 2018 – cujo processo legislativo está em curso -, www.parlamento.pt, em particular artigo 28.º. Sobre o tratamento da filiação sindical do trabalhador, *vd.* AMADEU GUERRA, *A Privacidade no Local de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 20004, pp. 173 e ss; ROMANO MARTINEZ, "Relações Empregador - Empregado", AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, volume I, Coimbra Editora, 1999, pp. 198-199; a Deliberação da Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais n.º 15/95, de 1 de Setembro (inclusão do desconto das quotizações sindicais no conceito de processamento de remunerações, no quadro da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril), www.cnpd.pt; bem como Parecer n.º 4/2001 (novo sistema de cobrança e entrega de quotas sindicais), www.cnpd.pt.

¹²² Registe-se que determinava a Proposta de Lei n.º 216/X (Aprova a revisão do Código do Trabalho), Separata número 81/X do *Diário da Assembleia da República*, de 19 de Julho de 2008, www.parlamento.pt, que deu posteriormente origem à Lei n.º 7/2009 (alteração ao Código do Trabalho), no artigo 495.º (Escolha de convenção aplicável): “1 - Caso sejam aplicáveis, no âmbito de uma empresa, uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais, o trabalhador que não seja filiado em qualquer associação sindical pode escolher, *por escrito*, qual daqueles instrumentos lhe passa a ser aplicável”, itálico nosso.

¹²³ Ainda que se pudesse contra-argumentar com o entendimento que a eliminação

de reconhecer, por outro lado, que o recurso ao dever geral de informação do trabalhador (artigo 106.º, n.º 2), do qual resulta a forma escrita (artigo 107.º, n.º 1), para fundamentar a mesma exigência de forma tem fragilidades, desde logo, face à *ratio* dos preceitos que não visam esta situação, além de que a liberdade de forma para a própria celebração do contrato constitui uma trave mestra do regime laboral.

Consideramos, deste modo, que não existe exigência de forma na comunicação da escolha do trabalhador. Tal posição não impede que os outorgantes da convenção possam, no entanto, dispor sobre a forma de comunicação¹²⁴, podendo invocar-se, quer o artigo 3.º, n.º 1, quer ainda o artigo 223.º do Código Civil¹²⁵.

XIX. Realizada a escolha do trabalhador e comunicada nos termos acima analisados, cabe apurar a partir de que momento é que o empregador fica vinculado à opção daquele. Na falta de norma expressa poderá suscitar-se a aplicação do preceituado no artigo 224.º do Código Civil (por força do artigo 295.º), pelo que tratando-se de uma declaração recipianda, esta produziria efeitos logo que chegasse ao poder do empregador ou dele fosse conhecida (artigo 224.º, n.º 1, do Código Civil)¹²⁶.

Deve, no entanto, clarificar-se que a opção do trabalhador não deverá produzir efeitos no mesmo dia em que a comunica, devendo ter-se presente que esta possibilidade permitiria que o trabalhador modificasse, com efeitos imediatos, os termos da prestação fixada para esse período, sem que o empregador pudesse dispor de um tempo mínimo para adequar a sua gestão

resultou da desnecessidade da norma, pois esse regime resultava já do dever de informação; não nos parece, no entanto, procedente o argumento, como veremos.

¹²⁴ Também neste sentido, PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, cit., p. 304.

¹²⁵ Em caso de desrespeito da forma convencionada, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume II, cit., p. 305, sustenta ser "... de presumir que o negócio é ineficaz" atenta a segunda parte do n.º 1 do artigo 223.º do Código Civil.

¹²⁶ Vejam-se também os n.ºs 2 e 3 do artigo 224.º do Código Civil. Para mais indicações, cfr. nota *supra*.

ao novo regime, atendendo a que se trata de um acto unilateral com consequências na gestão do empregador.

Justifica-se, por isso, que os efeitos da opção do trabalhador não se possam verificar no mesmo dia em que a sua comunicação chega ao conhecimento do empregador (artigo 224.º do Código Civil). Na verdade, e recorrendo a um paralelismo, tal como acontece com a entrada em vigor da convenção – que não pode ocorrer no dia de publicação e em que não está em causa um acto unilateral de um trabalhador –, a decisão do trabalhador não pode ter uma imediatez que não é sequer conferida às partes da convenção.

Nestes termos, e considerando que a convenção irá ser integralmente aplicada, incluindo as normas temporais, julgamos que se deverá aplicar o período de *vacatio* da fonte convencional objecto de escolha, ou seja, a opção do trabalhador deverá ser equiparada à publicação e o início dos efeitos à entrada em vigor, aguardando este pelas consequências da sua decisão, tal como o trabalhador filiado aguardou pelos efeitos da filiação em matéria convencional relativamente ao início da vigência da fonte colectiva; e assim, o empregador terá a possibilidade de ajustar a gestão ao novo quadro normativo.

XX. Relativamente à hipótese de o trabalhador escolher a convenção aplicável, impondo efeitos retroactivos, importa ter presente: 1) se a opção é concomitante com o início da produção de efeitos do contrato de trabalho, o assunto está naturalmente resolvido, uma vez que o trabalhador não realizava antes da sua escolha a actividade naquele empregador o que impede materialmente qualquer retroactividade; 2) no caso de a opção ser posterior ao início dos efeitos contratuais, a questão já se coloca.

Nesta situação consideramos estar vedada a retroactividade¹²⁷, impondo-se, por maioria de razão, idêntica solução à do trabalhador que se filia em associação outorgante¹²⁸. De facto,

¹²⁷ Salvo naturalmente havendo acordo do empregador.

¹²⁸ Notando-se, que não há a possibilidade de os diversos intervenientes acordarem,

estando, como regra, proibida a retroactividade no caso de filiação¹²⁹, não seria congruente permitir ao trabalhador que opta unilateralmente pela aplicação da convenção alcançar tal resultado. Na verdade, a modificação unilateral com carácter retroactivo do regime laboral aplicável, e admitindo que o trabalhador só o faria se lhe fosse vantajoso, constituiria uma violação, desde logo, da liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º, 1, da CRP), uma vez que o empregador teria a gestão restringida por um acto unilateral do trabalhador; igual violação deorreria em matéria de direitos adquiridos, bastando ter presente, por exemplo, que o empregador já pagou a prestação laboral a um determinado custo, pelo que obrigá-lo a um valor pecuniário diferente seria, sem dúvida, violar um direito adquirido, cujo respeito é considerado um princípio geral de Direito; acresce que se violaria o direito de propriedade privada, que inclui direitos de crédito (artigo 62.º da CRP).

XXI. Fica, no entanto, uma dúvida: constando da convenção colectiva cláusulas pecuniárias com eficácia retroactiva (artigo 478.º, n.º 1, alínea c)), devem estas aplicar-se ao trabalhador que exerce a escolha da convenção.

É certo que a situação é diversa da acima analisada, porquanto aqui a retroactividade não é determinada pelo trabalhador, estando antes em causa uma consequência da opção da fonte aplicável.

Ainda assim, julgamos que os argumentos *supra* referidos permitem sustentar idêntica solução, ou seja, que o trabalhador não será destinatário da aplicação retroactiva das cláusulas pecuniárias, impondo-se a não equiparação da escolha do trabalhador à filiação.

XXII. Realizada a opção do trabalhador e estando esta a produzir os seus efeitos, cabe saber até que momento fica aquele

porquanto o trabalhador não integra o círculo de vinculação das partes (artigo 496.º, n.ºs 1 e 2), salvo para efeitos do artigo 492.º, n.º 4.

¹²⁹ Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, cit., volume II, em especial pp. 1133 e ss.

vinculado.

O Código do Trabalho distingui expressamente duas situações:

- 1) Um quadro geral, aplicando-se o regime no artigo 497.º, n.ºs 2 e 3;
- 2) Uma solução especial em que o trabalhador revoga a escolha realizada, regendo os artigos 497.º, n.º 4, e 496.º, n.º 4¹³⁰.

Iniciando a análise pelo regime geral, deve notar-se que a escolha da convenção aplicável tem uma duração legalmente prevista, conforme estejamos perante uma convenção com ou sem prazo de vigência (artigo 497.º, n.ºs 2 e 3), dicotomia que o legislador não utiliza de forma expressa – pois não se refere à convenção com prazo de vigência -, mas que resulta do confronto entre os n.ºs 2 e 3 do artigo 497.º.

É importante realçar que as soluções acima preconizadas em matéria de desfiliação não são susceptíveis de uma aplicação imediata – salvo quando o legislador o determinar -, pois no caso do trabalhador que realiza a escolha da convenção não está em causa, desde logo, o valor constitucional da liberdade sindical (negativa), mas o âmbito de vinculação temporal da opção realizada através da autonomia individual, por outro lado, como veremos, as normas que disciplinam a duração da vinculação são substancialmente diferentes; tudo isto impede uma “importação” de soluções.

XXIII. Na situação de convenção com prazo (n.º 2 do artigo

¹³⁰ A Proposta de Lei n.º 136/XIII, cit., determina que a aplicação da convenção – *rectius*, da convenção ou decisão arbitral – se mantém até ao final da sua vigência, com o limite de um ano (artigo 497.º, n.º 3); por outro lado - de forma inexplicável, desde logo, por ignorar os efeitos nefastos que a eficácia imediata da decisão do trabalhador terá no funcionamento da empresa - prescreve que “o trabalhador pode revogar a escolha, cessando de imediato a aplicação da convenção” – *rectius* ou da convenção arbitral – (artigo 497.º, n.º 4), criando um amplo conjunto de problemas, de que é exemplo, a aplicação do regime de adaptabilidade (artigo 204.º); basta pensar na situação em que está em execução este mecanismo de flexibilidade temporal, havendo créditos de tempo do trabalhador ou do empregador.

497.º) -, a escolha do trabalhador produz efeitos “até ao final da sua vigência”.

Merece atenção o facto de o legislador ter utilizado uma fórmula diferente da prevista para os efeitos da desfiliação (em que lei refere “até ao final do prazo de vigência que dela constar”, artigo 496.º, n.º 4). Esta diferente redacção, em que o legislador ignora o prazo de vigência previsto e elege como elemento relevante da norma o fim da vigência, prescreve um regime que não se reconduz aos efeitos da desfiliação.

E, de facto, assim teria de ser, sob pena de contradição regulatória, uma vez que as consequências da desfiliação se aplicam à situação de revogação da escolha (artigo 497.º, n.º 4). Consideramos, por isso, que a expressão legal (“até ao final da sua vigência”) inclui a totalidade do período temporal da convenção e não apenas a vigência em sentido estrito; essa interpretação, além da diferença de redacção assinalada, resulta também da articulação dos n.ºs 2 e 4 do artigo 497.º, pois se aquele número não incluísse a vigência em sentido amplo, então o n.º 4 perderia sentido, uma vez que apesar de haver revogação, a consequência temporal seria a mesma. E, assim, enquanto o n.º 2 do artigo 497.º se refere à vigência integral da convenção, o n.º 4 permite que, através da revogação da escolha, o trabalhador encurte o prazo de aplicação convencional, sendo a situação regulada nos mesmos termos da desfiliação (artigo 496.º, n.º 4, por força do artigo 497.º, n.º 4).

XXIV. No caso de o instrumento não ter prazo de vigência¹³¹, o trabalhador fica abrangido durante o “prazo mínimo de um ano” (artigo 497.º, n.º 3, *in fine*), o que significa a vinculação do trabalhador durante um ano da convenção a que se aplica o prazo supletivo (artigo 499.º, n.º 2).

A dúvida que surge, de imediato, é saber se o *prazo mínimo de um ano* se aplica, mesmo quando a convenção cessa

¹³¹ Recorde-se que, nos termos do artigo 499.º, n.º 2, vigora pelo prazo de um ano e renova-se sucessivamente por igual período.

antes de decorrido esse período.

Importa sublinhar que o preceito surgiu, como vimos, em 2009 (artigo 497.º), já não tendo a convenção colectiva neste quadro legal qualquer vigência mínima (artigo 499.º, n.º 1), contrariamente ao que se verificava em 2003 (artigo 556.º, n.º 1), regra que foi então eliminada; por outro lado, sublinhe-se ainda que, relativamente aos efeitos da desfiliação, não existe referência a um prazo mínimo, no caso de convenção sem prazo (artigo 496.º, n.º 4); o legislador distinguiu, como vimos, os efeitos gerais da escolha realizada pelo trabalhador (artigo 497.º, n.ºs 2 e 3) da situação em este revoga a sua opção, caso em que aplica a regra da desfiliação (artigo 496.º, n.º 4, por força do artigo 497.º, n.º 4). Em face disto não se poderá aparentemente dizer que se trata de uma norma que se manteve inalterada face a um regime legal modificado, havendo, portanto, alguma dificuldade de articulação.

Não se deve, no entanto, ignorar que o mecanismo da escolha da convenção aplicável foi “importado”, nos termos acima referidos, do regime constante do artigo 15.º da LACT2003, tendo, aliás, a norma em análise (artigo 497.º, n.º 3) sido literalmente mantida com o conteúdo do artigo 15.º, n.º 3, da LACT2003 – o que, aliás, poderá explicar ser o único número do artigo em que surge o vocábulo “trabalhadores” e não “trabalhador” - e, nessa medida, não se poderá afastar a hipótese de o legislador ter mantido uma redacção que tinha subjacente a existência de um quadro temporal mínimo da convenção, da qual resultaria a irrelevância do vocábulo “mínimo”, posição que nos parece a mais sustentável.

A posição mais sustentável é a de considerar pressuposto da norma a vigência da convenção (em sentido amplo) e, portanto, a fonte para continuar a abranger o trabalhador tem de estar a produzir efeitos, o que significa, por exemplo, que se as partes procederam à revogação da convenção ou esta caducou, a escolha do trabalhador não produzirá efeitos durante um ano, mas apenas durante a sua vigência¹³².

Entendimento contrário, além de ignorar que o preceito não trata da vigência da convenção, mas da vinculação do

¹³² Parece ser neste sentido que se pronuncia JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., p. 191, nota 2.

trabalhador à escolha que realizou, eliminaria um pressuposto legal que é a da aplicabilidade da fonte convencional; por outro lado, teria a opção do trabalhador uma estabilidade temporal superior à de um filiado, resultado que seria incongruente; acresce que se o trabalhador não filiado continuasse a ser destinatário de um instrumento que deixou de produzir efeitos, ser-lhe-ia conferido um estatuto privativo, que nem o filiado possui, impossibilitando, deste modo, qualquer potencial padronização, ainda que mínima, que a norma visa.

Face ao exposto, pode então concluir-se que apesar de a letra prescrever que o trabalhador fica abrangido durante o prazo mínimo de um ano, a norma tem como pressuposto que a convenção se continue a aplicar, no mínimo, durante esse prazo e, portanto, a aplicação ao não filiado terá de coincidir, pelo menos, com o período de vigência, ainda existente, da convenção. XXV. Este mesmo raciocínio deve ser generalizado. De facto, pode acontecer que antes do fim do período legal de aplicação da convenção (artigo 497.º, n.ºs 2 e 3), surjam factos que gerem a inaplicação da fonte convencional, recordando-se, uma vez mais, que o artigo 497.º constitui um desvio do elemento pessoal da filiação do trabalhador, pressupondo, portanto, a existência cumulativa dos demais elementos relativamente ao trabalhador e empregador. Por isso, e a título de exemplo, se ocorrer a desfiliação do empregador da entidade outorgante, a escolha do trabalhador continuará a produzir efeitos até ao momento em que o empregador continue vinculado ao instrumento, i.e., de acordo com o quadro legal constante do n.º 4 do artigo 496.º; o mesmo se dirá face a qualquer outra situação que gere a inaplicação da fonte convencional.

Com isto pretende-se, portanto, deixar claro, mais uma vez, que o período de aplicação do instrumento que o trabalhador escolheu pressupõe, por um lado, a presença dos restantes elementos de filiação relativamente ao trabalhador (excepção do elemento pessoal da filiação) e a totalidade deles no que respeita

ao empregador¹³³, o que significa dizer que desaparecendo alguns dos elementos de conexão, a escolha do trabalhador deixa de produzir efeitos (cessa), sob pena de ignorarmos, desde logo, o elemento (pessoal) da filiação que a norma suprime e alargamos esse supressão aos demais elementos (funcional e geográfico), e conferir maior protecção na aplicação da convenção a um não inscrito do que a um filiado.

XXVI. Há ainda um ponto que deve ser analisado: saber se cessa a vinculação do trabalhador no caso de a convenção ser revista.

Sublinhando-se que o trabalhador tem sempre ao seu dispor a revogação da escolha (artigo 497.º, n.º 4), na situação da fonte com prazo, a lei refere, como vimos, que fica vinculado “até ao final da sua vigência” (artigo 497.º, n.º 2), atendendo o legislador à manutenção da convenção e não à estabilidade do conteúdo. Com efeito, como sabemos, a convenção pode ser a mesma e o seu conteúdo ser alterado através de revisão; diversamente, haverá outra convenção no caso de sucessão.

Em nossa opinião, e diferentemente do que se verifica noutros preceitos (artigo 496.º, n.º 4), o legislador, ao omitir a situação da entrada em vigor da convenção revista para fazer cessar os efeitos da escolha do trabalhador¹³⁴, pretendeu mantê-lo vinculado à sua opção, o mesmo é dizer que a sua escolha continuará a produzir efeitos; em bom rigor, a convenção mantém-se a mesma e vigente, pelo que a situação em apreço ainda se subsume na expressão legal “até ao final da sua vigência”. Deste modo, a revisão da fonte não faz cessar a vinculação do trabalhador, contrariamente ao se verificará em caso de sucessão.

No caso de fonte sem prazo (artigo 497.º, n.º 3), e relativamente à possibilidade de a revisão fazer cessar a vinculação

¹³³ Naturalmente que a afirmação não afasta as situações de algum desses elementos ter sido eliminado, mas manter-se a vinculação por causa da lei, como acontece com a situação da desfiliação (artigo 496.º, n.º 4).

¹³⁴ Expressão que constava do artigo 15.º, n.º 2, *in fine*, da LACT2003 (“... ou sendo esta objecto de alteração até à sua entrada em vigor”).

do trabalhador, consideramos que a solução deve ser a mesma se estiver em causa um instrumento com prazo, i.e., irrelevância da revisão da fonte para efeitos da vinculação do trabalhador. De facto, face à inexistência de posição expressa do Código do Trabalho e por maioria de razão estando em causa uma fonte sem prazo, com um potencial âmbito temporal mais amplo, não se deverá restringir a aplicação da convenção à ocorrência de revisão; também nesta situação o legislador não realizou a desrinça que fez a propósito da desfiliação¹³⁵.

XXVII. Fixado o quadro geral, vejamos agora a regra que regula a alteração de posição do trabalhador. Conforme já tínhamos feito referência, o legislador prevê que

“o trabalhador pode revogar a escolha, sendo neste caso aplicável o disposto no n.º 4 do artigo anterior” (artigo 497.º, n.º 4).

O preceito confere ao trabalhador o direito de revogar a sua escolha, diferindo, no entanto, os efeitos revogatórios para momento posterior, o que se compreende de modo a evitar a manipulação do elemento de conexão e a inerente instabilidade aplicativa da fonte pela qual tinha optado, tal como acontece relativamente ao trabalhador filiado.

A norma, ao determinar a remissão para os efeitos previstos para a desfiliação (artigo 496.º, n.º 4) - já atrás analisada -, prescreve que o trabalhador fica abrangido até ao final do prazo do instrumento; ou, não tendo este prazo, durante um ano; ou, se tal ocorrer antes de quaisquer das duas situações anteriormente referidas, até à entrada em vigor de instrumento revisto.

Cessam assim os efeitos da escolha realizada pelo trabalhador.

Note-se ainda que apesar de o legislador omitir o procedimento necessário para a dita revogação da escolha, consideramos que o trabalhador deve adoptar a tramitação que acima

¹³⁵ Veja-se, aliás, que também no artigo 15.º, n.º 3, da LACT2003, e diferente do n.º 2 desta mesma norma, a revisão não era identificada pelo legislador para fazer cessar os efeitos de aplicação da fonte convencional.

sustentámos para a escolha da convenção aplicável.

XXVIII. A opção realizada pelo trabalhador não impede que ele se filie numa associação sindical durante o tempo em que está abrangido pelo instrumento.

Duas situações são imediatamente configuráveis: 1) o trabalhador filia-se na associação abrangida pela convenção (ou decisão arbitral) que escolheu; 2) filia-se numa associação que é destinatária de outra fonte convencional (ou arbitral).

Na primeira situação, consideramos que a filiação produz imediatamente efeitos, continuando o trabalhador a ser destinatário da fonte convencional¹³⁶, alterando-se, no entanto, o fundamento da aplicação; deixa de ser a escolha da convenção aplicável (artigo 497.º) para ser o princípio da filiação (artigo 496.º, n.º 3, 2.ª parte), respeitando-se, deste modo, a liberdade sindical (positiva) e o direito fundamental de filiação (artigo 55.º, n.º 2, alínea b), da CRP), produzindo esta, de forma imediata e na sua plenitude, a totalidade dos efeitos, além de se fortalecer o movimento sindical. Por outro lado, esta posição não afecta a estabilidade applicativa prescrita pelo legislador, porquanto havendo posterior desfiliação, aplicam-se os efeitos legais (496.º, n.º 4), o que quer dizer que mesmo tendo o trabalhador o objectivo de se libertar posteriormente do quadro convencional, o mecanismo utilizado mantém o desiderato legal, assimilando-se, aliás, as consequências à da revogação (aplicação do artigo 496.º, n.º 4, por força do artigo 497.º, n.º 4).

Relativamente à segunda hipótese, o trabalhador não será abrangido até estar verificada qualquer das situações que o exonerem dos efeitos da escolha realizada (conforme o artigo 497.º). Na verdade, não se compreenderia que o legislador tivesse

¹³⁶ Como nota JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 11, nota 12, se o trabalhador se filiar no sindicato que outorgou a convenção escolhida, essa filiação, embora sem ter efeitos sobre o âmbito pessoal da convenção, gerará outras consequências, tais como, caso existisse, deixar de pagar qualquer valor nos termos do artigo 492.º, n.º 4, e passar a pagar as quotizações sindicais.

prescrito um regime temporal para a revogação da escolha do trabalhador, diferindo os efeitos da sua decisão (artigo 496.º, n.º 4 por força do artigo 497.º, n.º 4), mas depois permitisse que através de uma revogação tácita, o trabalhador pudesse alcançar esses mesmos resultados, i.e., ser destinatário de outra fonte através da filiação em associação abrangido por ela¹³⁷; neste caso, o trabalhador terá de aguardar pelo fim da vinculação para a liberdade sindical (positiva) produzir todos os efeitos (aplicação da convenção), constituindo a filiação, desde que comunicada ao empregador, uma revogação tácita da anterior escolha, mas sem efeitos imediatos¹³⁸.

XXIX. Outra questão que cabe esclarecer é se o trabalhador que optou pela aplicação da convenção fica abrangido pelos efeitos da caducidade da fonte convencional (artigo 501.º, n.ºs 6 a 8).

Poderá começar por dizer-se que o assunto tem resposta no próprio regime da escolha da convenção aplicável, uma vez que este estabelece que a decisão do trabalhador gera a aplicação da convenção até ao final da sua vigência (convenção com prazo, artigo 497.º, n.º 2) ou durante um ano (convenção sem prazo, artigo 497.º, n.º 3) e a pós-eficácia legal não se subsume no

¹³⁷ Vale a pena ter presente que a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 216/X, cit., que deu posteriormente origem à Lei n.º 7/2009 (alteração ao Código do trabalho) sublinhava, a propósito da escolha da convenção aplicável, "... que essa aplicação cessa caso o trabalhador seja abrangido por outra convenção celebrada por associação sindical em que posteriormente se filie".

E consequentemente determinava o articulado:

"Artigo 495.º

Escolha de convenção aplicável

1 - Caso sejam aplicáveis, no âmbito de uma empresa, uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais, o trabalhador que não seja filiado em qualquer associação sindical pode escolher, por escrito, qual daqueles instrumentos lhe passa a ser aplicável.

2 - A aplicação da convenção nos termos do n.º 1 cessa caso o trabalhador seja abrangido por outra convenção celebrada por associação sindical em que posteriormente se filie".

Como vimos, esta redacção não consta da versão aprovada.

¹³⁸ Assim, JÚLIO GOMES, "Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009", cit., p. 11, ainda que revele dúvidas.

conceito de vigência. Havendo, portanto, um período legal para a vinculação da escolha por parte do trabalhador, o que significa um prazo de aplicação da fonte convencional, não se compreenderia que o espaço temporal de aplicação desta passasse a ser superior ao da vinculação da opção do trabalhador, ou seja, teríamos uma desconexão entre vinculação da escolha do trabalhador e aplicação da convenção. Acresce ainda, se dúvidas existissem, que o artigo 501.º, n.º 8, mantém os efeitos da pós-eficácia até a entrada em vigor de outra convenção, pressupondo, portanto, a manutenção da representação ou, dito de outra forma, a potencial regulação das condições de trabalho por parte do novo instrumento, o que não se verifica relativamente ao trabalhador que utilizou o mecanismo de opção, uma vez que ele não será (automaticamente) destinatário dele; para o ser terá que recorrer outra vez ao artigo 497.º, o que naturalmente demonstra que o preceito (artigo 501.º, n.º 8) se refere a outras situações na qual não se enquadra o mecanismo da escolha da convenção aplicável¹³⁹.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALIPRANTIS, Nikitas - *La Place de la Convention Collective dans la Hierarchie des Normes*, «Bibliothèque d'Ouvrages de Droit Social», Tome XXII, LGDJ, Paris, 1980.
- ALFONSO MELLADO, BALLESTER PASTOR, BLASCO PELLICIER *et al.*, *Relaciones Laborales*, Director Sala Franco, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

¹³⁹ Diversamente, JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009”, cit., p. 12, nota 13, escreve que “... se o trabalhador não filiado escolheu a convenção enquanto ela estava em vigor, parece-nos que, tendo ela, caducado, ficará abrangido pelo disposto nos números 6 e 7 do artigo 501.º CT [actualmente, n.ºs 8 e 9, respectivamente]”.

- ALONSO OLEA, *Pactos Colectivos y Contratos de Grupo*, «Crítica del Derecho», Comares, Granada, 2000, reedição 1954.
- AMORIM, Carlos Alberto - *Direito do Trabalho - Da Convenção Colectiva de Trabalho*, edição de João Abrantes, Coimbra, 1978.
- BRECHT-HEITZMANN, H. - “La Nueva Pluaralidad de Convenios Colectivos en el Derecho Alemán del Trabajo”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 15, 2011, pp. 261-268.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, volume I, 4.^a edição, 2007.
- CARINCI, Franco; TAMAJO, Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano; *Il Diritto del Lavoro. I. Il Diritto Sindicale*, 7.^a edizione, Utet Giuridica, Wolters Kluwer Italia, 2015.
- CARVALHO, A. Nunes de; AGAPITO, Paula - *Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva em 2017*, Lisboa, 2018, www.crlaborais.pt.
- CORDEIRO, A. Menezes - “Direito do Trabalho e Cidadania”, *AAVV, III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 29-42.
- DÄUBLER, Wolfgang - *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994 (tradução castelhana de M.^a Paz Acero Serna e Pío Acero López, *Das Arbeitsrecht*, “rororo aktuell”, 1 e 2, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Hamburg, 1990).
- ERMINDA URIARTE, *Globalizacion y Relaciones Laborales*, policopiado, 1999.
- FERNANDES, Carvalho - *Teoria Geral do Direito Civil*, volume II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 5.^a edição, 2010.
- FERNANDES, A. Monteiro - "A Recente Evolução do Direito

- do Trabalho em Portugal. Tendências e Perspectivas", *Revista Jurídica*, n.º 3, 1984, pp. 11-20.
- "Notas sobre o Controlo de Constitucionalidade do Código do Trabalho", *Questões Laborais*, ano X, n.º 22, 2003, pp. 237-244.
 - *Direito do Trabalho*, 18.ª edição, 2017.
- GOMES, Júlio – *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007.
- "Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical", *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2010, pp. 161-195.
 - "Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009", *Questões Laborais*, ano XXI, n.º 44, 2014, pp. 5-14.
 - "Algumas Questões sobre o Âmbito Pessoal de Aplicação da Convenção Coletiva à Luz do Código do Trabalho", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVII (XXX da 2.ª série), 2016, n.ºs 1-4, pp. 37-66.
 - "A Contratação Coletiva *In Peius* e a Representatividade Sindical", AAVV, *Crise Económica: Fim ou Re-fundação do Direito do Trabalho? - Actas do Congresso Mediterrânico de Direito do Trabalho*, «Estudos APO-DIT 1», coordenação de Palma Ramalho, AAFDL, 2016, pp. 91-121.
- GUERRA, Amadeu - *A Privacidade no Local de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 20004.
- GUIGNI, Gino – *Introduzione allo Studio della Autonomia Collettiva*, Giuffrè, Milano, 1977.
- *Autonomia e Autotutela Colectiva no Direito do Trabalho*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1983.
- HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H. C. - *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963 (tradução castelhana de Miguel Rodríguez

- Piñero e Luis Enrique de la Villa, *Grundriss des Arbeitsrecht*, s.e., 1962).
- KASKEL, Walter; DERSCH, Hermann - *Arbeitsrecht*, 5.^a edição, Verlag, Berlin, 1957.
- KNELLER, Bernhard - "Le Tarifeinheitengesetz en Allemagne, une Menace pour le Paysage Syndical?", *Revue du Droit Allemand*, Juin 2016, <http://www.droit-allemand.org>.
- LEITÃO, L. Menezes - *Direito do Trabalho*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2016.
- LEITE, Jorge - *Direito do Trabalho*, volume I, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 2004.
- "Código do Trabalho – Algumas Questões de (In)Constitucionalidade", *Questões Laborais*, ano X, n.º 22, 2003, pp. 245-278.
 - com ALMEIDA, Coutinho de - *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985.
- MARTINEZ, Romano - "Relações Empregador - Empregado", AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, volume I, Coimbra Editora, 1999, pp. 185-200.
- "O Código do Trabalho – Directrizes da Reforma; Sistematização; Algumas Questões", AAVV, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Olonso Olea*, coordenação de Monteiro Fernandes, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 561-587.
 - *Da Cessação do Contrato*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2015.
 - *Direito do Trabalho*, 8.^a edição, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2017.
 - com MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Joana; BRITO, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme; Silva, L. Gonçalves da - *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 6.^a edição, 2008.
 - com MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS,

- Joana; BRITO, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme; Silva, L. Gonçalves da - *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 11.ª edição, 2017.
- MAZEAUD, Antoine - *Droit du Travail*, 10. édition, LGDJ, Paris, 2016.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010.
- MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE e MORENO VIDA, *Manual de Derecho Sindical*, 12.ª edición, Comares, Granada, 2017.
- MONTOYA MELGAR, “La Interpretación del Convenio Colectivo (Apuntes de Derecho Comparado)”, *Revista Ministerio Trabajo Asuntos Sociales*, n.º 68, 2007, pp. 101-113.
- *Derecho del Trabajo*, 37.ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.
- MOURA, Barros - *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1984.
- PRAZERES, M. de F. Rodrigues - "Enquadramento Legal do Sistema de Negociação Colectiva de Trabalho em Portugal desde 1974", *Sociedade e Trabalho*, 1999, n.º 4, pp. 19-28.
- RADBRUCH, Gustav - *Introducción a la Ciencia del Derecho*, tradução, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.
- RAMALHO, Palma - *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- RAY, Jean-Emmanuel - “Sur le Financement des Syndicats”, *Droit Social*, 2008, n.º 2, pp. 139-150.
- RIEBLE, Volker - “Die Akteure im Kollektiven Arbeitsrecht”, “Die Akteure im Kollektiven Arbeitsrecht”, *Recht der Arbeit*, 2004, März/April, pp. 78-86.
- ROJAS MIÑO, “Concepto y Eficacia del Convenio Colectivo”, AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*.

- Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, coordenador Gorerlich, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1441-1446.
- SALA FRANCO, *Derecho Sindical*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SILVA, L. Gonçalves da - “Pressupostos, Requisitos e Eficácia da Portaria de Extensão”, AAVV, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume I, coordenação de Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 669-776.
- *Notas sobre a Eficácia Normativa das Convenções Colectivas*, «Cadernos Laborais», n.º 1, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2002.
- “Visita Guiada ao Código do Trabalho: A Primeira Fase da Reforma Laboral”, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, volume I, 2.ª edição, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 113-172.
- *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volumes I e II, 2012.
- “A Relevância do Local de Trabalho na Aplicação da Convenção Colectiva”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, *Revista Direito e Justiça*, Volume II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 387-409.
- “A Administração Laboral e a Convenção Coletiva: Algumas Questões”, AAVV, *Trabalho sem Fronteiras? – O Papel da Regulação*, coordenação de Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 179-220.
- SÖLLNER, Alfred - *Grundriss des Arbeitsrechts*, Verlag Vahlen, Munchen, 1994.
- XAVIER, Lobo - “Eficácia Geral ou Eficácia Restrita nas Convenções Colectivas de Trabalho. Poderá ainda Falar-se do «Princípio da Filiação»? Os «Usos Laborais» e a

«Escolha» do Trabalhador na Aplicação Geral das Convenções Colectivas”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVIII (XXXI da 2.ª série), 2017, n.ºs 1-4, pp. 7-105.

- com a colaboração de MARTINS, Furtado; CARVALHO, Nunes de; VASCONCELOS, Joana; ALMEIDA, Guerra de - *Manual de Direito do Trabalho*, 3.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2018.

ZACHERT, Ulrich - “La Estructura de las Relaciones Laborales en Alemania”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 11, 2007, pp. 1029-1040.

- “La Eficacia de los Convenios Colectivos en Alemania”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volume II, 2010, pp. 129-138.

ZANOBINI, Guido - “El Contrato Colectivo del Trabajo en la Legislación y en la Doctrina Italianas”, *Revista de Derecho Privado*, ano XVIII, núm. 209, Febrero, 1931, pp. 33-44.