

# RIDT

ANO I / 2021 / Nº 1

REVISTA INTERNACIONAL DE  
DIREITO DO TRABALHO



idt

Instituto de Direito do Trabalho  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





idT

Instituto de Direito do Trabalho  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



# FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

## **Diretores**

Pedro Romano Martinez  
Luís Gonçalves da Silva

## **Subdiretora**

Cláudia Madaleno

## **Secretária-Geral**

Sara Leitão

## **Secretária-Geral Adjunta**

Maria Leonor Ruivo

## **Propriedade**

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

## **Morada IDT / Sede**

Faculdade de Direito de Lisboa,  
Alameda da Universidade,  
Cidade Universitária,  
1649-014 Lisboa

## **Periodicidade**

Semestral

## **Nº Registo ERC**

127529

## **Conceção Gráfica e Paginação**

Equador Design - Traçando o  
Inimaginável, Lda.

## **Directors**

Pedro Romano Martinez  
Luís Gonçalves da Silva

## **Assistant Director**

Cláudia Madaleno

## **Secretary-General**

Sara Leitão

## **Deputy Secretary-General**

Maria Leonor Ruivo

## **Ownership**

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

## **Address IDT / Head Office**

Faculdade de Direito de Lisboa,  
Alameda da Universidade,  
Cidade Universitária,  
1649-014 Lisboa

## **Periodicity**

Semiannual

## **ERC Registration No.**

127529

## **Graphic Design and Pagination**

Equador Design - Traçando o  
Inimaginável, Lda.



# DA LIBERDADE SINDICAL NEGATIVA (E DA IMPORTÂNCIA DE SE CHAMAR SINDICATO)

*NEGATIVE UNION FREEDOM (AND THE IMPORTANCE OF CALLING IT A  
UNION)*

**Júlio Manuel Vieira Gomes**

Sumário: Liberdade sindical negativa. Critérios de representatividade sindical. Transparência financeira dos sindicatos e democracia interna.

Resumo:

Uma vez que, mesmo nos sistemas jurídicos que a reconhecem, a liberdade sindical negativa é apenas a liberdade de não se filiar em um sindicato e a de não ter que pagar quotas para um sindicato de que não se é filiado, mas não a liberdade de escapar às consequências da contratação coletiva outorgada por esse sindicato, assumem particular importância outros aspetos infelizmente pouco tratados no nosso Código do Trabalho: a real representatividade dos sindicatos, a sua transparência financeira e a sua democracia interna. Mesmo quem, como o autor destas linhas, reconheça que a grande maioria dos direitos atuais dos trabalhadores teve a sua origem no conflito coletivo e na luta sindical deve ter presente os perigos criados pela existência de sindicatos débeis e pouco representativos (para já não falar de sindicatos amarelos) particularmente em um sistema jurídico como o português que permite a contratação coletiva in peius e que dá ao Estado discricionariedade na escolha da convenção coletiva a estender, no todo ou em parte.

Abstract:

The freedom not to affiliate in a trade union does not encompass the freedom to escape the results of the collective bargaining of that trade union. Therefore it is of the utmost importance to have legal criteria to assess the representativeness of trade unions as well as legal rules that ensure the financial transparency and the internal democracy of trade unions.

O tema da liberdade sindical negativa<sup>1</sup> de que nos propomos tratar neste breve estudo é um tema politicamente pouco correto. Também o direito do trabalho tem, de algum modo, os seus tabus, e como um autor alemão escreveu “pode ser errado dizer o que está certo”<sup>2,3</sup>. Aliás, na preparação deste texto tivemos ocasião de reler algumas das palavras críticas de MASSIMO D’ANTONA sobre a evolução do sindicato e do seu papel<sup>4</sup> e de nos recordarmos como pagou com a vida a sua reflexão certa e desassombrada sobre alguns desses tabus. Mas até em países como o nosso em que, felizmente, a divergência doutrinal em matéria de direito do trabalho não acarreta um risco significativo de um cobarde assassinato político, há outras formas de silenciar opiniões

---

<sup>1</sup> Sobre a “descoberta” da liberdade sindical negativa pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tema de que não trataremos neste estudo, cfr. JOËL CAVALLINI, Liberté d’association; les accords de monopole syndical (ou clauses de *closed shop*) sont contraires à la liberté d’association, JCP, édition sociale, n.º 6, 2006, 1118, págs. 24 e ss., e, na doutrina nacional ANA TERESA RIBEIRO, A liberdade sindical na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, vol. I, pp. 167 e ss., mormente pp. 168-170, JOÃO REIS, Liberdade Sindical, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Fundamentais e dos Protocolos Adicionais, organizado por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, vol. II, pp. 1865 e ss., pp. 1867-1868 e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Direito à negociação colectiva e à greve, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Fundamentais e dos Protocolos Adicionais, organizado por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, vol. II, pp. 1890 e ss.

<sup>2</sup> CHRISTOPH ENGEL, Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vol. 59, 2000, pp. 56 e ss., p. 58.

<sup>3</sup> O tema pode, de resto, cruzar-se com outro que é igualmente, nas palavras de ALBERT ARSEQUEL, La représentativité des syndicats, in Le syndicalisme salarié, dir. por Bernadette Lardy-Pélissier e Jean Pélissier, Dalloz, Paris, 2002, pp. 7 e ss., p. 8, um tema perigoso, a saber, o da representatividade real dos sindicatos. Como o autor destaca “pode parecer sacrílego interrogar-se sobre a representatividade dos sindicatos”.

<sup>4</sup> Cfr., por exemplo, MASSIMO D’ANTONA, Diritti Sindacale e Diritti del Sindacato: Il Titolo III dello Statuto dei Lavoratori Rivisitato, in Opere, vol. II, Scritti sul Diritto Sindacale, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 189 e ss.

incómodas, aquelas outras “maneiras tão sábias, tão subtis e tão peritas que nem podem sequer ser bem descritas”, nas belas palavras do poeta<sup>5</sup>. Acresce que a liberdade sindical negativa é apreendida pela doutrina dominante de um modo tão acanhado que o tema é quase um tema moribundo. De resto, um autor apresentou mesmo a demanda da liberdade sindical negativa como o equivalente no direito do trabalho à tentativa de encontrar o abominável homem das neves<sup>6</sup> e outro, ainda, destacou que a questão quase só é debatida na doutrina alemã, mas que nem por isso deixaria de ser bizantina, representando uma espécie de “jogo de berlindes”<sup>7</sup>, uma questão destituída de interesse prático. Como tentaremos expor ao longo deste estudo o tema pode ser um tema “maldito”, mas afirmar que a demanda da liberdade sindical negativa é tarefa condenada ao fracasso só é verdade para aqueles que, à partida, a reduzem a tão pouco, a um quase nada tão insignificante e evanescente, que é natural que depois não a encontrem. E quanto à questão do interesse prático, importa destacar que alguns temas são importantes, sobretudo, pelo seu valor simbólico e que a resposta a certas questões importa sobremaneira porque revela as concepções sociais e políticas que subjazem a um sistema de relações coletivas.

---

<sup>5</sup> Referimo-nos ao poema “Pranto pelo dia de hoje” de SOPHIA DE MELLO BREYNER ANDRESEN.

<sup>6</sup> OLAF DEINERT, *Negative Koalitionsfreiheit*, *Recht der Arbeit* 2014, pp. 129 e ss., p. 129.

<sup>7</sup> FRANZ GAMILLSCHEG, *Überlegungen zur Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags*, in *Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 349 e ss., p.359, refere-se à liberdade sindical negativa como sendo o “brinquedo preferido da dogmática alemã” e um “jogo de berlindes” (“das Glasperlenspiel mit der negativen Koalitionsfreiheit, der deutschen Dogmatik liebstes Spielzeug”).

Importa também esclarecer que trataremos da liberdade sindical no sentido que a expressão “sindical” assume na terminologia jurídica portuguesa por oposição, por exemplo, à brasileira. Com efeito, a nossa lei reserva a palavra sindicato<sup>8</sup> às associações constituídas por trabalhadores, não designando como tal as associações de empregadores. Relativamente aos empregadores é controverso se a sua liberdade de associação é aqui distinta da liberdade de associação geral<sup>9</sup> e se se pode afirmar que as associações de empregadores prosseguem um interesse coletivo comparável ou similar ao interesse coletivo prosseguido pelos

---

<sup>8</sup> Ao longo do texto usaremos a palavra sindicato, de preferência a associação sindical. Com efeito, e como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 9.<sup>a</sup> ed., 2019, p. 1097, “associação sindical e sindicato são expressões que podem ser usadas em sinonímia”, ainda que, como o autor destaca a expressão associação sindical seja a utilizada tanto pela Constituição como pelo Código do Trabalho.

<sup>9</sup> Sobre o tema cfr., entre nós, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 19.<sup>a</sup> ed., 2019, pp. 861 e ss., que critica a formulação do artigo 440.º n.º 2 do CT por este se referir aos fins de “defesa e promoção dos seus interesses empresariais”. O autor muito embora reconheça que o “sindicalismo” dos empregadores é um sindicalismo de reação ou defesa contra o sindicalismo dos trabalhadores (p. 863) afirma que a associação de empregadores é “um sindicato de empregadores, dotado de uma disciplina legal parcialmente paralela à das associações de trabalhadores, e, capacitado, fundamentalmente, para agir no terreno das relações coletivas de trabalho”. Cfr., igualmente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 1134 e ss., que defende que “apesar da falta de correspondência a nível constitucional, pode equiparar-se a liberdade de associativismo patronal com a liberdade sindical”, invocando, aliás, a Convenção n.º 87 da OIT.



sindicatos de trabalhadores<sup>10,11</sup>, o que, evidentemente depende do modo com este interesse coletivo é concebido<sup>12</sup>. Embora

---

<sup>10</sup> Em sentido negativo pronunciou-se, por exemplo, GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, ano XXX, pp. 170 e ss., p. 183, para quem as associações de empregadores não são caracterizadas pela natureza coletiva do interesse prosseguido: “O interesse do empresário como interesse individual contraposto ao coletivo dos trabalhadores não é realizado e tutelado exclusivamente pela adesão do empresário à associação de empregadores e conserva a mesma natureza que tem já na sua dimensão individual (...) sendo historicamente variável, tem sempre o mesmo objeto: pode com efeito ser descrito como uma variante do interesse no lucro correspondente ao exercício da liberdade de iniciativa económica privada”. Além disso nas associações de empregadores parece funcionar perfeitamente o mandato de direito civil. Para o autor, em suma, as associações de empregadores não defendem um genuíno interesse coletivo, mas um interesse que é o somatório dos interesses dos seus filiados. Os empregadores, mesmo quando filiados em uma associação, têm um interesse meramente individual e o objeto da sua atividade, tendo um conteúdo exclusivamente económico, pode ser descrito como uma variante do interesse no lucro que corresponde ao exercício da iniciativa económica privada. O autor afirma, mesmo, p. 193, que “só um espírito de simetria mal entendida é que leva a considerar que o empregador, quando estipula uma convenção coletiva desenvolve uma atividade sindical comparável com a do sindicato dos trabalhadores”. O autor acrescenta que não há qualquer ponto de contacto entre uma atividade sindical e uma atividade empresarial: o objeto e os escopos destes tipos de atividade são heterogéneos e satisfazem exigências diversas.

<sup>11</sup> Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, Vol. I (Direito Europeu; Dogmática Geral; Direito Coletivo), Almedina, Coimbra, 2018, p. 900, a associação patronal não visa, apenas, a atuação sócio-laboral, mas, antes a dimensão empresarial em geral”.

<sup>12</sup> Cfr., por exemplo, LUIGI MENGONI, *Ancora sulla libertà sindacale degli imprenditori*, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 1980, pp. 146 e ss., 147. O autor critica o entendimento do interesse coletivo como um interesse superior aos interesses individuais dos filiados e observa que é “a metafísica hegeliana do espírito objetivo concebido como substância dotada de vida própria e de autoconsciência” que resulta na convicção, acolhida também por Marx, da existência de interesses coletivos supraindividuais. Para MENGONI o interesse coletivo é, mais modestamente, o interesse comum dos vários filiados e ocorre quando vários interesses coincidentes são organizados mediante a criação de um instrumento único de atuação. Tal visão permite considerar as associações de empregadores como similares às associações sindicais propriamente ditas. MENGONI sublinha que “os fundadores da ciência do direito sindical aplicaram sempre este conceito de coligação às associações de empregadores e atribuíram-lhes a qualidade de sindicatos” e que “a associação de empregadores constituída para a tutela dos interesses dos seus membros em conseguir com o menor custo possível uma disciplina uniforme das relações de trabalho nas respetivas empresas é por definição titular de um interesse coletivo” (ob. cit., p. 148). É interessante

reconheçamos que o Código do Trabalho (mas não necessariamente a Constituição) trata de modo quase simétrico sindicatos e associações de empregadores e uma certa simetria se encontra também no artigo 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na própria Convenção n.º 87 da OIT, quanto aos direitos de trabalhadores e empregadores constituírem organizações em defesa dos seus interesses, não podemos deixar de realçar uma diferença fundamental, ao menos no que toca à negociação coletiva: é que os trabalhadores só podem exercer o seu direito de negociação coletiva através dos sindicatos, enquanto os empregadores na grande maioria dos ordenamentos não necessitam de se organizarem para exercer tal direito, podendo, mesmo quando filiados em associações de empregadores, celebrar “isoladamente” convenções coletivas (entre nós, acordos de empresa)<sup>13</sup>.

---

notar que para o autor o reconhecimento da legitimação contratual aos empresários isolados, mesmo que filiados numa associação de empregadores (como resulta do artigo 4.º da Convenção da OIT n.º 98) significa que o acordo de empresa não é considerado uma forma de determinação do mesmo interesse tutelado pela associação de empregadores. Constitui antes um instrumento de tutela de um interesse diverso do empregador singular, não integrado no interesse coletivo, mas com este coordenado no sistema das fontes de direito do trabalho.

<sup>13</sup> ANTONIO VALLEBONA, *Il Contratto Collettivo di Lavoro nei Paesi della Comunità Europea*, Maggioli Editore, Rimini, 1982, p. 75, refere-se à “distinção entre o sindicalismo dos trabalhadores e a dos empregadores que sendo embora ambos expressões do princípio da liberdade sindical, desenvolvem papéis evidentemente diferentes no âmbito do sistema de relações industriais”.

A liberdade sindical é concebida pela doutrina largamente dominante, como tendo uma natureza complexa que abrange duas dimensões, uma individual e outra coletiva<sup>14,15</sup>, distinguindo-se também da liberdade geral de associação<sup>16</sup>. Para uma parte dos autores, aliás, a liberdade individual “precede”, ao menos

---

<sup>14</sup> Cfr., por todos, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *El Contenido Complejo de la Libertad Sindical: Planos Individual y Colectivo, Sindicalismo y Democracia*, coord. por Wilfredo Sanguineti Raymond e Enrique Cabero Morán, Comares, Granada, 2017, pp. 227 e ss. Para este autor, o primeiro direito sindical individual é logicamente o da filiação do trabalhador no sindicato (ou do empregador na associação de empregadores). Uma vez filiado o trabalhador fica investido de uma série de direitos de que é titular individual: o direito de eleger livremente os representantes sindicais e o direito de atividade sindical. Também é direito do trabalhador aceitar o desconto da sua quota sindical sobre o salário e a sua transferência para o empregador (p. 234). Os direitos sindicais individuais completam-se com o reconhecimento do direito à não discriminação por razões sindicais (ver o artigo 1.º da Convenção da OIT n.º 98, sendo que o próprio direito de greve é frequentemente concebido como um direito individual de exercício coletivo. São coletivos os direitos de elaborar os estatutos e regulamentos sindicais, organizar a atividade e a administração do sindicato e formular o plano de ação deste. São também direitos coletivos o direito de fundar federações e confederações e organizações internacionais (p. 237). Na doutrina germânica cfr., por todos, GÜNTER SCHAUB, *Tarifautonomie in der Rechtsprechung, Recht der Arbeit 1995*, pp. 65 e ss.

<sup>15</sup> Se, como destaca PAOLA BELLOCCHI, *La Libertà Sindacale*, in *Organizzazione Sindacale e Contrattazione Collettiva*, coord. por GIANPIERO PROIA, Vol. II, do *Trattato di Diritto del Lavoro*, dir. por MATTIA PERSIANI e FRANCO CARINCI, Cedam, Padova, 2014, pp. 3 e ss., p. 35, a “liberdade sindical é, antes de mais, liberdade de escolher de que modo tutelar os interesses coletivos”, tal liberdade abrange hoje a escolha de qual o âmbito dos interesses coletivos a defender, isto é, a determinação do grupo cuja autotutela é organizada através da constituição de um sindicato. Como a autora destaca, ob. cit., p. 37, a escolha do como organizar-se pressupõe uma outra escolha, a dos interesses a tutelar e promover e, portanto, o âmbito da organização. Mas talvez vá longe de mais quando defende que a liberdade de escolher quais os interesses coletivos a tutelar implica que o sindicato pode optar por defender o interesse coletivo só dos filiados ou dos não filiados, de todos os trabalhadores num âmbito local ou nacional, de uma determinada profissão.

<sup>16</sup> Seria a própria natureza do interesse coletivo a fazer a diferença. Assim para PAOLA BELLOCCHI, ob. e lug. cit., face à liberdade geral de associação existe aqui “uma diferença específica constituída, da perspetiva funcional pela tipicidade dos fins para os quais se organiza, a saber a autotutela dos interesses coletivos do trabalho”.

ontologicamente, a liberdade coletiva e está na base desta última<sup>17</sup>  
<sup>18,19</sup>. Seria esta liberdade sindical individual que comportaria uma liberdade positiva e outra negativa. Na Constituição portuguesa, tal como nas leis fundamentais de outros países que passaram por regimes corporativos, a liberdade sindical negativa está expressamente consagrada, pelo menos no seu núcleo duro: o direito de os trabalhadores não se filiarem, se assim o desejarem, em sindicatos e não poderem ser sujeitos à obrigação de pagar

---

<sup>17</sup> JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, *La Libertad Sindical*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ano XXXIII (nova série), 2000, n.º 98, pp. 695 e ss. O autor concebe a liberdade sindical individual praticamente como um direito natural que estaria na base da criação do sujeito sindical coletivo (p. 696: “La libertad sindical es un derecho natural del ser humano en el sentido de que está fundada sobre los lazos naturales establecidos entre los miembros de una misma profesión. Ésta es de esencia individualista. Se invoca para fundar un sindicato, para pertenecer a él si está ya fundado, para no pertenecer a ninguno, para dejar de pertenecer o afiliarse a outro. La libertad sindical es así una manifestación de la libertad individual”), embora afirme que uma vez criado o sindicato este é também o sujeito da liberdade sindical e podem surgir conflitos entre os diferentes sujeitos da liberdade sindical. Para este autor, ob. Cit., p. 701, a dimensão coletiva da liberdade sindical faz referência à auto-organização, à autonomia normativa e à autonomia conflitual. Distingue, depois, ob. cit., p. 707, o direito de constituir organizações sindicais (trabalhadores e empregadores podem criá-las sem distinção e sem necessidade de qualquer autorização prévia); o direito de filiação e as garantias da liberdade sindical: 1) abstenção das autoridades públicas; 2) faculdade de elaboração dos seus estatutos; 3) Eleger livremente os seus representantes; 4) Organizar a sua gestão e atividade; 5) Formular o seu programa de ação; 6) Não estar sujeito a dissolução ou suspensão por via administrativa; 7) Constituir federações e confederações; 8) Constituir organizações internacionais ou filiar-se nelas; 9) Proteger os seus membros contra prejuízos em razão da filiação e da atividade sindicais; 10) impedir a ingerência de organizações estranhas; 11) instaurar medidas para promover e desenvolver a negociação coletiva.

<sup>18</sup> Outros autores como REINHARD RICHARDI, *Gestaltungsformen der Tarifautonomie*, JZ 2011, pp. 282 e ss., p. 283, defendem que na base da autonomia coletiva está também a própria autonomia individual.

<sup>19</sup> Para uma leitura do artigo 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que considera que a referida norma parte do primado da liberdade individual cfr., por todos, CARSTEN HERRESTHAL, *Die Re-Individualisierung des kollektiven Arbeitsrechts in der europäischen Integration am Beispiel der Tarifautonomie*, EuZA 2011, pp. 3 e ss., p. 15 (“Im Kern der Wert- und Ordnungsstruktur steht dabei die Individualfreiheit”).

quotizações sindicais a sindicatos em que não se filiaram (artigo 55.º, n.º 2, alínea b).

Mas em outros ordenamentos discute-se a própria existência e o conteúdo da liberdade sindical negativa. Para alguns autores, por exemplo, a liberdade sindical é uma liberdade unitária, não fazendo sentido autonomizar a liberdade sindical negativa. Outros, ao invés, defendem que a liberdade de que os trabalhadores dispõem de constituir sindicatos ou de neles se filiarem pressupõe, lógica e necessariamente, a liberdade de não o fazerem, sob pena de não existir, em rigor, uma liberdade<sup>20</sup>. Liberdade sindical positiva e liberdade sindical negativa são duas faces da mesma moeda e são indissociáveis. Aliás, diz-se, a liberdade sindical negativa reforça e tutela a liberdade sindical positiva: a liberdade de poder sair de um sindicato, de não ser forçado a permanecer nele mesmo contra a vontade, facilita o exercício da liberdade de constituir outros sindicatos, eventualmente concorrentes do anterior. Mas uma parte da doutrina considera que este argumento pretensamente lógico representa, na realidade, uma má lógica<sup>21</sup>. Com efeito, para um segmento importante da doutrina, a liberdade sindical positiva e a liberdade sindical negativa, mesmo quando se reconheça a existência

---

<sup>20</sup> RUPERT SCHOLZ, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971, pp. 41-42: a liberdade nunca pode esgotar-se em uma oportunidade de conduta positiva, antes exige como consequência lógica uma possibilidade de conduta negativa. A liberdade de fazer algo, sem a liberdade de não o fazer, significa na prática a obrigação de fazer. O reconhecimento da liberdade negativa é, no fundo, o reconhecimento da própria liberdade.

<sup>21</sup> Assim KAHN-FREUND, cit apud, FELIX HARTMANN, *Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 58, n. 64: seria um caso de má lógica pretender inferir a existência de uma liberdade negativa da circunstância de existir uma liberdade de associação.

desta última, não são, de modo algum, equiparáveis<sup>22</sup>. Quando não se afirma que a liberdade sindical negativa é uma liberdade de parasitas<sup>23</sup> ou de *free riders*, defende-se que enquanto a liberdade sindical positiva é uma liberdade coletiva, a outra é apenas uma liberdade individual, uma liberdade pobre por se tratar da liberdade dos que não participam nos movimentos sociais coletivos<sup>24</sup>, uma liberdade “altamente problemática”<sup>25</sup>, uma liberdade contra o grupo<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Alguns autores acentuam a tensão existente entre liberdade sindical positiva e liberdade sindical negativa. Assim para BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, Manual de Direito do Trabalho, Letras e Conceitos Lda., 3.ª ed., 2018, p. 124, “ao contrário do que possa parecer, não existe total homologia e compatibilidade entre as várias vertentes positiva e negativa da liberdade sindical. Repare-se que a liberdade sindical negativa, entendida sem restrições, mata a liberdade sindical positiva”.

<sup>23</sup> BACHMANN, *cit apud* FELIX HARTMANN, ob. cit., p. 51, n. 19, chamou-a, com efeito, de “direito de parasitas” (Schmarotzrecht”). No passado POTTHOFF e SINZHEIMER, mas também BACHMANN e KASTNER, por razões de política social, consideraram que a liberdade sindical negativa não merecia proteção pelo direito, porquanto o trabalhador que não se filiava em um sindicato seria basicamente um parasita que não merece tutela. Sobre estas teses cfr., por todos, JUTTA SCHABBECK, Das Problem der negativen Koalitionsfreiheit, Diss. München, 1971, pp. 45 e ss. Mas como a autora destaca, ob. cit., p. 47, o *outsider* pode ter motivos sérios para não se querer filiar em um determinado ou até em qualquer sindicato: por razões políticas ou porque não está de acordo com a estratégia e a atuação do(s) sindicato(s).

<sup>24</sup> Assim, por exemplo, JANS SCHUBERT, Richterliche Grenzen für die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln, ZTR 2011, pp. 578 e ss., p. 581, para quem a liberdade de associação positiva e a negativa não estão no mesmo plano. A liberdade de associação negativa é apenas uma liberdade de “quedar-se distante” ao contrário da liberdade positiva.

<sup>25</sup> A expressão é de PAOLA BELLOCCHI, ob. cit., p. 42, que destaca que a liberdade sindical negativa não é mencionada na Convenção n.º 98 da OIT.

<sup>26</sup> SEBASTIAN DE SOTO RIOJA, La libertad sindical negativa, Civitas, Madrid, 1998, p. 36: o direito de não sindicalização é um direito essencialmente individual e dirigido contra o grupo. Cfr., também, p. 79, n. 71: “a liberdade é poder e não um poder fazer em abstrato que não possa exercer-se em concreto e a liberdade sindical negativa é por definição uma liberdade sem poder, é a liberdade de fazer as coisas só por si mesmo”.

Muito embora a Constituição portuguesa consagre inequivocamente a liberdade sindical negativa, pelo menos no seu núcleo essencial do direito de cada trabalhador não ser forçado a filiar-se em um sindicato nem ser forçado a pagar quotizações sindicais para um sindicato em que escolheu não se filiar, importa ter presente que a jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional afasta a possibilidade de entender tal liberdade como abrangendo o direito desse trabalhador, que optou pela não filiação, de não ser prejudicado pelos resultados da negociação coletiva levada a cabo por um sindicato em que não se filiou.

Tal resulta das posições assumidas, por maioria, pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 338/2010<sup>27</sup> e no Acórdão n.º 602/2013<sup>28</sup>, respetivamente a propósito da adaptabilidade grupal e do banco de horas grupal.

Naquele primeiro Acórdão, a propósito da adaptabilidade grupal, pode ler-se:

“[O]s trabalhadores, ao decidirem filiar-se numa associação sindical, conferem a essa associação a faculdade de os representar perante as entidades patronais e ficam vinculados pelos acordos por estas celebrados durante a sua vigência (artigo 496.º; n.º 1) mesmo que posteriormente se desfilie do sindicato (artigo 496.º, n.º 1). O fundamento para essa vinculação é a relação de representação que se estabelece entre o trabalhador e a entidade sindical em quem

---

<sup>27</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010, processo n.º 175/09, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 216, 8 de novembro de 2010, pp. 4994-5031.

<sup>28</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013, processo n.º 531/12 (retificado pelo Acórdão n.º 635/2013), publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 206, 24 de outubro de 2013, pp. 6241-6296.

confia para coletivamente representar os seus interesses. A possibilidade de extensão do regime das CCT em vigor a trabalhadores sindicalmente não filiados, por sua vez, funda-se no princípio da igualdade. Os trabalhadores que operam no quadro de uma mesma empresa ou de um mesmo sector devem estar sujeitos a um mesmo conjunto de condições de trabalho, a menos que haja uma razão válida para assim não suceder. É constitucionalmente indiscutível que um trabalhador pode ficar vinculado por um instrumento coletivo de trabalho, fundado numa autonomia coletiva (artigo 56.º, n.º 3, da Constituição), sem necessidade da sua aceitação específica de tal instrumento. A questão está no facto de tais instrumentos de regulamentação coletiva poderem colocar concretamente em causa direitos individuais dos trabalhadores”<sup>29</sup>.

Reconhece-se, depois, no Acórdão, que pode haver aqui um prejuízo para a conciliação da vida familiar com a vida profissional do trabalhador abrangido pela adaptabilidade<sup>30</sup>, mas acrescenta-se que:

“Deve, no entanto, considerar-se que, se uma convenção coletiva (eventualmente objeto de uma portaria de extensão) opta por tal solução é certamente por razões que reconhece como sendo do interesse global dos trabalhadores. Há, com efeito, uma renúncia

---

<sup>29</sup> P.5010.

<sup>30</sup> P.5011: “É também certo que um instrumento de regulamentação coletiva que preveja uma forma variável de organização do tempo de trabalho dificulta por regra “a conciliação da atividade profissional com a vida familiar” [artigo 59.º, alínea d) da Constituição] (...) O acréscimo dos tempos de trabalho em determinados períodos torna, porém, mais exíguo o encontro familiar (em especial no âmbito da chamada família nuclear) e essa perda não é geralmente compensada pela redução posterior de tempo de trabalho, uma vez que os outros elementos da família não terão certamente as mesmas variações (isto é, acréscimos e reduções) nos seus horários laborais e escolares”.



coletiva que a própria lei contém dentro de limites de proporcionalidade (ao estabelecer limites máximos) e que visa a realização de interesses que se consideram, num determinado momento devidamente delimitado, concretamente prevalecentes sobre o repouso e a vida familiar. Esses interesses poderão passar, nomeadamente, pela viabilidade económica da empresa e pela consequente manutenção dos postos e das condições de trabalho dos trabalhadores”<sup>31</sup>.

O Acórdão n.º 602/2013, a propósito do banco de horas grupal, segue na mesma senda, mas com uma fundamentação mais sofisticada ou, pelo menos, mais complexa. Sustenta que não estando em jogo a aplicação *erga omnes* da convenção coletiva aplicável a 60% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica, não haveria uma violação da liberdade sindical negativa<sup>32</sup>. Destarte, os trabalhadores não filiados não eram abrangidos pela eficácia normativa dessa convenção, a qual funcionava apenas como pressuposto para o exercício do poder de direção do empregador<sup>33</sup>. Em todo o caso, o Acórdão reiterou que da

---

<sup>31</sup> P.5011; o sublinhado é nosso.

<sup>32</sup> P.6257: “[o] artigo 208.º-B do Código do Trabalho não chega sequer a interferir com a liberdade sindical na sua dimensão negativa, por via do regime do banco de horas grupal, os trabalhadores não são diretamente abrangidos pela eficácia de convenções coletivas do trabalho celebradas por associações sindicais em que não estão inscritos ou relativamente às quais não tenham exercido o seu direito de escolha. A aplicação concreta de tal regime funda-se no poder de direção do empregador com observância de determinados pressupostos legalmente estabelecidos. A mesma não implica uma subordinação da autonomia individual à autonomia coletiva não fundada na representação sindical, pelo que inexistente qualquer problema de compatibilidade da norma do n.º 1 do citado artigo com a liberdade sindical tutelada no artigo 55.º da Constituição”.

<sup>33</sup> PP. 6256-6257: “não é a convenção coletiva que admite a extensão do regime nela previsto (...) que constitui, por si mesma, o título de atribuição ao empregador do direito à aplicação do regime de modulação já que a mesma convenção opera antes - e em paralelo com a aceitação por parte de 75% dos

convenção aplicável a 60% dos referidos trabalhado resultaria uma presunção de que a solução era benéfica para os trabalhadores (mesmo que estes porventura a tivessem recusado).

Com efeito, para o Acórdão, “[o] legislador parte de uma presunção de favorabilidade da instituição dos regimes de adaptabilidade grupal ou de banco de horas grupal (...) em ambos os casos [convenção coletiva aplicável a 60% dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica ou aceitação por 75% dos referidos trabalhadores] a faculdade legal do empregador é condicionada por um apoio muito significativo ou dos próprios trabalhadores a abranger ou dos representantes qualificados de um número não menos significativo do mesmo universo de trabalhadores, sendo esse apoio indiciador do carácter vantajoso da instituição do regime de modulação do tempo de trabalho em causa para o conjunto dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica”<sup>34</sup>. Refere-se, ainda, que a referida presunção de favorabilidade não é absoluta: “a presunção de favorabilidade da instituição do regime de adaptabilidade grupal ou banco de horas grupal decorrente da verificação dos pressupostos legais - o aludido apoio de uma maioria dos trabalhadores - não é absoluta, já que a lei impõe limites fundados justamente no direito de contratação coletiva dos trabalhadores. Com efeito, os artigos 206.º n.º 4 e 208.º-B n.º 3, do Código do Trabalho excecionam da aplicabilidade daquele regime o trabalhador abrangido por convenção coletiva que disponha

---

trabalhadores da proposta de modulação do tempo de trabalho formulada pelo empregador - como pressuposto do exercício de um poder que assenta, afinal, na própria lei (e não na autonomia individual ou coletiva)” [citando NUNES DE CARVALHO].

<sup>34</sup> P. 6257 (o sublinhado é nosso).

de modo contrário a esse regime ou relativamente ao regime [definido com base na regulamentação coletiva, o] trabalhador representado por associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da convenção coletiva em causa”. “No caso destes trabalhadores, a aludida presunção não opera ou tem-se como elidida”

Em todo o caso, para o Acórdão, “mesmo que estivesse em causa a extensão de tal instrumento de regulamentação por decisão do empregador a habilitação legal para o efeito não seria incompatível com a Constituição”, citando-se o princípio da igualdade que estaria na base das portarias de extensão.

Começaremos a nossa análise pela afirmação que da convenção coletiva resulta uma “presunção de favorabilidade”, uma presunção de que se uma convenção coletiva introduz um esquema de adaptabilidade ou de banco de horas é porque “é por razões que certamente reconhece como sendo do interesse global dos trabalhadores” e, pelos vistos, também dos não filiados. O que nos remete para uma questão crucial do direito coletivo do trabalho: quem é que, no fim de contas, um sindicato representa quando negocia uma convenção coletiva? Todos os trabalhadores de uma determinada “categoria”? Todos os trabalhadores de um setor ou

ramo de atividade, filiados e não filiados e até filiados em outro sindicato? Ou até, simplesmente, todo o proletariado<sup>35,36</sup>?

Trata-se de uma questão a que, pela sua complexidade só podemos aqui aludir muito sumariamente. Em todo o caso, sublinhe-se, desde logo, que só está em jogo aqui saber quem é que o sindicato representa na contratação coletiva e não em muitas outras atividades que o sindicato pode desenvolver.

A resposta a esta questão é delicada por uma série de razões. Em primeiro lugar ideológicas. Com efeito, e como é evidente, a opção política de cada um desempenha aqui um papel fundamental. Assim, para uma visão marxista, por exemplo, o sindicato “representa” o proletariado e não fará sentido, mesmo em sede de contratação coletiva, tentar reduzir a sua representatividade. Mas também por

---

<sup>35</sup> JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, *El Sindicalismo y el Orden Democrático*, “Estudio Preliminar” in Georges Renard, *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. VI e ss., p. XI: “Trata-se de reconhecer a dimensão política e jus-publicista do sindicato e da atividade sindical para a defesa dos interesses que lhe são próprios, vinculados potencialmente à defesa dos interesses coletivos gerais da classe trabalhadora: o sindicato é manifestação da autoconsciência da classe trabalhadora como conjunto, em todos os âmbitos da vida social e política”. “O sindicato representativo (...) é uma organização potencialmente dirigida a representar institucionalmente o conjunto da classe trabalhadora em todos os âmbitos da vida social”. Para o autor esta perspetiva constitucional do sindicato “supera a configuração estritamente privada do sindicato como sujeito que visa tutelar interesses exclusivamente profissionais e contratuais para abarcar uma dimensão mais ampla da função do sindicato no sistema político, enquanto autêntico sujeito político que pretende tutelar os interesses coletivos da classe trabalhadora em todos os âmbitos da vida social”. Cfr., também p. XII: “O sindicato desenvolve uma atividade coerente com a identidade coletiva da classe trabalhadora e de defesa contra todas as situações de domínio social e de luta emancipadora”.

<sup>36</sup> JEAN MAURICE VERDIER, *Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions)*, *Droit Social* 1991, pp. 6 e ss., p. 8, fala do sindicato como o “guarda heroico de uma fraternidade ampla sem exclusões que tem todos os méritos salvo o de incitar à filiação sindical” e sublinha que o sindicato fala em nome de todos os trabalhadores - “convicção fundada sobre a existência histórica de uma classe operária homogênea representada, quase por essência, pelo sindicato”.

razões históricas: nos países que passaram por regimes corporativos nunca foi possível verdadeiramente exorcizar por completo a matriz do sindicato. No sistema fascista italiano, por exemplo, o sindicato corporativo era uma pessoa de direito público que se apresentava como um representante legal de uma “categoria”<sup>37</sup>, uma realidade ontologicamente anterior, para alguns, ao sindicato. A instauração de um regime democrático e o fim do regime corporativo implicou que o sindicato passasse a assentar na associação livre e espontânea

---

<sup>37</sup> Já depois da instauração da democracia em Itália esta visão do sindicato como representante legal de uma categoria continuou a ser defendida por alguns autores. Veja-se, por exemplo, MATTIA PERSIANI, *I Soggetti del Contratto Collettivo con Efficacia Generale, Il Diritto del Lavoro 1958*, parte I, pp. 88 e ss. Para PERSIANI a “categoria” profissional era uma formação social, “um daqueles grupos intermédios inseridos orgânica e estavelmente na sociedade geral, formado por pessoas que se encontram reunidas não ocasional, mas necessariamente” (ob. cit., p. 93), mas “não era apenas um fenómeno social, como também uma realidade juridicamente relevante”. O interesse coletivo desta “categoria” seria um interesse privado (cita a opinião em contrário de CASSI, que considerava privado o interesse coletivo dos filiados no sindicato, mas público o interesse coletivo dos membros da categoria, interesse que não poderia ser realizado pela autonomia privada, mas só pela intervenção do Estado). PERSIANI afirmava que o sindicato não era o titular do interesse da categoria profissional, mas cabia-lhe a ele avaliá-lo. Acrescentava também que os membros da categoria profissional que não fossem filiados naquele sindicato podiam sempre reagir mediante a constituição de novos sindicatos ou pela filiação em sindicatos que lhes oferecessem maiores garantias, acabando por concluir que “o interesse da categoria coincide com o das associações sindicais, mas deve sublinhar-se que coincide não com o interesse de um sindicato, mas com a síntese dos interesses de todos” (ob. cit., p. 95). Os sindicatos eram, assim, concebidos como representantes legais dos membros da categoria ainda que o autor reconhecesse que a expressão “representação legal” era um pouco imprópria, seja porque a categoria não era uma pessoa jurídica, seja porque se tratava sobretudo, de uma representação de interesses (ob. cit., p. 106). Em sentido oposto cfr., por exemplo, RENATO BALZARINI, *Considerazioni sulla Nozione di Autonomia Collettiva (Con Riguardo al Diritto Positivo Italiano)*, *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro 1964*, pp. 1 e ss., pp. 6-7: “A configuração de interesses coletivos diversos dos interesses individuais das pessoas que pertencem à categoria profissional e superiores a estes últimos repousa sobre uma ficção, a de conceber a categoria como se fosse uma entidade unitariamente relevante distinta dos seus componentes”.

dos trabalhadores e fosse um sujeito de direito privado<sup>38</sup>. Contudo esta transformação nunca foi completa, ficando o sindicato em uma espécie de limbo entre o privado e o público<sup>39</sup> e sendo frequentemente apresentado como uma pessoa de direito privado a quem é confiado o exercício de certas funções públicas. Este estatuto híbrido deve-se, de resto, a várias razões: desde logo, à importância crescente da atividade política do sindicato (particularmente, mas não só, das associações sindicais chamadas a intervir na concertação social); mas também ao facto de para a maior parte da doutrina, o sindicato agir em defesa de um interesse coletivo de que só o próprio sindicato seria intérprete<sup>40</sup>, ao ponto de tal interesse coletivo ser frequentemente apresentado como algo que não existiria ou, pelo menos, não poderia ser apreendido sem o sindicato - sendo que para alguns autores parece ser, inclusive, um

---

<sup>38</sup> Entre nós cfr., por todos, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III, Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2014, p. 55 que se refere à “pujança, também neste domínio, do valor máximo da liberdade e da autonomia - pilares básicos do direito privado”.

<sup>39</sup> MASSIMO D’ANTONA, *Le varie dimensioni giuridiche dell’azione sindacale e della contrattazione*, in *Opere*, vol. II, *Scritti sul Diritto Sindacale*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 183 e ss., p. 188, muito embora afirme que “a autonomia do sindicato pertence ao privado porque é fundamentalmente autonomia de uma esfera social face ao Estado”, sublinha que o sindicato está entre o público e o privado (“sempre più sospeso tra pubblico e privato”) e a dimensão pública assume um tal relevo que “dificilmente pode ser tratada e tratada de modo exaustivo pelo instrumentário do direito privado”.

<sup>40</sup> VALENTE SIMI, *Formazioni sociali e categoria professionale*, RTDPC 1965, ano XIX, pp. 426 e ss. Para o autor certas formações sociais ou corpos sociais intermédios são coletividades orgânicas titulares de interesses coletivos próprios que não se confundem nem com os interesses individuais, nem com o interesse geral da comunidade. Nestes casos, a coletividade não surge de um ato voluntário de adesão do indivíduo, mas de uma comunhão de posições que se mantém enquanto de facto se mantiver a pertença daquele indivíduo àquela formação social (ob. cit., p. 445). Na categoria profissional o sindicato seria “o instrumento necessário que a formação social exprime e cria para a gestão do seu próprio interesse”.

interesse do próprio sindicato<sup>41</sup>. Tal interesse coletivo é concebido, por muitos, como algo diferente e superior ao interesse dos trabalhadores individualmente considerados e insindicável por quem quer que seja que não o próprio sindicato. Evolui-se, assim, para o que alguns chamam de uma conceção essencialista do sindicato<sup>42</sup>, com o que ALAIN SUPIOT designou de um certo “perfume a 68”<sup>43</sup>, e uma compreensão do sindicato como “vanguarda iluminada” dos trabalhadores<sup>44</sup>. ROMAGNOLI dirá, a propósito, que o sindicato nunca

---

<sup>41</sup> Veja-se, por exemplo, AURELIO GENTILI, *Rappresentanza di Interessi e Autonomia Collettiva nelle Relazioni Sindacali*, *Rivista di Diritto Civile* 1974, ano XX, parte I, pp. 576 e ss., p. 585, que refere a existência de um interesse sindical ontologicamente distinto do interesse coletivo. O interesse sindical é o interesse a conservar e potenciar a organização sindical. “A organização sindical, ao menos a partir do momento em que se reconhece como instituição, finaliza a sua própria atividade ao interesse, não eliminável, de autoconservação” (ob. cit., p. 595). Muito embora o autor reitere que interesse sindical e interesse coletivo não se confundem, afirma igualmente que “sendo imprescindível a ação sindical para determinar o interesse coletivo, sendo certo que só o sindicato pode ser o seu possível “gestor” e que os indivíduos precisamente porque são indivíduos não têm competência para serem seus intérpretes, há que concluir que, em definitivo, o interesse coletivo é e só pode ser o interesse do sindicato (nas próprias palavras do autor “a conclusão parece óbvia mas é inquietante”, ob. cit., p. 697).

<sup>42</sup> A expressão é de CYRIL WOLMARK, *Les transformations du droit français de la représentation collective*, in *La Représentation Collective des Travailleurs, Ses Transformations à la Lumière du Droit Comparé*, dir. por Marie-Ange Moreau, Dalloz, Paris, 2012, pp. 163 e ss., p. 167.

<sup>43</sup> ALAIN SUPIOT, *Les syndicats et la négociation collective*, *Droit Social* 1983, pp. 63 e ss., p. 65 : O problema das relações entre o aparelho sindical e a sua base tem um odor a 68 (“un parfum soixante-huitard”). Como SUPIOT destaca, a representação dos trabalhadores por um aparelho sindical especializado nas funções de reivindicação e de negociação pode colocar, como qualquer fenómeno de representação, um certo número de dificuldades. Poder-se-ia considerar que tais problemas apenas respeitam aos sindicatos e que deveriam ser resolvidos por estes. No entanto, como o autor refere, desde o momento em que o reconhecimento da representatividade sindical basta para que um sindicato seja habilitado a representar todos os trabalhadores do seu sector geográfico e profissional, a questão muda de figura: “O legislador não pode desinteressar-se das distorções desde o momento em que pretende fazer da negociação coletiva o maior instrumento de evolução do direito do trabalho”.

<sup>44</sup> Quem parta da premissa da existência de um ordenamento jurídico sindical autónomo desemboca frequentemente na afirmação de que a liberdade sindical positiva é necessariamente superior à liberdade sindical negativa, mesmo que

---

considere ser esta última uma verdadeira liberdade. Assim MARCELLO PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice, Lavoro e Diritto* 1990, n.º 3, pp. 355 e ss. e n.º 4, pp. 549 e ss., afirma que os membros da associação sindical não coincidem com os titulares dos interesses laborais que subjetivamente serão mais numerosos, mas a organização sindical “objetiva-se no momento em que, através de uma livre determinação da vontade, com vista à prossecução de um objetivo comum, uma pluralidade de trabalhadores estabelece os confins da realidade (empírica, social, material, organizativa) no âmbito dos quais será desenvolvida a autotutela dos interesses do trabalho, individualizando um grupo homogêneo em algum aspeto ou as variadas, mas sempre unificáveis, situações que ocorrem em serie e relativamente às quais a organização agirá” . Para o autor não se pode consentir que a não participação prejudique ou impeça o pleno funcionamento da liberdade sindical: “a tutela da liberdade sindical negativa significa que o exercício positivo dessa liberdade é condição necessária, mas não suficiente, para que se realize a garantia da organização sindical: é necessária porque sem atos negociais de constituição ou de adesão, a organização não é tipificada; não é suficiente porque o âmbito em que é garantida a organização vai para além de aqueles que realizaram tais atos negociais” (ob. cit., p. 376). PEDRAZZOLI dirá, mesmo, dirá que o trabalhador não filiado é coagido a participar da autonomia coletiva e é um trabalhador “virtualmente ativo do ordenamento sindical” e defende, assim, que o trabalhador não filiado permanece sujeito ao poder de tipificação alheia, numa condição de sujeição ainda que facultativa: “ele deve suportar que tal poder seja exercido por outros, caso não o exerça ele próprio e enquanto não seja induzido a exercê-lo, porque dele depende o próprio funcionamento da autonomia coletiva” (ob. cit., p. 401). É interessante notar que, embora concebendo a liberdade sindical negativa como uma liberdade menor, PEDRAZZOLI não a reduz á utilização da liberdade sindical contra o próprio sindicato, sublinhando que a mesma apresenta um sinal “ideológico bem distinto face ao alcance derogatório e *in peius* que a contratação coletiva é chamada agora a desempenhar” e releva “em sentido construtivo e não apenas em sentido individualístico de uma garantia da liberdade de abster-se da organização” (ob. cit., pp. 373-374). A liberdade sindical negativa exprime uma exigência que constitui “o dilema não resolvido e na aparência não resolúvel dos sistemas voluntários das relações coletivas: a organização sindical ou o seu desenvolvimento, a autonomia coletiva, não alcança o seu objetivo e permanece debilitada se a tutela por ela introduzida não é estendida a todos os seus potenciais destinatários”. A liberdade sindical negativa seria para o autor ambivalente: por um lado ela implicaria que a atividade sindical não deve acarretar desvantagens ao *outsider* que o autor apoda mesmo de *free rider*. Mas a liberdade negativa é apenas uma liberdade de não participação, não permitindo ao *outsider* escapar da tipificação levada a cabo pela convenção coletiva (ob. cit., p. 375).



se libertou do complexo de Peter Pan<sup>45</sup>, apresentando-se como o representante legal<sup>46</sup> dos trabalhadores, condenados eternamente a

---

<sup>45</sup> UMBERTO ROMAGNOLI, La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti col passato), Lavoro e Diritto 2013, n.º 1, pp. 3 e ss., p. 18: “O sindicato deve deixar de considerar-se a si próprio um representante *sui generis*, um pouco mandatário e um pouco tutor, como deve deixar de procurar persuadir o trabalhador de que este é, nas relações com o sindicato, um representado *sui generis*. Um pouco capaz e um pouco não. Um menor com o complexo de Peter Pan”. Como o autor também sublinha a doutrina e a Lei têm-se preocupado com a garantia dos representantes dos trabalhadores face aos poderes da empresa, mas muito menos com a definição da posição desses representantes face aos próprios trabalhadores.

<sup>46</sup> Alguns autores continuam, de resto, a falar de uma representação legal ainda que *sui generis*. Assim, por exemplo, para GEORGES BORENFREUND, Propos sur la représentativité syndicale, Droit Social 1988, pp. 476 e ss., 477-478, existiria aqui uma representação legal de um tipo particular: os sindicatos mais representativos aparecem como encarregados da representação de interesses de uma coletividade que como que adquire uma personalidade própria relativamente aos membros que a compõem. Nesta perspetiva os trabalhadores não são diretamente representados e o essencial é organizar de maneira mais eficaz a representação dos interesses da coletividade a que pertencem. Neste sentido poderia dizer-se, inclusive, que todos os sindicatos têm vocação de falar em nome dos trabalhadores, tratando-se de uma “representação de interesses coletivos mais amplos que os dos filiados e assumida como tal à partida pelos sindicatos, o que permite compreender que a coletividade não se limita aos aderentes” (ob. cit., p. 479). Pode mesmo dizer-se, nesta construção, que o representado é quem o representante diz que é. Por outro lado, ainda nas palavras do autor, “seria erróneo retirar destas considerações a ideia de que os sindicatos representativos têm apenas por vocação transmitir as aspirações dos trabalhadores” e “a própria vontade dos representantes deve naturalmente exprimir-se, sem cair na delegação pura”. Em suma, “as organizações sindicais não são simples mensageiros”, sendo “o seu papel de tradução e elaboração das aspirações dos trabalhadores (...) determinante” (ob. cit., p. 481, n. 30). Nesta visão relativiza-se o ato de filiação individual e voluntário. É, pois, natural que se afirme que “vários sindicatos têm a faculdade de agir isoladamente para defender os interesses de todos os trabalhadores” (ob. cit., p. 484). Importa, no entanto, destacar que BORENFREUND tem em conta a atuação do sindicato no seu conjunto (e, portanto, a sua atuação como grupo de pressão ou no contexto de uma greve), sendo mais cauteloso quando trata da negociação coletiva (em que chega a afirmar, ob. cit., p.481, que “do ponto de vista da relação entre os conceitos de representatividade e de representação, a representatividade sindical, quando atribuída a grupos de direito privado não pode ser inteiramente separada de uma ideia de representação constituída sobre o mandato”). Do mesmo autor cfr., ainda, La représentation des salariés et l’idée de représentation, Droit Social 1991, pp. 685 e ss. Aqui, e depois de se questionar se a “representação” vai ao ponto de fazer nascer o grupo, sendo este uma construção social criada pela atuação do próprio representante, ou se será mais correto entender que o grupo assenta em uma comunhão natural de

um estatuto de quase incapacidade. Esta visão do sindicato como sendo quem interpreta ou define o interesse coletivo tem, é certo, na maioria dos sistemas democráticos (pelo menos europeus), que coexistir com o pluralismo sindical. Este último acarreta que em relação ao mesmo grupo de trabalhadores podem coexistir vários sindicatos que interpretam (ou podem interpretar) diferentemente o interesse do grupo<sup>47</sup>. Acresce que os próprios trabalhadores são hoje

---

interesses e precede a sua manifestação através da representação, “manifestação visível desse mesmo grupo” (ob. cit., p. 687), o autor não deixa de mencionar certos perigos que ameaçam a “representação” sindical. Desde logo a fragmentação do grupo cada vez mais fraturado por interesses divergentes. Depois, o risco de o “representante”, em um sistema neocorporativo assumir um estatuto quase público e ser capturado por uma lógica de gestão do social, agindo quase em parceria com o Estado (referindo-se a este modelo neocorporativo e à concertação social o autor afirma precisamente que “resta questionar se um regime democrático não perde em força e em credibilidade quando remete cada vez mais para os representantes do meio profissional para traçar os contornos de uma política económica e social, exonerando-se assim das suas responsabilidades” (ob. cit., p. 690). Estas inquietações fazem com que mesmo BORENFREUND acabe por valorizar o interesse individual, afirmando que a ideia de representação que atende ao grupo e aos interesses e direitos individuais não conduz a uma assimilação do interesse individual e do interesse coletivo, mas implica identificar o interesse individual e protegê-lo. “Cada trabalhador tem o direito de exigir, ao menos, que as escolhas realizadas o sejam com toda a clareza e inteligibilidade sem que os representantes possam contentar-se em invocar a existência de um interesse superior apresentado *a priori* como transcendendo os interesses em presença” (ob. cit., p. 691).

<sup>47</sup> Por vezes o pluralismo sindical parece ser mais tolerado que verdadeiramente desejado. Assim PAOLA BELLOCCHI, ob. cit., pp. 39-40, embora sublinhe que a garantia do pluralismo sindical é precisamente dada pela liberdade de organização em torno de um interesse profissional mais ou menos amplo, sem interferência da autoridade estatal, e reconheça que não é censurável a aspiração de um grupo profissional a ter uma presença ativa no âmbito do sistema sindical, acaba por afirmar que existe o risco de o pluralismo sindical protegido enquanto legítima diferenciação dos interesses, desembocar em “patológica fragmentação”: fragmentar-se-ia a representação e a solidariedade de classe com a multiplicação de categorias que assumem o seu próprio e específico interesse profissional como exclusiva razão de identidade. Também GUIDO TRIONI, *Il Sistema del Diritto Sindacale dalla Rappresentanza alla Rappresentatività*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 1985, pp. 529 e ss., p. 543, afirma que a pluralidade das organizações sindicais longe de ser um valor em si mesma é uma espécie de consequência tolerada do pluralismo organizativo e um exercício meramente potencial da liberdade. Na doutrina francesa, cfr., por exemplo, GÉRARD LYON-

mais heterogêneos entre si, podendo certos “subgrupos” ter necessidades e interesses específicos<sup>48,49</sup>. Apesar disso, boa parte da

---

CAEN, *Droit syndical et mouvement syndical*, *Droit Social* 1984, pp. 5 e ss., p. 8, para quem o pluralismo legal gera dificuldades quase intransponíveis: “a pluralidade de interlocutores sindicais com perspectivas diferentes sobre a conclusão de uma negociação”.

<sup>48</sup> ALBERT ARSEGUÉL, *ob. cit.*, p. 9, os trabalhadores subordinados não são hoje um grupo homogêneo. O movimento de individualização [mas também de precarização] gerou uma sociedade com múltiplos subgrupos: “Torna-se impossível para um sindicato querer ser representativo de uma tal diversidade, a qual, ao invés, conduz à multiplicação de organizações que pretendem ser todas representativas. Ora a representação caduca quando os membros do grupo deixam de considerar-se representados, deixam de considerar que a ação dos seus representantes os compromete efetivamente” (cfr., também, p. 23).

<sup>49</sup> Sem esquecer que certos segmentos podem não ser adequadamente defendidos pelos sindicatos (trabalhadores a termo, trabalhadores temporários, jovens), mas outros nem sequer o poderão ser legalmente (o que sucederá, por exemplo, se os trabalhadores autônomos, mas economicamente dependentes, não se puderem filiar). Estes “desertos sindicais”, na expressão de THIBAUT LAHALLE, são um dos fatores que poderá estar na base de movimentos como o dos coletes amarelos em França (a que só a pandemia parece verdadeiramente ter posto cobro) - sobre o tema cfr o interessante estudo deste autor, *Les gilets jaunes et le droit du travail*, *JCP, La Semaine Juridique, Édition Sociale* 2019, n.º 28, 1208, pp. 8 e ss; a referência aos desertos sindicais aparece na p. 11). Trata-se de um estudo muito interessante por várias razões: aponta, desde logo, a hostilidade de muitos sindicatos face a este movimento que é visto como “pondo em causa o monopólio de representação dos trabalhadores por parte dos sindicatos”. Depois porque refere que o movimento surge também da convicção muito disseminada em boa parte da população francesa da impotência dos sindicatos (o autor não deixa, aliás, de considerar algo paradoxal que o movimento dos coletes amarelos tenha conseguido uma série de vantagens retributivas e fiscais que muitas greves e formas de luta sindical não tinham conseguido). Acresce que o movimento abrangia pessoas - por exemplo, pequenos empresários- que não tinham quem os representasse no sistema de relações coletivas. Um outro fenómeno que identifica é que a circunstância de os sindicatos se deixarem atrair cada vez mais por uma lógica de diálogo e de concertação com o Estado pode criar a perceção junto do público que já não são verdadeiramente um contrapoder, mas mais um mecanismo disfarçado de execução e pseudolegitimação dos fins do Estado. Ora quando assim sucede o conflito social, que obviamente não desaparece, tende a manifestar-se, a irromper, por outros modos. E daí que o autor afirme, a nosso ver com alguma razão, que o fenómeno dos coletes amarelos é inquietante também por isso que parece traduzir a superação de um modelo de “representação” dos trabalhadores pelos sindicatos (*ob. cit.*, p. 12: “Avec la crise des “gilets jaunes”, c’est la question de l’utilité même des syndicats qui est posée (...) Le pouvoir politique a marginalisé les représentants des salariés. Partenaires quand’ils approuvent les réformes, ils sont au contraire écartés lorsqu’il les critiquent. Au fil du temps la faiblesse des

doutrina continua a afirmar que todos os sindicatos representam todos os trabalhadores ou que cada representante, cada sindicato, é que diz quem é que representa. E é claro que esta “representação” é cada vez mais concebida como uma representação de caráter político<sup>50,51</sup>.

Sublinhe-se, no entanto, que, ainda que dominante, esta visão não é pacífica. Para um outro segmento da doutrina a liberdade sindical é ainda liberdade de associação privada e o sindicato é, em primeira linha, uma instituição de autotutela dos interesses dos seus

---

contre-pouvoirs est devenue telle qu'ils n'ont plus été en mesure de jouer leur rôle d'interface entre le gouvernement et les travailleurs”).

<sup>50</sup> Ainda que por vezes alguns autores, mesmo quando defendem que só o sindicato pode ser intérprete do interesse coletivo cuja defesa se arroga, exprimam algumas inquietações face à deriva para uma “representação política”. Assim, para GEORGES BORENFREUND, Pouvoir de représentation et négociation collective, Droit Social 1997, pp. 1006 e ss., p. 1012, “Assiste-se a uma transposição do modelo da representação política para a esfera das relações profissionais. Mas o paralelo parece artificial porquanto as finalidades respetivas da representação política e da representação dos trabalhadores em uma empresa são bem diversos: afirmação da soberania, por um lado, e expressão de um contrapoder pelo outro”. Sobre a representação política cfr., igualmente, VALÉRIE BERNAUD, Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique? DS 2013, pp. 496 e ss., p. 496, que observa criticamente que “*a priori* representação política e representação sindical não têm nada em comum. Contudo, faz-se tudo hoje para uma aproximação das duas”.

<sup>51</sup> Este regresso no modelo neocorporativo a uma noção de representação “política” dos trabalhadores pelos sindicatos tem custos elevados. Desde logo, convém não esquecer que, como destaca ANNALISA PESSI, Unità sindacale e autonomia collettiva, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 105, a privatização da convenção coletiva e a passagem de uma representação sindical de tipo político institucional a uma representação de tipo privatista e associativo constituiu no passado o elemento determinante para a recuperação da liberdade e do pluralismo sindicais. “Em um sistema contratual que pressupõe a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual, na medida em que o indivíduo é parte do grupo de trabalhadores que assume relevância jurídica na medida em que se organiza em sindicato, o enraizamento da convenção coletiva no direito dos privados garante não apenas o pluralismo e a concorrência sindicais, mas protege as posições subjetivas individuais, tanto do empregador como do prestador de trabalho, da tendência da contratação coletiva à omnicomprensividade normativa” (ob. cit., p. 109).

filiados e que retira legitimidade da livre adesão dos mesmos<sup>52,53</sup>. Neste entendimento o interesse coletivo não é uma realidade metafísica, uma vontade geral concebida quase na esteira de ROUSSEAU, mas simplesmente o interesse comum aos interesses individuais dos filiados. Aliás, embora o sindicato seja o modo por excelência de autotutela de tais interesses, nem sequer está afastado que haja outros modos de defesa desse interesse coletivo (que poderá, pois, ser assumido por outros grupos<sup>54</sup> que não chegam a ser um sindicato) e que possa existir atividade “sindical”<sup>55</sup> de não

---

<sup>52</sup> Para EDUARD PICKER, *Zur Zukunft des Kollektivarbeitsrechts*, Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München, 2010, pp. 811, pp. 817 e ss., importa regressar às razões históricas que explicaram a existência das associações sindicais e de empregadores, bem como a própria existência de um sistema de constatação coletiva. Para o autor a autonomia das associações coletivas provém das bases, dos seus filiados, e, portanto, é autonomia coletiva privada. Tal explica aliás que as convenções coletivas em primeira linha produzam efeitos relativamente aos filiados nas associações outorgantes. E isto porque tais associações só têm o poder de criar normas jurídicas quando tal poder lhes foi atribuído por um ato de autonomia privada dos seus filiados. Além disso, cada trabalhador mesmo que filiado vê a sua autonomia protegida face ao poder sindical na medida em que esta não consiga proteger os seus interesses em melhor medida que o próprio trabalhador: o princípio do tratamento mais favorável assegura que as normas da convenção coletiva estabelecem apenas um tratamento mínimo permitindo que o contrato individual de trabalho se afaste em sentido mais favorável para o trabalhador, em função da sua capacidade individual de negociação.

<sup>53</sup> No sentido de que o sindicato ao celebrar uma convenção coletiva representa exclusivamente os seus filiados cfr. KURT H. BIEDENKOPF, *Grenzen der Tarifautonomie*, Müller, Karlsruhe, 1964, p. 90: um sindicato não é representante dos trabalhadores não filiados nele. Note-se, contudo, que este autor admite (ob. cit., p. 97) que se pode dizer que um sindicato tem a seu favor uma presunção de que a sua atividade é favorável aos trabalhadores.

<sup>54</sup> Como refere PAOLA BELLOCCHI, ob. cit., p. 36, a associação sindical é a forma mais relevante, mas não é a única, de autotutela dos interesses coletivos. Também MENEZES COREDIRO, ob. cit, p. 878, observa que “deve também admitir-se que uma organização não-sindical possa, ao abrigo da sua liberdade de atuação e da dos seus membros, desenvolver ações que defendam interesses sócio-profissionais dos trabalhadores nela associados”.

<sup>55</sup> MATTIA PERSIANI, *Condotta Antisindacale, Interesse del Sindacato, Interesse Collettivo e Interesse Individuale dei Lavoratori*, *Politica del Diritto* 1971, números 4-5, pp. 543 e ss., pp. 548-549: Se, por um lado, o termo sindical designa

sindicalizados, por paradoxal que tal possa parecer<sup>56,57</sup>. Este entendimento privatista da autonomia coletiva e a afirmação de que a mesma é, ainda, autonomia negocial privada<sup>58</sup>, são frequentemente acusados de assentar em conceções civilistas

---

tudo o que se refere ao sindicato, “entendido como organização que tem como escopo a tutela dos interesses dos trabalhadores” com o mesmo termo podem ser designados tais interesses, independentemente da organização que assume a sua tutela, em todos os casos em que não se trata de interesses meramente individuais mas de interesses referidos a um grupo, a uma coletividade de trabalhadores.

<sup>56</sup> ROSARIO FLAMMIA, Contributo all’Analisi dei Sindacati di Fatto, I - Autotutela degli Interessi di Lavoro, Giuffrè, Milano, 1963, um dos autores que mais criticou a doutrina dominante por concentrar a sua atenção quase exclusivamente nas relações entre o sindicato e o Estado ou com outros grupos que vivem no âmbito do sistema e, em contrapartida, mostrar pouco interesse em analisar as relações entre o sindicato e os interesses dos seus filiados, em função dos quais o sindicato existe, deixando a posição jurídica do indivíduo como que na sombra (p.6) afirmava que “a atividade de autotutela do indivíduo (...) pode existir também sem organização”: “O não organizar-se com outros pode ser considerado pelo indivíduo, em certos casos, como o modo mais oportuno para auto tutelar os seus próprios interesses de trabalho. Portanto, o comportamento de autotutela e o comportamento organizativo são entidades lógicas distintas porque autotutela e organização são conceitos jurídicos autónomos, diversos e distintos” (ob. cit., p. 72).

<sup>57</sup> Também SANTORO-PASSARELLI, ob. cit., p. 187, observava a este propósito: “Os trabalhadores singularmente considerados têm legitimidade para realizarem comportamentos e serem titulares de direitos que têm natureza sindical independentemente de poderem ser referidos ao sindicato como sujeitos. A atividade sindical não se resume exclusivamente à atividade do sindicato como sujeito ou melhor, não se esgota nem é delimitada pelo sujeito sindicato, mas é determinada e qualificada pelo próprio objeto da atividade. Por outras palavras, a natureza sindical da atividade não deriva do sujeito que a realiza, mas qualifica-se pelo objeto e conteúdo”. Podem, assim, considerar-se em sentido lato sindicais a assembleia geral de trabalhadores mesmo quando não convocada por uma comissão sindical ou intersindical ou a decisão de fazer greve tomada - o que no nosso direito é teoricamente possível - por não filiados.

<sup>58</sup> Cfr., por exemplo, REINHARD RICHARDI, Koalitions-gewalt und individuelle Koalitionsfreiheit, Archiv des öffentlichen Rechts 1968, pp. 243 e ss., p. 254: as partes de uma convenção coletiva zelam pelos interesses dos seus filiados. A autonomia coletiva, na parte que se reporta à liberdade de negociação coletiva, pertence ao direito privado e é uma modalidade ainda que especial da autonomia privada (“besondere Erscheinungsform der Privatautonomie”). Cfr., igualmente, p. 266: “a liberdade de associação e a liberdade sindical referem-se historicamente ao mesmo pensamento e estão dogmaticamente estreitamente ligadas, porque a liberdade de associação abrange a liberdade sindical”.

incapazes de compreender o direito coletivo do trabalho. Mas, por vezes, fica-se com a impressão de que o que se rejeita ao rejeitar a dogmática civilista é, antes, o resultado a que esta conduz da defesa da liberdade individual e do primado do indivíduo sobre as organizações sociais intermédias que pretendem saber, melhor do que cada pessoa, o que é “bom” para ela. Em suma, mais do que a defesa de um direito coletivo do trabalho, parece, por vezes, estar-se, antes, perante a defesa de um direito coletivista do trabalho<sup>59</sup>.

Como é evidente estas diferentes conceções do papel do sindicato e do que é o interesse coletivo (e quem o define) têm repercussões na importância que é atribuída à liberdade sindical negativa e no próprio conteúdo desta<sup>60</sup>. Numa visão marxista, a liberdade sindical negativa é uma pseudoliberdade, a falta de consciência de classe. Mas mesmo quando se afirma que o sindicato opera como o intérprete do interesse coletivo, tenderá a afirmar-se que a liberdade sindical na sua dimensão coletiva deverá prevalecer sobre uma liberdade negativa meramente individual. E daí que alguns autores manifestem assombro pelo interesse despertado pela liberdade sindical negativa: no fim de contas, ninguém se preocupa

---

<sup>59</sup> OTTO RUDOLF KISSEL, *Verblässende negative Koalitionsfreiheit?*, *Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft*, Festschrift für Peter Hanau, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1999, pp. 547 e ss, p. 560, refere-se a uma tendência clara do direito do trabalho para uma visão fortemente coletivista, acrescentando que se confia cada vez mais na convenção coletiva como uma espécie de lei da profissão.

<sup>60</sup> Neste aspeto assiste, parece-nos, razão a SEBASTIAN DE SOTO RIOJA, *ob. cit.*, p. 130, quando sustenta que “o que subjaz na discussão conceptual do aspeto negativo da liberdade sindical é uma opção sobre um modelo de promoção do sindical (...) não são mais que duas posições distintas acerca do papel que há-de desempenhar o sindicato e do desenho de todo um ordenamento das relações laborais”.

com a liberdade de não expressão ou com a liberdade de não associação ou de não reunião,

Ao invés, quem repudie esta visão quase mística do interesse coletivo e o encare mais modestamente como o denominador comum dos interesses individuais dos filiados no sindicato atribuirá muito maior peso à liberdade sindical negativa, que deveria abranger, não apenas a liberdade de não se filiar em um sindicato, e de não pagar quotizações a um sindicato em que se escolheu não estar filiado, mas também a liberdade de não ser prejudicado pela atividade, mormente, negocial, do referido sindicato<sup>61</sup>.

Assim, a tese dominante tende, com efeito, a afirmar que um sindicato, quando negocia uma convenção coletiva, representaria não apenas os seus filiados, mas todos os trabalhadores (inclusive os não filiados) potencialmente afetados pela definição daquele interesse coletivo. Mas mesmo quem adota esta tese fá-lo frequentemente com um *caveat*; é que esta representação do grupo na sua totalidade estaria reservada a associações sindicais verdadeiramente representativas<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> WOLFGANG ZÖLLNER, *Tarifmacht und Aussenseiter, Recht der Arbeit* 1962, pp. 453 e ss., p. 458: a liberdade sindical negativa não pode resumir-se na liberdade formal de não ser membro de uma associação sindical: o seu sentido essencial tem de ser o não estar sujeito sem consentimento ao poder normativo dessa associação, o que acarreta o poder de ficar fora da esfera da sua atividade de criação de normas. Na verdade, de pouco serve uma mera liberdade de não ser filiado e de não pagar quotas quando se fica sujeito a uma das principais atividades de um sindicato, a sua negociação coletiva. O não filiado não participou na formação da vontade do órgão do sindicato e não exprimiu qualquer consentimento em que lhe sejam aplicadas as normas criadas pela contratação coletiva desse sindicato - e o autor questiona, o que teria o não filiado de fazer para furtar-se a elas? Emigrar ou mudar de profissão?

<sup>62</sup> MASSIMO D'ANTONA, *Le varie dimensioni giuridiche dell'azione sindacale e della contrattazione*, in *Opere*, vol. II, *Scritti sul Diritto Sindacale*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 183 e ss., p. 185: "A administração dos interesses gerais dos trabalhadores, dos interesses gerais que o sindicato vai tutelar, por vezes com uma



E, por isso mesmo, ainda que se aceite que o sindicato não fala apenas pelos seus filiados e “representa” todos os trabalhadores (ou, ao menos todos os que se poderiam filiar nele) não se nos afigura convincente, com todo o respeito, a posição assumida aqui pelo Tribunal Constitucional.

Em primeiro lugar, e neste aspeto concordamos com o Acórdão, não ocorre nesta sede uma aplicação da convenção aos não filiados. Parece-nos, por isso mesmo, errada a asserção de LUIS MIGUEL MONTEIRO de que o artigo 206.º sobre a adaptabilidade grupal representaria “uma forma de extensão da convenção” e “o reconhecimento, ainda que parcial, da eficácia *erga omnes* daquela [da convenção]”<sup>63</sup>. Não há aqui qualquer extensão da convenção, como destacou NUNES DE CARVALHO e o próprio Acórdão do Tribunal Constitucional reiterou, citando este autor - a convenção não passa a aplicar-se aos 100% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica ou sequer aos não filiados desta equipa, secção ou unidade não abrangidos por esta (nem por portaria de extensão, nem por escolha da aplicação da mesma). O que sucede é que havendo convenção coletiva que abranja 60% dos trabalhadores da estrutura relevante o empregador passa a poder impor a adaptabilidade a todos os trabalhadores, excetuados apenas os mencionados no n.º 4 do artigo 206.º, quando sem a referida convenção só o poderia fazer com a aceitação de 75% dos trabalhadores (n.º 2 do artigo 206.º). Assim, a convenção não se aplica propriamente aos trabalhadores

---

interpretação em alternativa à da lei é uma tarefa para as grandes organizações que são capazes de ter uma visão geral do interesse dos trabalhadores”.

<sup>63</sup> LUIS MIGUEL MONTEIRO, Anotação ao artigo 206.º, Código do Trabalho Anotado, Pedro Romano Martinez e outros, Almedina, Coimbra, 13.ª ed., 2020, p. 521.

não abrangidos pela mesma e muito menos há aplicação *erga omnes* - aliás esta não tem lugar mesmo através da portaria de extensão uma vez que esta não estende a convenção a trabalhadores sindicalizados em outro sindicato não outorgante, quer este tenha, quer não tenha celebrado uma convenção coletiva, por respeito com a liberdade sindical positiva, ainda que aqui a lei exija, neste último caso, que a associação sindical tenha deduzido oposição à convenção coletiva em causa (é claro se tiver havido extensão, que pode nem sequer existir, com frequentemente sucederá face a um acordo de empresa; e parece-nos independentemente do sucesso da referida oposição). Sublinhe-se, aliás, que precisamente por isso que não há qualquer extensão da convenção, os não abrangidos pela mesma podem, desde logo, sofrer um prejuízo: é que o sindicato pode ter celebrado a convenção que prevê a adaptabilidade em troca de outras vantagens (por exemplo retributivas) que, em princípio, não se aplicarão aos não filiados que não escolham a convenção e que ficam ainda assim obrigados à adaptabilidade por força do artigo 206.º.

Mas importa sublinhar que a tal presunção de favorabilidade que o Tribunal Constitucional afirmou ser inerente a uma convenção coletiva pode, no fim de contas, ser afirmada em relação a um sindicato muito pouco representativo ao nível da empresa ou até do estabelecimento (e já nem sequer falamos do setor de atividade). Com efeito, o que a lei exige é que a convenção negociada pelo sindicato abranja 60% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica. Ora, e independentemente da incerteza inerente a estes conceitos, importa ter presente que uma empresa

pode ter vários estabelecimentos e, em um deles, uma secção em que pretende introduzir o regime da adaptabilidade. Por hipótese a empresa pode ter 200 trabalhadores, e 2 estabelecimentos, um com 60 e outro com 140 trabalhadores. Em uma secção, incluída neste último estabelecimento, onde se pretende introduzir o regime da adaptabilidade, trabalham 20 trabalhadores. Será então suficiente que a convenção em causa abranja 12 desses trabalhadores (num universo de 200 na empresa e de 140 no estabelecimento...) para que o regime de adaptabilidade possa ser imposto aos restantes trabalhadores da secção, mesmo que haja convenções que se apliquem a mais trabalhadores, tanto no estabelecimento, como na empresa.

É claro que o problema resulta aqui também da falta de critérios de representatividade sindical real ou efetiva no nosso sistema jurídico. Este nó górdio do nosso sistema de relações coletivas que não há coragem política de cortar - em grande medida, pensamos por força do sucesso político da concertação social como mecanismo de domesticação do conflito social e de enquadramento da própria contratação coletiva<sup>64</sup> - é cada vez mais um traço característico do nosso sistema, por comparação a outros como o espanhol ou o francês em que se evoluiu para sistemas de representatividade, baseados, pelo menos em parte, em critérios eleitorais. A isso acresce que para

---

<sup>64</sup> LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Direito à negociação colectiva e à greve...*, cit., p. 1904, menciona “as pertinentes críticas que têm sido feitas pela OIT, relativamente à ausência de critérios de representatividade das organizações que integram o Conselho Económico e Social, mais concretamente a Comissão Permanente de Concertação Social (artigo 9.º n.º 2 alíneas ii) a vii) da Lei n.º 108/91, de 17 de Agosto)”.

que um sindicato possa celebrar uma convenção coletiva<sup>65</sup> - por exemplo, um acordo de empresa - não se exige em Portugal um número mínimo de filiados, alguma antiguidade<sup>66</sup> ou sequer a demonstração, como sucede na Alemanha, por força de uma criação pretoriana, de alguma força social. E também nada parece impedir a criação de sindicatos de âmbito territorial muito limitado ou até de sindicatos de empresa<sup>67</sup>. O que potencia o perigo de sindicatos francamente minoritários, para já não falar de sindicatos amarelos e financeiramente dependentes do empregador, perigo a que voltaremos adiante.

Mas mesmo que se considere realista a afirmação da presunção de favorabilidade da convenção coletiva celebrada por qualquer sindicato, ou em geral da atuação deste, por mais liliputiano que ele

---

<sup>65</sup> Como destaca MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 230, “na maioria dos países da Europa há hoje uma tendência para impor regras de representatividade aos interlocutores negociais da contratação coletiva, embora o modo como tal exigência se processa seja muito variável”.

<sup>66</sup> A lei francesa, por exemplo, exige uma antiguidade de dois anos. Para BERNARD GAURIAU, Critères de représentativité. entre appréciation disjointe et appréciation conjointe, JCP, La Semaine Juridique, Édition Sociale, 2012, n.º 15, pp. 37 e ss., p. 39, o objetivo do legislador ao fazer tal exigência seria “evitaras criações oportunistas ou de circunstância e assegurar que a ação sindical é real”.

<sup>67</sup> Alguma doutrina critica esta possibilidade de criar um sindicato restrito a uma empresa. Para OTTO ERNST KEMPEN, “Form follows function” - Zum Begriff der “Gewerkschaft” in der tarif- und arbeitskampfrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, coord. por Hartmut Oetker, Ulrich Preis e Volker Rieble, Verlag C. H. Beck, München, 2004, pp. 733 e ss., p. 734. para que os sindicatos possam desempenhar genuinamente as suas funções de representação dos trabalhadores é necessário que sejam independentes (designadamente face aos empregadores), estruturados de maneira democrática e sobretudo que tenham um poder ou capacidade de se imporem à contraparte na conclusão de convenções coletivas o que passa pela capacidade e vontade de levar a cabo conflitos coletivos de trabalho. Mas o autor considera também importante que o sindicato não se circunscreva a uma única empresa, não apenas para assegurar a independência do sindicato, mas também pela necessidade de este representar um interesse coletivo suficientemente amplo. Embora não sufraguemos este entendimento, ele tem o mérito de alertar para a maior vulnerabilidade de um sindicato restrito a uma empresa.

seja, importa também ter presente que esta presunção pode não ser elidível para os não filiados. Na verdade, se na secção com 10 trabalhadores, trabalharem 6 filiados no sindicato outorgante, 3 não filiados e 1 filiado em outro sindicato que, por hipótese se opôs à extensão da convenção, este último pode invocar que quanto a ele a presunção foi elidida, mas os não filiados não têm modo algum de elidi-la. Terão de se contentar com a ideia de que o interesse coletivo deve prevalecer, obviamente, sobre os interesses individuais<sup>68</sup> e de que o sindicato, por ser um sindicato, visa naturalmente favorecê-los...

Uma outra questão, aparentemente sem resposta, é se os não filiados podem, ao menos, exigir qualquer demonstração de que a convenção coletiva abrange efetivamente 60% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica? Afigura-se-nos muito duvidosa essa possibilidade, uma vez que pensamos que os trabalhadores sindicalizados não são obrigados a revelar a sua filiação, nem ao empregador, nem aos colegas de trabalho (e não nos parece, tão-pouco, que os não filiados possam ser obrigados a informar os colegas da sua adesão a uma convenção). Assim, os trabalhadores não filiados terão de acreditar quando o empregador lhes disser que é essa a situação. Considerando a evolução do Código de 2003 para o Código de 2009 quanto ao conteúdo das convenções coletivas - em que como é sabido deixou de figurar a menção do número de trabalhadores abrangidos pela convenção, para passar a figurar apenas uma

---

<sup>68</sup> ANTOINE LYON-CAEN, *La négociation collective : Nouveaux horizons? Nouveaux problèmes?*, *Droit Social* 1997, pp. 1004 e ss., p. 1004, interrogava-se a este propósito: os beneficiários das convenções estão desprovidos de prerrogativas oponíveis aos autores das regras?

estimativa - a solução deixa-nos também neste ponto algumas dúvidas...

Destarte, os não filiados são, ou podem ser, prejudicados pela mera existência de uma convenção coletiva outorgada por um sindicato em que podem conscientemente ter optado por não se filiarem por entenderem que o mesmo não representava e não defendia adequadamente os seus interesses<sup>69</sup>.

E, mais uma vez com todo o respeito pela decisão do Tribunal Constitucional, julgamos que a situação contemplada no artigo 206.º do CT não pode ser equiparada à existência de portarias de extensão.

Na portaria de extensão, o Estado, que deve defender o bem comum, analisa no caso concreto se há razões mais ponderosas para permitir a extensão do que para recusá-la. O que se passa é que no nosso sistema, como não há critérios de representatividade real, o Estado tem o poder discricionário de estender uma convenção celebrada, mais uma vez por um sindicato pouco ou quase nada representativo<sup>70</sup>, podendo, de resto, dizer-se hoje o mesmo em relação por exemplo a uma associação de empregadores que tenha outorgado um contrato coletivo<sup>71</sup>. A portaria de extensão pode,

---

<sup>69</sup> VOLKER RIEBLE, *Tarifffreiheit*, EuZA 2017, pp. 228 e ss., p. 238: quem diz não à filiação não deve ser sujeito a uma espécie de paternalismo da convenção coletiva.

<sup>70</sup> Sobre os perigos das convenções coletivas celebradas por sindicatos “esqueléticos” ou liliputianos cfr., por todos, PETER SCHÜREN, *Tarifverträge ohne mitgliedschaftliche Legitimation - eine Skizze*, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, coord. por Hartnut Oetker, Ulrich Preis e Volker Rieble, Verlag C. H. Beck, München, 2004, pp. 877 e ss. O autor questiona igualmente a qualidade da representação dos interesses das minorias pelos sindicatos: refere designadamente o trabalho das mulheres (que não são propriamente uma minoria no mundo do trabalho, mas que seriam uma minoria nas direções dos sindicatos) e refere igualmente os trabalhadores temporários (ob. cit., p. 878).

<sup>71</sup> Sobre o tema cfr., por todos, o (ainda hoje essencial) estudo de LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão*,

nestas condições, transformar-se, por exemplo, em um instrumento para falsear a concorrência, usado designadamente por uma associação de empregadores que represente sobretudo grandes empresas para impor condições remuneratórias e outras que dificilmente são suportáveis por micro e pequenas empresas ou por empresas concorrentes na fase inicial da sua atividade<sup>72</sup>. No entanto, o perigo para a liberdade sindical negativa é apesar de tudo menor porque se espera que o Estado desempenhe a referida função de defesa do bem comum<sup>73</sup> e porque os interessados podem eventualmente opor-se à extensão.

Em todo o caso, permitimo-nos discordar, igualmente, da ideia de que subjacente à extensão das convenções coletivas esteja, ou pelo menos esteja em primeira linha, uma preocupação de igualdade. Aliás, existe no regime jurídico da portaria de extensão

---

in Estudos do Instituto do direito do trabalho, vol. I, coord. por PEDRO ROMANO MARTINEZ, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 759 e ss. e, mais recentemente, ANA TERESA RIBEIRO, Recentes desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais no domínio das portarias de extensão, Prontuário de Direito do Trabalho 2019, vol. I, pp. 315 e ss. Como esta última autora refere, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2012, independentemente de outras críticas aliás certas que lhe podiam ser dirigidas (ao menos de inconstitucionalidade orgânica e formal . cfr ANA TERESA RIBEIRO, ob. cit., p. 324) tinha ao menos o mérito de exigir uma representatividade real, ainda que só da associação de empregadores outorgante que solicitava a extensão, em certas condições. Hoje abandonado este critério regressou-se, na prática, á discricionariedade do Ministério do Trabalho e à possibilidade de extensão de convenções coletivas celebradas por associações pouco ou quase nada representativas...

<sup>72</sup> Cfr. ANA TERESA RIBEIRO, ob. ult. cit, pp. 120-121.

<sup>73</sup> Ainda que para alguns autores - sirva de exemplo MARIO NIGRO, Formazioni Sociali, Poteri Privati e Libertà del Terzo, PD (Politica del Diritto) 1975, pp. 579 e ss., p.598, esta esperança seja hoje praticamente vã. Para este autor o neocorporativismo conduz a uma refeudalização das estruturas públicas não se podendo hoje falar genuinamente de um interesse geral, pelo menos no sentido que este tinha como instrumento técnico e formal que vinculava a ordem jurídica e os seus atores ao respeito dos valores fundamentais da própria sociedade. Verifica-se uma procedimentalização do interesse geral que é apenas um interesse de composição ou compromisso.

um sinal claro de que a igualdade está longe de ser a preocupação determinante - é que a nossa lei permite à portaria de extensão estender no todo ou em parte a convenção (artigo 514.º n.º 1 do Código do Trabalho). Ora quando corra uma extensão em parte - o que é raro, mas não inédito - não há qualquer igualdade entre os trabalhadores diretamente abrangidos pelo âmbito subjetivo da convenção e os trabalhadores abrangidos pela portaria de extensão aos quais só se aplicará uma parte da convenção. Os autores que se debruçaram mais extensivamente sobre a história da contratação coletiva têm destacado que a extensão das mesmas se justifica, outrossim, pela tutela do efeito de cartel da convenção e não por qualquer (paradoxal) intenção de beneficiar *outsiders*<sup>74</sup>. Acresce que esta tendência para tentar impor a extensão das convenções - quando não mesmo a sua eficácia *erga omnes* - é reforçada na medida em que as convenções podem derogar a lei *in peius*. Perante convenções que se afastam da lei *in peius* a urgência de impô-las aos não filiados (e até aos filiados em outros sindicatos) é muito maior<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> GAMILLSCHEG, ob. Cit., p. 357, admite expressamente que a proteção dos trabalhadores não filiados é, quando muito, um efeito reflexo da extensão (“so ist die Begünstigung der Aussenseiter nicht mehr als ein Reflex der andere Zwecke der Allgemeinverbindlichkeit”). De resto, como sublinha, uma extensão que tivesse o objetivo fundamental de proteger os não filiados seria um convite à não filiação. Do que se trata é, em primeira linha, de proteger o efeito de cartel da convenção. No mesmo sentido cfr. KURT BIEDENKOPF, p. 100: “A extensão das normas acordadas [na convenção coletiva] aos trabalhadores não filiados é historicamente perspectivada como um processo que visa em primeira linha a tutela da associação sindical e a tutela do seu poder de criação de normas. Este é ameaçado pelos desvios de trabalhadores e pela aplicação a estes de outras normas”.

<sup>75</sup> Assim, precisamente, CLAUDIA SCHUBERT, Ist der Aussenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt?, Ein Beitrag zum sachlichen Schutzbereich der negative Koalitionsfreiheit, Recht der Arbeit 2001, pp. 199 e ss., p. 207: os sindicatos pretendem impedir que os seus próprios filiados fiquem sujeitos a uma regulamentação mais desvantajosa do que a dos não filiados. Daí a pressão para que os negociadores da convenção coletiva apareçam indiretamente como representantes de toda a profissão e não apenas



<sup>76</sup> porque há o risco de os filiados no sindicato que aceita tais soluções votarem “com os pés”<sup>77</sup>, ou seja, terminarem com a sua filiação (ainda que tal não tenha efeitos no imediato). Como também se multiplicam as vozes no sentido de suprimir o princípio do tratamento mais favorável, ou seja, a prevalência do contrato individual de trabalho sobre a convenção coletiva quando aquele seja mais favorável<sup>78</sup>.

---

representantes dos filiados e a defesa de que a convenção coletiva tenha eficácia *erga omnes*. A autora interroga-se se desse modo os parceiros contratuais não se transformam em um legislador substituto que não é legitimado nem pelos princípios democráticos, nem pela filiação.

<sup>76</sup> Para GUIDO TRIONI, ob. cit., pp. 535-536, que defende desassombadamente um sistema neocorporativo, quando as convenções coletivas continham sobretudo disposições favoráveis aos trabalhadores a irrelevância da adesão do trabalhador à associação sindical ou à convenção era evidente porque o trabalhador não tinha interesse em contestar que lhe fosse aplicada a convenção. Agora que a convenção coletiva pode afastar-se da lei em sentido desfavorável, a situação coloca-se de modo substancialmente diverso. A eficácia geral é, contudo, segundo o autor, necessária sob pena de os tratamentos desfavoráveis face à lei serem reservados aos trabalhadores sindicalizados.

<sup>77</sup> Como sublinha CHRISTINE WINDBICHLER, *Das Spannungsverhältnis von Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben*, in *Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben*, coord. por BERND RÜTHERS, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, pp. 101, não há qualquer controlo jurídico da bondade ou justeza do conteúdo das convenções coletivas. Mas para que a contratação coletiva desempenhe as suas funções é necessário um enquadramento legal, bem como a verificação de certas premissas. E um certo controlo provém da legitimação da capacidade normativa pela filiação ou adesão voluntária. Um sindicato que não consiga persuadir os seus filiados de que as soluções contratuais encontradas no âmbito da sua contratação coletiva são adequadas verá os seus filiados fugirem-lhe em maior ou menor medida. A liberdade sindical, também na sua componente de liberdade de desfiliação, é, de certo modo, um mecanismo de controlo. Nas palavras da Autora é “uma espécie de controlo de mercado” (“eine Art Marktkontrolle”). A autora acrescenta que as associações sindicais e de empregadores devem saber encontrar elas próprias o seu lugar e a sua clientela e não devem esperar que o Estado as “leve às costas” (pág. 105; “zum Jagen zu tragen”).

<sup>78</sup> SYLVAIN NÉRON, *La rénovation de la démocratie sociale: perspectives et prospectives*, *Revue de Droit du Travail* 2009, pp. 426 e ss., p. 435 : se a convenção coletiva tende a substituir a lei deve a prazo substituir o próprio contrato individual de trabalho ou, pelo menos, impor-se a ele, mesmo quando este último seja mais favorável: “Mas esta reforma contribui também à contratualização do acordo de empresa que, a prazo, deveria substituir o contrato individual de trabalho. Uma

Se a liberdade sindical negativa se reduz, no fim de contas, à liberdade de não se filiar em um sindicato e de não pagar quotizações para o mesmo, sem poder impedir que a atuação negocial deste tenha repercussões diretas nas condições de trabalho dos não filiados<sup>79</sup>, podendo, inclusive, introduzir alteração *in peius* relativamente às normas legais, então assume muito mais relevância a tutela dos não filiados. Por várias razões o nosso ordenamento está particularmente mal apetrechado para o efeito. Em primeiro lugar, e como o Comité Sindical da OIT destacou a negociação coletiva deveria ser uma função reservada a sindicatos genuinamente independentes e representativos. A exigência de independência - antes de mais face ao empregador, mas também face a partidos políticos, e em rigor, face ao próprio Estado - é, por assim dizer, conatural à própria noção de sindicato, mas não é suficiente, evidentemente, que a lei contenha (como a nossa lei efetivamente contém - vejam-se os artigos 405.º, 407.º e 446.º do CT) uma ou mais normas a consagrar tal exigência. A independência deveria, desde logo, e como sucede em França, ser acompanhada de uma

---

verdadeira revolução está em curso suscetível de pôr em causa a repartição clássica entre relações individuais e relações coletivas de trabalho. A próxima etapa na evolução do direito do trabalho francês será a de flexibilizar o acordo de empresa ao ponto de poder derrogar o contrato individual de trabalho, à imagem do direito das relações coletivas, aplicado nos Estados-Unidos”. “O último bastião contra a flexibilização da norma social é o contrato de trabalho (...) a evolução próxima porá em causa a autonomia do contrato de trabalho relativamente ao estatuto coletivo. O verdadeiro acordo de empresa permitirá contornar a rigidez do contrato individual de trabalho” (!).

<sup>79</sup> É interessante sublinhar que VITAL MOREIRA, Liberdade de Associação, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Fundamentais e dos Protocolos Adicionais, organizado por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, vol. II, p. 1841 e ss., p. 1849, afirma, em relação à liberdade de associação em geral que “ela implica outras liberdades individuais, nomeadamente as seguintes (...) a liberdade de não pagar quotas nem ser afetado por decisões de associação a que não se pertença” (o sublinhado é nosso).

transparência financeira<sup>80</sup> que possibilitasse aos cidadãos, e, desde logo, aos tribunais, saber quem financia um sindicato, mesmo admitindo que com as taxas de sindicalização tão baixas atualmente existentes em vários países europeus, o principal financiamento poderá até não provir das quotas sindicais, como seria desejável<sup>81</sup>, mas, por exemplo, do Estado - essencial, como é óbvio, é que não provenha do empregador (ou já agora, mas por outras razões, dos concorrentes do empregador). Algumas legislações, como a francesa, vão, aliás, mais longe, e exigem que o sindicato dê provas de ter uma efetiva influência e de que se comporta verdadeiramente como tal<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> A transparência financeira é uma das exigências da lei francesa para aferir da representatividade dos sindicatos e o Conseil d'État decidiu recentemente que "o respeito pela obrigação de publicidade das contas dos sindicatos deve ser considerado, pelas organizações a que diz respeito, como uma das condições a preencher para satisfazer o critério da transparência financeira, a não ser que satisfaçam esta obrigação de publicidade por medidas equivalentes" (14 nov. 2018, n.º 406007), decisão anotada por YANNICK PAGNERRE, *Transparence financière et implantation territoriale équilibrée d'une organisation syndicale*, JCP, La Semaine Juridique, Édition Sociale, 2019, n.º 4, 1024, pp. 42 e ss.

<sup>81</sup> Cfr. YANNICK PAGNERRE, *Conditions d'appréciation de l'indépendance d'un syndicat*, JCP, La Semaine Juridique, Édition Sociale, 2020, n.ºs 15-16, 2000, pp. 37 e ss. A cassation francesa já decidiu que a independência financeira do sindicato não exige, no entanto, que a sua principal fonte de financiamento seja representada pelas quotizações sindicais, admitindo um financiamento descendente 8º sindicato era parcialmente financiado por uma federação em que estava filiado. Em França admite-se que o financiamento possa provir do Estado, desde que de modo transparente. O problema reside em assegurar a neutralidade do Estado, uma vez que os sindicatos devem também ser independentes face ao Estado. Para YANNICK PAGNERRE, a independência dos sindicatos torna-se, assim, relativa.

<sup>82</sup> YANNICK PEGNERRE, ob. ult. cit., p. 39, cita decisões judiciais francesas que consideraram um indício de falta de genuína independência o facto de o pequeno número de filiados de um sindicato serem trabalhadores do departamento de recursos humanos do empregador e o facto de o sindicato se opor aos meios de conflito coletivo, designadamente às greves, desencadeadas por outras organizações sindicais. Os tribunais franceses atendem `experiência passada do sindicato porque esta permite verificar da sua real independência (ob. cit., p. 39: "l'appréciation de l'existence d'une activité du syndicat tournée vers la défense des intérêts salariés permet de vérifier si l'indépendance est respectée").

Outro aspeto de importância crescente é a exigência de democracia interna do sindicato<sup>83</sup>, sobretudo quando este participa, com os empregadores e suas associações, na formação de normas

---

<sup>83</sup> Sobre a exigência de democracia interna no sindicato cfr., por todos, PETER SCHÜREN, *Die Legitimation der tariflichen Normsetzung*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990. Como o autor sublinha (ob. cit., p. 230), em uma sociedade livre fica à discrição dos cidadãos como é que se organizam e não é evidente em uma democracia que todas as componentes da sociedade tenham que organizar-se democraticamente. Mas a exigência de participação democrática pelos filiados funda-se nas próprias funções que o sindicato é chamado a desempenhar. Também para BIEDENKOPF, ob. cit., p. 54, a estrutura democrática dos sindicatos é uma exigência que flui naturalmente da circunstância de que tais associações têm a possibilidade de criar direito objetivo (“Die Befugnis zur Regelsetzung setzt voraus, dass die Regierten auf den Inhalt der Regelung einwirken können. Nur eine demokratische Organisation des Verbandes kann eine solche Einwirkung in geordneter Form gewährleisten”), autor que, aliás, não hesitava em concluir que associações sindicais em que faltasse a democracia interna não deveriam ter a possibilidade de celebrar convenções coletivas („Eine Gewerkschaft die nicht den Ansprüchen demokratischer Organisation genügt, ist nicht tariffähig”). BIEDENKOPF acrescentava que o legislador não está autorizado, em um Estado de Direito democrático, a reconhecer um poder normativo a grupos que não estejam suficientemente legitimados por aqueles que ficarão sujeitos à aplicação das normas criadas por esses grupos (ob. cit., p. 52). Outras fundamentações, que aliás podem coexistir, têm sido propostas e foram analisadas por SCHÜREN, ob. cit., pp. 232 e ss. Assim para RAMM e NIKLISCH o poder dos sindicatos relativamente aos seus filiados e a necessidade constitucional de garantir a dignidade e o respeito pelo indivíduo implicam a necessidade dessa estrutura democrática como meio de tutelar o indivíduo face a um potencial abuso do poder social. Para outros como RIDDER trata-se de uma exigência do Estado de Direito Social e para SCHOLZ é a própria liberdade sindical individual que exige democracia interna: a liberdade sindical exige a pluralidade na discussão dos interesses, a necessidade da representação de todos os interesses, mesmo das minorias, no processo de formação da vontade e que a maioria não silencie as minorias. Sobre o tema cfr., igualmente, MARC TOBIAS ROSENAU, *Die Koalitionsbetätigungsfreiheit im gewandelten Kontext*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2013, p. 31. Para este autor, as associações sindicais e de empregadores desempenham no quadro da autonomia negocial coletiva uma função similar a órgãos legislativos, exercendo a sua atividade em um espaço de liberdade que lhes é concedido pelo Estado que se restringe nessa matéria, deixando-lhes a possibilidade da criação de normas jurídico-laborais. Esta substituição do Estado pelas associações torna necessário que no quadro da autonomia negocial coletiva só possam atuar associações que demonstrem ter um mínimo de estrutura democrática.

jurídicas através da contratação coletiva<sup>84</sup> - estes grupos sociais intermédios podem, de resto, representar uma grave ameaça à liberdade individual dos próprios trabalhadores que afirmam representar<sup>85</sup>. Isto sem esquecer o perigo, que ao contrário do que alguns pensam, não desapareceu, de sindicatos amarelos<sup>86</sup> ou de favor.

---

<sup>84</sup> Como já em 1983 destacava SUPIOT, ob. cit., p. 66, quando afirmava que o carácter democrático das instituições sindicais é uma condição importante da eficácia de um direito coletivo do trabalho de natureza convencional, acrescentando que “uma má representação dos trabalhadores, como aliás também dos empregadores, afetados pelos acordos priva a negociação coletiva do seu principal interesse que é o de adaptar as regras aplicáveis às aspirações daqueles a quem elas são aplicadas, aspirações que se não forem tomadas na devida conta acabam por exprimir-se de outro modo”.

<sup>85</sup> Sobre este tema parece-nos ser ainda hoje fundamental o texto já citado de MARIO NIGRO. Para este autor, ob. cit., p. 580, “Boa ou má, grande ou pequena, com singularidade ou pluralidade de escopos, qualquer formação social instala-se no corpo mais amplo com pretensão a ter uma posição diferenciada, uma condição de privilégio para si e para os seus próprios sócios: constrói por si mesma esta posição, exige o seu reconhecimento e a proteção do corpo maior, reforça-a de facto e frequentemente amplia-a abusivamente”. O autor que fala desassombadamente de uma refeudalização da sociedade, refere-se a uma crescente participação de alguns destes grupos ou formações sociais no processo político deixando o terceiro, o cidadão não filiado particularmente vulnerável ao seu poder. Com efeito, “para o terceiro - para o cidadão como tal - não há mais, na esfera pública, um lugar de asilo; ele já não encontra no direito público um sistema geral de proteção. A esfera pública deixou lugar a uma esfera mista ou intermédia em que quem dita as leis são precisamente as formações sociais, compreendidas também aquelas que são apenas o resultado de uma fragmentação do Estado” (ob. cit., p. 596). Daí que para MARIO NIGRO assumam uma nova importância a proteção do filiado “dentro” da associação, bem como os momentos da sua admissão e exclusão (p. 599: “Sabemos que um dos momentos da vida das formações mais perigosos para os terceiros é constituído pelo momento da admissão do terceiro na formação e correlativamente o da exclusão do sócio, da sua degradação a terceiro”).

<sup>86</sup> Sobre o perigo de sindicatos “amarelos” cfr. MICHAEL KITTNER, *Kommen die “Gelben” zurück?*, Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 595 e ss., que refere, aliás, um caso de uma empresa alemã que identifica que gastou milhões de euros na criação do «seu» sindicato e HERMANN UNTERHINNINGHOFEN, “Gelber” Anachronismus? - Zu Fehlentwicklungen im Koalitionsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 676 e ss., que alerta para o perigo do regresso de um fenómeno que alguns consideravam

Existem, ainda, outras vias a desenvolver, como sejam a afirmação de um núcleo de direitos individuais de que só cada pessoa e não um dos seus autoassumidos representantes deveria dispor<sup>87</sup> ou a vinculação das convenções coletivas aos direitos fundamentais, ainda que, tratando-se de acordos entre pessoas privadas, seja delicado afirmar tal vinculação.

Se os sindicatos - e as associações de empregadores - se afirmam cada vez mais como “legisladores” (já que a convenção coletiva é fonte de direito e é interpretada como a lei) e genuínos artífices da política legislativa em matéria social<sup>88</sup>, então assume para o cidadão, crescentemente sujeito ao seu poder mesmo que não seja filiado, uma importância vital que tais associações sejam, ao menos,

---

anacrónico. Por seu turno PAOLA BELLOCCHI, ob. cit., p. 36, refere que os sindicatos de favor são “uma degeneração tanto mais insidiosa quanto dissimulada do princípio da liberdade sindical”.

<sup>87</sup> LORENZO ZOPPOLI, *Sindicati e contrattazione collettiva : vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie ?* Lavoro e Diritto 2015, pp. 415 e ss., p. 420: “Liberdade sindical, greve e democracia para coexistirem devem partilhar um quadro de regras constitucionais em que a liberdade coletiva ou pseudocoletiva não ponha em causa o reconhecimento mais amplo de outros direitos, a começar pelos dos próprios trabalhadores”.

<sup>88</sup> JEAN-MAURICE VERDIER, *Libres propos à partir d’une expérience. L’application des normes de l’OIT relatives à la liberté syndicale*, in *Le syndicalisme salarié*, dir. por Bernadette Lardy-Pélissier e Jean Pélissier, Dalloz, Paris, 2002, pp. 81 e ss., pp. 89-90 : “Uma consequência tanto dos princípios da independência [sindical], como do pluralismo é a da igualdade de tratamento entre os sindicatos. Esta não suscitou problemas nos países capitalistas enquanto a função dos sindicatos se limitou à contestação e à reivindicação, porquanto o fracasso destas seria a sanção natural da não representatividade de facto de um sindicato. Mas a partir do momento em que a legislação reconheceu aos sindicatos um certo papel na participação na organização da vida profissional e mesmo na elaboração da política económica e social, importa renunciar a uma aplicação estrita da igualdade porque não poderia confiar-se [tais funções de representação ou participação] a entidades fantasistas, esqueléticas, favorecidas ou mesmo suscitadas por empregadores”

verdadeiramente representativas<sup>89</sup>, transparentes (mormente do ponto de vista financeiro) e funcionem em moldes democráticos,

E subsiste, claro, a questão fulcral: fará sentido no nosso ordenamento a premissa de que um sindicato existe, logo representa (e representa todos, mesmo os que nunca se filiarão nele)?

---

<sup>89</sup> ROMAGNOLI, ob. cit., p. 17: “Numa democracia constitucional é inadmissível a vocação de qualquer poder seja qual for a sua natureza a ser autorreferencial. Nem o sindicato pode subtrair-se a questões que respeitam ao fundamento da sua legitimação para participar como protagonista em processos de produção de normas válidas no confronto de multidões de cidadãos que não lhe conferiram qualquer mandato representativo”.

WWW.IDT.FDULISBOA.PT



REVISTA INTERNACIONAL DE  
DIREITO DO TRABALHO

idt

Instituto de Direito do Trabalho  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa