

TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Pela Dr.^a Fabrícia de Almeida Henriques

SUMÁRIO:

CAPÍTULO I – ANÁLISE SUMÁRIA DO REGIME JURÍDICO. 1. Transmissão do Estabelecimento. 1.1. Noção de estabelecimento. 1.1.1. Perspectiva de direito interno. 1.1.2. Perspectiva de direito comunitário. 1.2. Noção de transmissão. 1.2.1. Perspectiva de direito interno. 1.2.2. Perspectiva de direito comunitário. 1.3. Análise crítica. 2. Mecanismos de Protecção do Trabalhador. 2.1. Perspectiva de direito interno. 2.1.1. Abordagem do regime jurídico. 2.1.2. Análise crítica. 2.2. Perspectiva de direito comunitário. 2.2.1. Abordagem do regime jurídico. 2.2.2. Análise crítica. 2.3. Apreciação conjunta. 3. Responsabilidade por dívidas. 3.1. Perspectiva de direito interno. 3.1.1. Abordagem do regime jurídico. 3.1.2. Análise crítica. 3.2. Perspectiva de direito comunitário. 3.2.1. Abordagem do regime jurídico. 3.2.2. Análise crítica. 4. Distinção de figura afim – cessão de posição contratual. 5. Transmissão do Estabelecimento no plano da regulamentação colectiva de trabalho. 5.1. Perspectiva de direito interno. 5.2. Perspectiva de direito comunitário. 5.3. Análise crítica. 6. Conclusões. CAPÍTULO II – MODOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS. 1. Nota introdutória. 2. *Outsourcing*. 2.1. Análise conceptual. 2.2. Enquadramento legal. 3. Grupos de Empresas. 3.1. Análise conceptual. 3.2. Enquadramento legal. CAPÍTULO III – A TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO PERANTE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS. 1. Implicações a nível do *Outsourcing*. 2. Implicações a nível dos Grupos de Empresas. SÍNTESE. BIBLIOGRAFIA.

Modo de citar

As obras são citadas pela primeira vez pelo autor, título, local de publicação, data e página, sendo que as referências subsequentes

tes mencionam o autor e a página, com remissão para o título já indicado.

Os algarismos, sem indicação expressa, reportam-se, consoante o contexto, a páginas ou datas.

As disposições legais, sem indicação expressa da fonte, correspondem a artigos do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969, com as alterações subsequentes.

As expressões em latim são citadas no original, em itálico.

A bibliografia consultada e citada consta do final do presente trabalho.

Enquadramento e razão de ordem

Como pano de fundo do presente trabalho, elegemos a temática da transmissão do estabelecimento e suas implicações no plano laboral, pelo interesse que, cremos, a matéria reveste e, ainda, pela panóplia de questões, da maior relevância, que a seu propósito se levantam.

Tendo, porém, plena consciência da vastidão dos problemas que lhe estão associados, impôs-se uma delimitação do objecto da nossa exposição, atentas as características deste estudo, da qual daremos conta de seguida.

Assim, interessou-nos, sobretudo, cotejar a regulamentação actualmente em vigor com as novas realidades que têm vindo a alterar a face da relação laboral clássica, em especial, testando a sua aptidão para abarcar os novos modos da organização empresarial, os quais, neste momento sem grandes pretensões de rigor, poderemos abranger sob a expressão genérica, mas suficientemente significativa, de flexibilidade.

Na verdade, no novo contexto da competitividade empresarial, a flexibilidade converteu-se num conceito-chave, tanto no que respeita à definição da estratégia a adoptar pelas empresas, como no que concerne à estrutura da organização.

A célere evolução tecnológica, os efeitos da globalização, o novo contexto económico e a rapidez com que novos produtos são introduzidos no mercado obrigam-nas a um processo de adaptação,

por forma a serem capazes de dar resposta às acções empreendidas pela concorrência.

Para que tal objectivo possa ser atingido, impõe-se que todas as empresas sejam dotadas de uma direcção estratégica e de uma estrutura organizativa flexível.

Esta necessidade premente de flexibilização dos esquemas tradicionalmente adoptados, no que toca à gestão empresarial, deu azo ao desenvolvimento e à implementação de novas orientações, dentre as quais se destaca a organização das empresas em grupo e, mais recentemente, os fenómenos de *outsourcing* (“contratação” ou “subcontratação”).

Qualquer dos dois pode afectar seriamente o “factor trabalho”, na empresa, não sendo, portanto, despiciendas as suas consequências, uma vez que os recursos humanos se configuram como um eixo determinante da competitividade das organizações empresariais.

Neste contexto, e ainda que sem perder de vista que tais fenómenos correspondem apenas a uma pequena parcela da tendência crescente no sentido da flexibilização das relações laborais, e que, além disso, os mesmos não têm de estar, necessariamente, conexiionados com a temática da transmissão do estabelecimento, optámos por centrar a nossa investigação no *outsourcing* e no agrupamento de empresas, não apenas por revestirem o maior interesse no plano económico, mas, sobretudo, pelas implicações cada vez mais significativas que têm tido nas mais diversas áreas do Direito, com particular incidência no Direito Laboral.

Explanadas as razões que ditaram a escolha do tema, impõem-se agora algumas notas acerca do tratamento de que o mesmo vai ser objecto e da forma que a exposição vai revestir.

Começaremos por traçar um rápido esboço do regime jurídico vigente, procedendo a uma análise comparada das regulamentações nacional e comunitária.

Nestes termos, impõe-se trazer à colação o art. 37.º LCT, que, sob a epígrafe “Transmissão do estabelecimento” traça o regime jurídico a que esta se encontra sujeita e, bem assim, as consequências que dela decorrem para a posição jurídica do trabalhador.

Apesar de registar algumas diferenças ao nível da redacção, o citado preceito corresponde, na generalidade, ao art. 37.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho anteriormente em vigor, aprovado pelo D.L. n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966, que, por sua vez, encontra os seus antecedentes no art. 20.º da Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937.

Não ficaria, porém, completa a nossa análise, sem que fosse dado um especial enfoque à regulamentação comunitária, na sequência da integração de Portugal na Comunidade Europeia, dado que a questão em apreço não se circunscreve às fronteiras traçadas pela LCT.

Com efeito, o seu enquadramento normativo estende-se à Directiva n.º 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977 ⁽¹⁾, alterada pela Directiva 98/50/CE, de 29 de Junho ⁽²⁾, que versa sobre a matéria da manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresa, estabelecimento, ou parte de estabelecimento ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

Sempre que tal se revele adequado, procuraremos apresentar as principais tendências da doutrina e jurisprudência, em ambos os planos.

No tocante à metodologia adoptada, abordaremos especificamente os conceitos fundamentais de estabelecimento e transmissão, aproveitando o ensejo para tecer algumas apreciações críticas, em nosso entender dignas de realce.

Precisado o objecto do nosso estudo, deter-nos-emos, com particular atenção, nos mecanismos que o referido regime oferece ao trabalhador, em defesa dos seus interesses.

De forma necessariamente breve, abordaremos, em seguida, a matéria da responsabilidade por dívidas, os pontos de contacto e de afastamento da transmissão do estabelecimento, relativamente à

(1) Publicada no JOCE L 61, de 5 de Março de 1977, pág. 26

(2) Publicada no JOCE L 201, de 17 de Julho de 1998, pág. 88.

(3) O prazo de transposição desta segunda Directiva para o direito interno dos Estados-membros termina em 17 de Julho de 2001.

(4) As referências efectuadas, doravante, a "Directiva" referem-se à redacção consolidada do texto em causa.

figura da cessão da posição contratual e os seus reflexos no plano da regulamentação colectiva de trabalho.

Num segundo momento, daremos particular ênfase às novas tendências de organização empresarial já referenciadas, visando aqui precisar os seus contornos, realçar as motivações que lhes subjazem, atendo-nos, por fim, ao enquadramento legal a que podem ser reconduzidas.

Num derradeiro capítulo, e contextualizada a problemática que nos ocupa, tentaremos identificar em que medida o regime da transmissão do estabelecimento se interliga com o *outsourcing* e os grupos de empresas, viabilizando ou vedando a implementação dos referidos modelos, bem como o seu impacto na posição jurídica dos trabalhadores por eles afectados.

Um capítulo final acolhe, de forma necessariamente sumária, as principais conclusões deste estudo.

CAPÍTULO I

Descrição e análise do regime jurídico

1. Transmissão do estabelecimento

1.1. *Noção de estabelecimento*

1.1.1. *Perspectiva de direito interno*

Atenta a epígrafe do art. 37.º, impõe-se proceder, nesta primeira fase, à dilucidação da expressão “transmissão de estabelecimento” para os efeitos do disposto neste preceito, não sem antes, contudo, nos debruçarmos atentamente sobre o objecto a transmitir, o “estabelecimento”.

Fazendo apelo a uma noção de estabelecimento, são-lhe genericamente imputadas certas características, como sejam tratar-se de uma “*organização afectada ao exercício de um comércio ou indústria*” ou “*conjuntos subalternos*” que correspondam a uma “*unidade técnica de venda, de produção de bens ou de fornecimento de serviços*”, desde que a unidade destacada do estabeleci-

mento global seja “*dotada de uma autonomia técnico-organizativa própria*”, constituindo uma “*unidade produtiva autónoma*”, com “*organização específica*” (5).

Note-se, porém, que para se poder falar em estabelecimento, não basta que deparemos com um conjunto ou um mero somatório de bens corpóreos, sendo outrossim imprescindível que todos esses bens integrem um todo organizado, com vista ao exercício de uma actividade (6).

Orlando de Carvalho apela a uma noção de estabelecimento entendido como “*organização afectada ao exercício de um comércio ou indústria que pode compreender mais do que uma unidade técnica*” (7).

Assim, se poderá concluir que o conceito de estabelecimento a que o legislador recorreu no art. 37.º não tem de coincidir integralmente com o exacto conceito de estabelecimento adoptado

(5) LOBO XAVIER, *Substituição da empresa fornecedora de refeições*, RDES, ano XXVIII, 1986, n.º 3, págs. 397 e 398.

(6) A este propósito, destacaríamos uma decisão do STJ, de 10 de Abril de 1994, BTE, 2.ª série, n.º 4-5-6/94, pág. 373: “*O que há de característico no conceito do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua actividade é que o mesmo deve ser encarado como um todo, como uma universalidade, como uma unidade económico-jurídica mais ou menos complexa, que na sua transmissão se compreendem normalmente todos os elementos que o compõem, incluindo a sua organização económica e produtiva.*”; Ainda digno de realce, o Ac. STJ, de 30 de Junho de 1999, CJ, ano VII, 1999, I, pág. 282: “*Por estabelecimento deve entender-se quer a organização afectada ao exercício de um comércio ou indústria, quer os conjuntos subalternos que correspondam a uma unidade técnica de venda, de produção de bens, ou de fornecimento de serviços, desde que a unidade destacada do estabelecimento global seja dotada de autonomia técnico-organizativa própria, constituindo uma unidade produtiva autónoma, com organização específica.*”; Ac. RE, de 10 de Julho de 1997, (que não se encontrou publicado e cuja consulta se fez informaticamente em http://www.tre.pt/jurispr/48_96_ac.html) de acordo com a qual: “*O facto de se adquirir o edifício onde funciona um estabelecimento, por si só nada tem a ver com o estabelecimento propriamente dito, enquanto unidade produtiva autónoma. São realidades juridicamente distintas.*” Igualmente, Ac. STJ, de 14 de Fevereiro de 1991, AJ, 15.º 16.º, pág. 15: “*Por estabelecimento, para os efeitos do n.º 1 do art. 37.º da LCT, deve entender-se toda a organização produtiva, comercial, industrial ou agrícola.*”; Ac. STJ, de 5 de Maio de 1993, BTE, 2.ª Série, n.º 10-11-12/95, pág. 1091: “*Estabelecimento comercial é uma organização de meios materiais e humanos para o exercício de uma actividade, um núcleo ou ramo, dotado de autonomia, em termos de constituir uma unidade produtiva autónoma, com organização específica.*”.

(7) ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, pág. 717.

pela doutrina comercialista. De facto, os próprios comercialistas fazem apelo a uma noção mais restrita de estabelecimento, que, de acordo com a lição de Ferrer Correia, corresponderia à “unidade técnica de venda, de produção de bens ou de fornecimento de serviços, ..., como organização afectada ao exercício de um comércio ou indústria, ..., que pode compreender mais do que uma unidade técnica.” (8).

1.1.2. *Perspectiva de direito comunitário*

Na busca da aceção de estabelecimento, para efeitos do direito comunitário, constata-se que a Directiva emprega os termos “empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento”, para os quais não apresenta qualquer definição e que, como tal, devem ser entendidos como concretizações de uma realidade mais ampla de “unidade económica”.

Recorrendo à redacção do art. 1.1.b), neste se afirma que deve estar em causa *uma entidade económica que mantenha a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória.*”

Numa tentativa de precisar os contornos do objecto transmitido, o TJCE vem definir o conceito de “entidade económica” como *“um conjunto estável e organizado de pessoas e elementos, que permite e está destinado a exercer uma actividade económica, com um objectivo próprio”* (9).

Da formulação ampla adoptada pelo legislador comunitário se conclui que a directiva se aplica quando esteja em causa qualquer tipo de empresa ou estabelecimento, sejam de direito público ou privado e independentemente de prosseguirem ou não fins lucrativos.

Apenas os navios são expressamente excluídos do âmbito de aplicação da Directiva.

(8) FERRER CORREIA, Lições de Direito Comercial, 1, (1973), pág. 207.

(9) Ac. TJCE, de 19 de Setembro de 1995, C-48/94, Rygaard, 1995, pág. 1-2745.

1.2. Noção de transmissão

1.2.1. Perspectiva de direito interno

Da leitura do art. 37.º e da sua interpretação doutrinária e jurisprudencial ⁽¹⁰⁾ decorre o entendimento pacífico de que o texto legal, ao empregar o vocábulo “transmissão” no n.º 1, o utiliza em sentido amplo, referindo-se à passagem do complexo jurídico-económico onde o trabalhador exerce a sua actividade, da esfera jurídica do empregador para outrem, leitura essa reiterada pela expressão “por qualquer título”.

Vem confirmar este entendimento a redacção do n.º 4 do mesmo preceito, que equipara a mera transmissão da exploração do estabelecimento à transmissão da titularidade, determinando a aplicação de regime idêntico, com as devidas adaptações.

Efectivamente, se atentarmos na casuística que se tem desenvolvido, a propósito deste preceito, constatamos que o mesmo abrange uma multiplicidade de situações, das quais destacamos:

(i) *trespasse* ⁽¹¹⁾;

⁽¹⁰⁾ Vide Ac. RE, de 10 de Julho de 1997 (que não se encontrou publicado e cuja consulta se fez informaticamente em http://www.tre.pt/jurispr/48_96_ac.html): “O normativo é bem claro e a sua ratio não deixa dúvidas: a transmissão dos contratos de trabalho (*ope legis*) para o adquirente, por qualquer negócio translativo ...”; Ac. STJ, de 17 de Outubro de 1990, AJ, 12.º, pág. 20: “O art. 37.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo D.L. n.º 49 408, de 24.11.1969, estabelece um critério muito amplo para abranger as transmissões de estabelecimento ou de exploração de estabelecimento, como resulta logo das expressões ali empregadas: “adquirente de estabelecimento por qualquer título” e “quaisquer actos ou factos que envolvam a transmissão da exploração do estabelecimento” e assim tem sido entendido na jurisprudência.”; Ac. STJ, de 24 de Maio de 1995, Acórdãos Doutriniais, 408.º, pág. 1383: “O citado artigo 37.º pretende consagrar um conceito amplo de transmissão do estabelecimento, englobando todas as situações em que a titularidade do estabelecimento comercial ou industrial se transfere de um sujeito para outro...”; Ac. STJ, de 30 de Junho de 1999, CJ, ano VII, 1999, I, pág. 282: “O n.º 1 do art. 37.º da LCT consagra uma noção ampla de transmissão de estabelecimento.”.

⁽¹¹⁾ Ac. RP, de 25 de Março de 1985, publicado no BTE, 2.ª série, n.º 1-2/88, pág. 178: “Em caso de *trespasse*, e não havendo qualquer acordo quanto ao futuro dos trabalhadores, mantêm-se em vigor os respectivos contratos de trabalho, não havendo qualquer alteração da situação anterior dos mesmos”.

- (ii) venda judicial ⁽¹²⁾, designadamente no decurso de processo de falência ⁽¹³⁾;
- (iii) fusão ou cisão ⁽¹⁴⁾;
- (iv) aquisição de uma empresa privada por uma pessoa colectiva de direito público ⁽¹⁵⁾;
- (v) reversão do estabelecimento do franquiado para o franqueador ⁽¹⁶⁾;
- (vi) mera transmissão de facto do estabelecimento ⁽¹⁷⁾;
- (vii) casos de negócio inválido ⁽¹⁸⁾.

⁽¹²⁾ **Ac. STJ de 26 de Setembro de 1990**, Acórdãos Doutriniais, 349.º, pág. 132.

⁽¹³⁾ **Ac. RL, de 27 de Novembro de 1991**, CJ, 1991, 5.º, pág. 167: “A declaração de falência da entidade patronal não determina, só por si, a caducidade dos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, mormente se o estabelecimento continuou a funcionar e foi mais tarde adquirido por outra entidade, pelo que se está perante uma transmissão para efeitos da lei laboral”.

⁽¹⁴⁾ Vide, a este propósito, **Ac. STJ, de 30 de Junho de 1999**, CJ, ano VII, 1999, I, pág. 282: “Englobam-se no conceito os casos de mudança de titularidade do estabelecimento por fusão ou cisão de sociedades, sendo que, nos termos da al. p) do art. 119.º do CSC, os contratos que vinculavam a sociedade a cindir não se extinguem por força da cisão.”. A nível legislativo, o art. 97.º ss. CSC, Directiva n.º 77/187/CEE, Directiva n.º 78/885/CEE, de 9 de Outubro (Terceira Directiva do Conselho das Comunidades Europeias relativa a fusões de sociedades anónimas) e a Directiva n.º 82/891/CEE, de 17 de Dezembro (Sexta Directiva do Conselho das Comunidades Europeias relativa a cisões de sociedades anónimas).

⁽¹⁵⁾ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS, NUNES DE CARVALHO, Comentário às Leis do Trabalho, Vol. I, Lex, pág. 176.

⁽¹⁶⁾ Relativamente a esta situação concreta, vide ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, Lisboa, Vol. I, 1998, 3.ª ed., Lisboa, pág. 473: “O disposto no art. 37.º LCT ainda será válido para justificar outras situações em que, sem transmissão, alguém assume a gerência de estabelecimento de outrem, por exemplo, quando o estabelecimento do franquiado reverte para o franquiador.”.

⁽¹⁷⁾ Nesse sentido, vide **Ac. RP de 14 de Março de 1988**, BMJ 375.º-451: “O art. 37.º do RJCJT aprovado pelo D.L. n.º 49408 de 24 de Novembro de 1969 é aplicável mesmo nos casos de mera transmissão de facto do estabelecimento”; ainda, **Ac. RL de 11 de Maio de 1988**, BMJ 3 77.º-540: “A responsabilidade para o novo adquirente do estabelecimento não resulta só do trespasse, mas de qualquer forma de transmissão daquele e seja ela titulada ou não por convenção escrita” e **Ac. RC, de 22 de Abril de 1992**, CJ, 1993, 2.º, pág. 80: “Para que, nos termos e para os efeitos do art. 37.º da LCT, se verifique a transmissão de estabelecimento, basta qualquer simples transmissão de facto.”.

⁽¹⁸⁾ **Ac. RL de 3 de Junho de 1992**, CJ, 1992, 3.º, pág. 274: “A transmissão do estabelecimento regulada no art. 37.º do Regime Jurídico, aprovado pelo D.L. n.º 49 408, abarca todas as situações de transmissão, mesmo as inválidas por falta da forma prescrita na lei.”. Em sentido diametralmente oposto, o **Ac. RL, de 8 de Fevereiro de 1995**, CJ, 1995, 1.ª, pág. 179 ss.: “... o art. 37.º da Lei do Contrato de Trabalho ..., refere-se, não a toda e qualquer transmissão do estabelecimento, mas a uma transmissão que seja válida, conforme ao direito, seja qualquer o título em que se baseie, desde que seja legal”.

Relativamente a esta última eventualidade, pese embora o facto de o disposto no art. 37.º não poder obstar a que a invalidade da transmissão produza os seus efeitos, poderá sempre dizer-se que permite assegurar que, durante o período em que os contratos foram executados junto do transmissário, estes são eficazes e os direitos dos trabalhadores se mantêm, relativamente a este último.

Ficam fora desta noção ampla de transmissão, por não estar em causa o conceito de estabelecimento a ter em conta para efeitos do preceito em análise:

- (i) a entrega do local arrendado ao proprietário;
- (ii) o destaque de elementos do património de uma sociedade, sem que constituam uma unidade produtiva autónoma;
- (iii) a cessação do contrato de prestação de serviços, quando uma empresa entrega a outra a execução de determinados serviços, assegurando aquela ao prestador dos serviços a disponibilidade de um local e dos equipamentos necessários para o efeito, e destacando esta alguns trabalhadores para o local onde os serviços devem ser prestados, ex. fornecimento de refeições ou prestação de serviços de limpeza ou de segurança.

Finalmente, convém ainda referir que, relativamente ao trespasse e à cessão de exploração, dois dos tipos contratuais mais frequentemente reconduzidos a este normativo, já não têm os mesmos de ser celebrados por escritura pública, em virtude da alteração introduzida ao art. 80.º, n.º 2 do Código de Notariado, pelo D.L. n.º 64-A/2000, de 22 de Abril, bastando que revistam a forma escrita.

1.2.2. *Perspectiva de direito comunitário*

De acordo com o art. 1.1.b) da Directiva, ... *é considerada transferência ... a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como...*”, excluindo-se, expressamente, os casos de reorganização administrativa de instituições oficiais e a transferência de funções administrativas entre instituições oficiais (art. 1.1.c)).

Na ausência, uma vez mais, de uma delimitação rigorosa do conceito de transferência, o TJCE sustentou, como critério fundamental para apurar da sua ocorrência, a aquisição (em sentido lato) pelo transmissário, de uma empresa apta a desenvolver a sua actividade ou actividades similares, com uma vocação de estabilidade, cuja identidade, enquanto unidade económica, é mantida⁽¹⁹⁾. Importa, contudo, que se tenha verificado a mudança da entidade (pessoa singular ou colectiva) responsável pela exploração da empresa⁽²⁰⁾.

Como negócios jurídicos subjacentes a essa transferência, são apontados pela Directiva a cessão contratual (independentemente da forma que em concreto revista) e a fusão.

Não obstante o reduzido alcance das expressões empregues, o TJCE tem vindo a interpretar a Directiva como abrangendo qualquer transferência que se tenha consubstanciado através, não só, de um contrato, como também de um acto legislativo ou administrativo ou de uma decisão judicial⁽²¹⁾.

1.3. *Análise crítica*

Uma vez analisado o sentido da locução “transmissão de estabelecimento” à luz do direito pátrio, entendemos ser condição necessária para a sua verificação que o adquirente receba, por força da transmissão, uma unidade económica autónoma, apta a desenvolver uma dada actividade produtiva, mas que, no essencial, conserva a sua identidade.

⁽¹⁹⁾ Nesse sentido aponta o Ac. TJCE, de 14 de Abril de 1994, Processo C-392/92, caso Schimdt.

⁽²⁰⁾ A este propósito, TAPIA HERMIDA, *Derechos e deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y el derecho interno español (la necesidad urgente de una reinterpretación)*, n.º 30/1999, Revista de Trabajo y Seguridad Social n.º 195, Junho, 1999, pág. 49, que fundamenta a sua posição com base no Ac. TJCE, de 19 de Setembro de 1995, Processo C-48/94, Rijngaard.

⁽²¹⁾ Em conformidade com decisão do TJCE, 7 de Fevereiro de 1985, proferida no âmbito do processo 135/83, Abels, ECR469 e de 15 de Outubro de 1996, Processo C-298/94, Henke.

Como critérios úteis para aferir do preenchimento deste último requisito, podem apontar-se os seguintes:

- (i) a transmissão dos bens corpóreos e/ou incorpóreos;
- (ii) o grau de similitude entre as actividades realizadas antes e depois da transferência;
- (iii) o período que porventura existiu de suspensão da actividade, em razão da transferência;
- (iv) a transferência da clientela.

Importa, contudo, ter presente que a avaliação destas circunstâncias não deve ser feita isoladamente, impondo-se uma apreciação de conjunto. Daí que a verificação de apenas algumas delas não acarrete, necessariamente, que não haja transmissão de estabelecimento, sendo certo que só casuisticamente se poderá formular um juízo a esse respeito.

Note-se, aliás, que, por vezes, o facto de não serem transmitidos quaisquer bens corpóreos não releva. Com efeito, existem diversas actividades que assentam fundamentalmente na mão-de-obra, enquanto factor humano de produção, atenuando-se desta forma, ou, em certos casos, excluindo-se mesmo, a relevância a atribuir a edifícios ou bens móveis. A título meramente exemplificativo apontam-se os serviços de limpeza e de segurança.

Não obstante, os tribunais portugueses têm vindo a revelar-se particularmente insensíveis a essa necessidade de ponderação conjunta, atribuindo, por exemplo, uma importância decisiva a qualquer hiato temporal na exploração do estabelecimento ⁽²²⁾.

⁽²²⁾ A título exemplificativo, vide **Ac. RL de 19 de Janeiro de 1994**, CJ, 1994, I, pág. 168 ss.: *“Com efeito, é jurisprudência corrente que para aplicação do disposto no art 37.º é indispensável que não tenha havido qualquer solução de continuidade na laboração do estabelecimento, sendo tal normativo aplicável nos casos de arrematação judicial de instalações fabris (ou comerciais) que nunca encerraram e sempre se mantiveram em laboração sem qualquer alteração — cf Ac. da RP de 12.5.86, Rec. n.º 20.830. CJ 1986, 3, 238, doutrina a que, aliás, a expressão “adquirente ... do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua actividade” confere forte apoio legal... E compreende-se que assim seja, porquanto, não tendo havido esse hiato na laboração do estabelecimento, não há nenhuma razão para que a nova entidade patronal não assuma todas as responsabilidades perante os trabalhadores da empresa; pelo contrário, existindo esse hiato provocado pelo encerramento do estabelecimento, não pode dizer-se, em rigor, que tenha surgido uma nova entidade patronal, dado que não houve, efectivamente, sucessão na*

Consequentemente, acabam por afastar a aplicação do art. 37.º, sempre que o estabelecimento tenha estado encerrado por algum tempo.

Trata-se, a nosso ver, de um raciocínio formal e divorciado da realidade, desde logo porque não tem em conta que, na grande maioria das situações, a transmissão do estabelecimento é acompanhada por uma reorganização e reestruturação do mesmo e, até mesmo, pela necessidade de realização de obras que levam ao seu encerramento temporário.

Como tal, ao advogar a solução acima explanada, alguma da nossa jurisprudência acaba por fornecer um expediente hábil aos empresários que pretendam furtar-se ao campo de aplicação da norma, bastando que, para o efeito, optem por uma breve interrupção da actividade do estabelecimento.

2. Mecanismos de protecção do trabalhador

2.1. *Perspectiva de direito interno*

2.1.1. *Abordagem do regime jurídico*

Como regra geral, o art. 37.º, n.º 1 determina que, em caso de transmissão da titularidade do estabelecimento ou de cessão da sua exploração, o adquirente passa a ocupar a posição jurídica que anteriormente cabia ao transmitente ou cedente, relativamente aos contratos de trabalho dos trabalhadores que exerçam nesse estabelecimento a sua actividade.

Nessa medida, o novo empregador fica adstrito a proporcionar ao trabalhador idênticas condições de trabalho, relativamente

empresa, pelo que não se justificaria, neste caso, a aplicação do regime contido no referido normativo...". Ainda, Ac. STJ, de 2 de Outubro de 1996, CJ, 1996, 3.º, pág. 236: "No entanto, para que exista a transmissão do estabelecimento determinante da aplicação daquele artigo 37.º e do constante da Directiva n.º 77/187/CEE, de 14.02.77, é necessário que se conserve a identidade do estabelecimento e a prossecução ininterrupta da sua actividade, isto é, que o transmissário tome a exploração de um estabelecimento que estava, e continua, em actividade."

àquelas de que este gozava anteriormente, desde logo no que respeita à remuneração, regalias e antiguidade ⁽²³⁾.

Duas excepções se abrem a esta regra geral, da transmissão dos contratos de trabalho:

- (i) Por um lado, não se transmitem os direitos e obrigações relativos a contratos de trabalho que hajam, legalmente, cessado pelas formas previstas na LCCT ⁽²⁴⁾;
- (ii) Não se transmite, igualmente, a posição nos contratos de trabalho daqueles trabalhadores que o transmitente entende conservar ao seu serviço noutro estabelecimento, contanto que seja obtido o consentimento do transmissário nesse sentido e se respeite, relativamente aos trabalhadores em causa, o disposto no art. 24.º.

2.1.2. *Análise crítica*

Pode assim afirmar-se que, em caso de transmissão do estabelecimento ou da sua exploração, a posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal se transmite para o adquirente, de tal forma que se pode dizer que os trabalhadores de uma

⁽²³⁾ TAPIA HERMIDA, ob. cit, pág. 103, levanta a questão curiosa de saber se a nova entidade patronal fica obrigada a manter condições particularmente vantajosas, atribuídas a título especial a certos trabalhadores, questionando ainda se esta terá de respeitar as expectativas jurídicas que o trabalhador tenha legitimamente criado. Quanto à primeira questão, parece-nos que a resposta terá de ser favorável. No que toca às expectativas, a lei fala na “*posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal*”, o que pressupõe os direitos e obrigações já adquiridos, e não aqueles que venham a surgir no futuro, pelo que nos inclinamos para uma resposta negativa.

⁽²⁴⁾ Aparentemente, esta referência surge de alguma forma desprovida de utilidade prática, uma vez que resulta já da primeira parte do art. 37.º, n.º 1, que só são objecto de transmissão os contratos celebrados com os trabalhadores que se encontrem ainda em funções, à data da transmissão do estabelecimento. No entanto, na busca das razões que levaram o legislador a incluir tal ressalva, e tendo em conta que o texto legal se refere expressamente aos contratos que cessaram “*nos termos legais*”, conclui-se que, na sua génese, esteve presente a preocupação de assegurar a protecção daqueles trabalhadores, cujo contrato cessou ilicitamente, por motivo imputável ao empregador. Desta forma, é reafirmada a responsabilidade do adquirente pelas obrigações decorrentes da cessação operada nesses termos.

dada empresa ou estabelecimento “inerem” ou “aderem” a essa empresa ou estabelecimento ⁽²⁵⁾.

Nessa medida, a transmissão da posição contratual da entidade empregadora nos referidos contratos de trabalho produz-se *ipso iure*, ficando o adquirente do estabelecimento sub-rogado *ope legis*, obrigatoriamente, na posição contratual do anterior titular, sem que seja necessária a anuência do trabalhador.

Atento o acima referido, pode, então, concluir-se que a subsistência dos contratos de trabalho não é afectada pela transmissão do estabelecimento, mantendo o trabalhador as condições de trabalho de que anteriormente beneficiava.

Com base nesse pressuposto se explicaria a afirmação genérica, por parte de diversos autores e de alguma jurisprudência, de que o conteúdo do contrato de trabalho se conserva incólume ⁽²⁶⁾.

Parece-nos, porém, que uma leitura mais atenta do normativo em causa pode conduzir à conclusão de que as obrigações e direitos de ambas as partes não têm, necessariamente, de permanecer os mesmos após a transmissão, como se se encontrassem, de alguma forma, sob um efeito paralizante.

De facto, se atentarmos na intenção que subjaz ao preceito em causa, constatamos que, teleologicamente, se pretende, afinal, evitar que as condições de trabalho sofram uma alteração desfavorável para o trabalhador. Assim sendo, obviamente que nada obsta a que, de acordo com o princípio *pacta sunt servanda*, certas obrigações ou deveres do trabalhador, estipulados no contrato, sejam eliminados ou aligeirados com o acordo da nova entidade patronal,

⁽²⁵⁾ Ac. TC n.º 392/89, de 17 de Maio de 1989, DR, 2.ª Série, n.º 212, de 14 de Setembro de 1989, pág. 9177 ss.

⁽²⁶⁾ MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS, NUNES DE CARVALHO, ob. cit, págs. 176 e 180 “... a manutenção dos contratos de trabalho ..., bem como a conservação do seu conteúdo”, ABÍLIO NETO, Contrato de Trabalho – Notas Práticas, Lisboa, 15.ª edição, 1998, pág. 213 “... a transmissão de titularidade do estabelecimento ... não afectam a subsistência dos contratos de trabalho, nem o respectivo conteúdo, de tal modo que, em relação ao trabalhador, tudo se passa como se a transmissão não houvera tido lugar...”.

Ainda, Ac. RL, de 24 de Fevereiro de 1999, CJ I (1999), pág. 172 ss.: “...a transmissão ... do estabelecimento, onde os trabalhadores exerçam a sua actividade, não influi nos seus contratos de trabalho, que se mantêm inalteráveis...” e Ac. STJ, de 9 de Novembro de 1994, CJ, 1994, 3.º, pág. 287: “A transmissão, por qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores desempenham a sua actividade laborativa não influi nos respectivos contratos de trabalho, que se mantêm inalteráveis.”.

sendo certo que também os direitos podem ser restringidos ou ampliados. Tais alterações podem, aliás, revelar-se necessárias, como forma de equiparar o trabalhador cedido ao estatuto do restante pessoal da empresa e de o enquadrar num quadro organizativo diferente (decorrência lógica, acrescente-se, da normalização das relações contratuais numa óptica empresarial).

Como última nota a registar, neste âmbito, alertaríamos para o facto de o regime do art. 37.º ter aplicação, independentemente de o adquirente ser uma pessoa colectiva de direito privado ou de direito público⁽²⁷⁾ e da posição que o trabalhador atingido ocupe na organização empresarial. Precisamente por se tratar de um dispositivo destinado a uma aplicação geral e abstracta, o referido preceito faz referência aos trabalhadores no seu todo, sem distinção. Convém, no entanto, não esquecer que certos trabalhadores, que ocupam posições de chefia e de direcção, se encontram ligados ao empregador por especiais laços de confiança. Por esse motivo, relativamente a estes últimos, cabe perguntar se não deveria ser aberta uma excepção, permitindo que continuem a trabalhar para o inicial titular do estabelecimento, sem que seja necessária a obtenção de acordo entre transmitente e transmissário.

2.2. Perspectiva de direito comunitário

2.2.1. Abordagem do regime jurídico

Em consonância com o disposto no preâmbulo respectivo, a Directiva, que versa precisamente sobre a matéria da manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresa, estabelecimento, ou parte de estabelecimento, tem como objectivo prioritário assegurar a continuidade dos direitos e obrigações emergentes dos contratos ou relações de trabalho de que eram parte os trabalhadores cuja empresa ou estabelecimento foi objecto de transmissão, protegendo-os das consequências adversas muitas vezes inerentes aos processos de reestruturação de empresas.

⁽²⁷⁾ Nesse sentido, Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 139/80, de 18 de Dezembro de 1980, publicado no BMJ n.º 306, pág. 119 ss.

Com vista à sua concretização, o referido texto comunitário determina que os direitos e obrigações do transmitente, emergentes de um contrato de trabalho ou de uma outra forma de vínculo laboral, são transmitidos, por força da transferência, para o adquirente da empresa ou estabelecimento (nesse sentido dispõe o art. 3.1. 1.º parágrafo).

A Directiva abstém-se de fornecer uma noção de “trabalhador”, esclarecendo, apenas, o art. 2.1.d) que é trabalhador todo aquele que goze de protecção, enquanto tal, ao abrigo da legislação laboral nacional do Estado-membro respectivo.

Particularmente digno de realce é o procedimento de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores, que recai sobre o transmitente e o transmissário, previsto no art. 6.1. No que toca à informação, esta deve ser prestada atempadamente, focando os seguintes aspectos: razões da transferência; implicações legais, económicas e sociais para os trabalhadores, decorrentes da transferência; medidas previstas em relação aos trabalhadores.

O art. 4.º determina, ainda, que a transferência não pode representar um fundamento para o despedimento pelo transmitente ou pelo transmissário, sendo que, contudo, se admite a cessação do contrato de trabalho motivada por razões económicas, técnicas ou organizacionais que impliquem alterações na força de trabalho.

Por último, cabe referir que os trabalhadores da empresa transmitida manterão as condições de trabalho acordadas em convenção colectiva, até que esta se extinga ou entre em vigor nova convenção.

2.2.2. Análise crítica

Descrito, em linhas gerais, o regime de direito comunitário, no que concerne às consequências decorrentes, para o trabalhador, da transmissão da empresa, podemos concluir que a referida regulamentação comunitária pretende apenas estabelecer os níveis mínimos de protecção dos trabalhadores, na eventualidade de transferência de empresas. Estipula, nesse sentido, que o novo empresário passa a ocupar a posição contratual que cabia ao

cedente ⁽²⁸⁾, mantendo-se perante aquele as relações e condições de trabalho acordadas com este último.

Com efeito, o vector-chave da Directiva passa, não por assegurar um determinado nível de protecção substancial aos trabalhadores, perante as suas entidades patronais, mas sim, e pelo contrário, garantir que esse nível, seja ele qual for, seja o mesmo quer face ao transmitente, quer face ao transmissário, desta forma se garantindo uma certa dose de estabilidade no emprego, na eventualidade de sucessão do empregador.

É legítimo constatar, ainda, que a protecção conferida pela Directiva se reconduz a matéria de ordem pública, com carácter imperativo e alheia à vontade das partes, não podendo ser derrogada de forma desfavorável aos trabalhadores ⁽²⁹⁾.

Convém referir, por último, que o conceito de trabalhador empregue na Directiva não coincide com o adoptado no plano do Direito Comunitário, em sede de livre circulação de pessoas ⁽³⁰⁾.

2.3. *Apreciação conjunta*

Tendo já concluído que, com base na letra do art. 37.º, n.º 1, o mecanismo de substituição do transmitente pelo transmissário,

⁽²⁸⁾ LIBERAL FERNANDES, *Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário*, *Questões Laborais*, Ano VI - 1999, 14, pág. 225: "A Directiva n.º 77/187 tem como objectivo geral impedir que a mudança da entidade empregadora importe, pelo menos em termos imediatos, consequências negativas para os trabalhadores envolvidos", entendimento este reiterado pelo segundo considerando da referida Directiva, de acordo com o qual, "... é necessário adoptar disposições para proteger os trabalhadores em caso de mudança de empresário especialmente para assegurar a manutenção dos seus direitos."

⁽²⁹⁾ Confirma este entendimento, a sentença do TJCE proferida em 10 de Fevereiro de 1988, no âmbito do processo 324/86, *Daddy's Dance Hall*. Reforçam-no, no plano doutrinário nacional, as palavras de LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 226: "De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a disciplina fixada pela Directiva n.º 77/187 tem natureza imperativa, não podendo por isso ser afastada quer a nível individual quer através da autonomia colectiva. Trata-se, contudo, de uma imperatividade relativa ou mínima, porquanto, tal como estabelece o art. 7.º do mesmo diploma, não prejudica a liberdade de os Estados-membros ... introduzirem disposições mais favoráveis para os trabalhadores, relativamente aos standards fixados pela Directiva."

⁽³⁰⁾ Ac. TJCE, de 11 de Julho de 1985 (C-105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmøls Inventar*, ECR 2639).

aquando da transmissão do estabelecimento, opera automaticamente, sem necessidade de consentimento do trabalhador, cabe agora questionar se a este último deve ser reconhecida a faculdade de se manifestar a esse respeito e, em última linha, de se opor à alteração subjectiva por essa via introduzida no contrato de trabalho ⁽³¹⁾.

O legislador português, ao não exigir o consentimento do trabalhador, introduz um importante desvio ao princípio *pacta sunt servanda*, que é de aceitar, contudo, quando a modificação contratual, não colhendo o acordo das partes, decorre directamente da lei, como sucede neste caso concreto. Nesse sentido dispõe o art. 406.º CC.

Podemos, assim, constatar que nos encontramos em face de uma solução excepcional, oposta ao regime geral da transmissão de uma relação contratual sinalagmática. De acordo com este regime, e de um modo geral, não é legítimo impor a um dos contratantes uma contraparte que ele não escolheu.

Procurando divisar as razões que subjazem a esta opção do legislador no âmbito laboral, pensamos não se dever fazer aqui apelo à desnecessidade do consentimento do devedor, para a eficácia da cessão de créditos, na medida em que esta se explica pela falta de interesse ou pelo interesse escasso que, para o devedor, tem a pessoa do credor.

Já o mesmo não sucede na transmissão duma posição contratual laboral, que, em nossa opinião, pode afectar gravemente os interesses do trabalhador.

Como explicar então que a lei permita que se imponha ao trabalhador um novo empregador, quando, em termos práticos, isso não pode ser considerado despiciendo?

⁽³¹⁾ A posição dominante da doutrina portuguesa, a este respeito, rejeita o reconhecimento ao trabalhador de uma faculdade de oposição à transferência. Nesse sentido, MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS, NUNES DE CARVALHO, ob. cit, pág. 182, de que realçamos, pelo seu carácter elucidativo, a seguinte passagem: "... é precisamente no caso de ingresso de uma nova entidade na posição de empregador que a relação de trabalho sofre uma modificação (subjectiva), e aí sem o consentimento do trabalhador", secundado por ABÍLIO NETO, ob. cit, pág. 215: "A transmissão da relação laboral, ligada à empresa ou ao estabelecimento – produz-se ipso jure, ficando o adquirente da unidade empresarial sub-rogado ... na posição contratual do anterior titular, isto é, na posição do dador de trabalho. Por outra via, não se carece da anuência do trabalhador, ao contrário do que sucede com o contraente cedido na cessão de contrato".

Uma primeira resposta, algo simplista, passaria pela seguinte linha de argumentação: trata-se de uma “solução de equilíbrio” que permite, por um lado, proteger os interesses da empresa e os interesses gerais ligados à continuação da laboração das unidades económicas, em caso de mudança de titular, e, por outro, assegurar a posição do trabalhador, que resultaria beneficiado pelo facto de as relações contratuais se imporem ao novo empresário.

No entanto, tal raciocínio, se bem que na generalidade dos casos corresponda efectivamente ao interesse do trabalhador, peca por algum paternalismo, dada a conclusão, nele ínsita, de que o trabalhador quer sempre, e a todo o custo, conservar o seu emprego, independentemente das condições concretas em que tal manutenção é assegurada.

E não basta a afirmação genérica de que a lei impõe que o conteúdo do contrato de trabalho se mantenha intacto, porquanto, na prática, muitas situações haverá em que, por motivos até alheios à vontade do transmissário, não será possível assegurar uma total correspondência das condições de trabalho. Imagine-se, por exemplo, que o transmitente dispunha dos meios necessários para que os trabalhadores usufrussem de atendimento médico permanente no local de trabalho, utilizassem espaços destinados a actividades desportivas, e beneficiassem do fornecimento de refeições a preços reduzidos. Se o transmissário não tiver idênticos serviços médicos contratados, um ginásio ou um refeitório, não poderá, certamente, disponibilizar tais serviços ao trabalhador cedido, pelo que as regalias de que este gozava anteriormente se vêem cerceadas ⁽³²⁾.

E são estes os exemplos mais comezinhos, sendo de salientar que existem outras situações em que factores de diversa ordem implicam um potencial ou real agravamento das condições de trabalho, destacando-se, como motivos legítimos de desconfiança por parte do trabalhador, a estratégia comercial adoptada, a solvência da empresa ou a política de pessoal do cessionário.

Fazendo apelo à regulamentação comunitária, ressaltam certas diferenças de regime, que, embora não resolvam expressamente esta questão, permitem ir mais além do que o direito nacional.

⁽³²⁾ Como tivemos já a oportunidade de referir anteriormente, nem sempre a transmissão do estabelecimento acarreta, como condição necessária, a transmissão a favor do adquirente das instalações respectivas.

Efectivamente, a Directiva permite que os trabalhadores se manifestem sobre a forma como se opera a transmissão, nos termos do disposto no art. 6.º, n.ºs 2 e 3 (33).

Contudo, não nos parece que se possa ter por certo que o direito português satisfaça as exigências comunitárias nesta matéria, já que nenhuma obrigação se vislumbra que imponha ao empregador a obrigação de tentar chegar a um acordo com os representantes dos trabalhadores sobre as medidas a adoptar em concreto, nem tão-pouco são previstas sanções adequadas, que penalizem o incumprimento destas obrigações.

No que respeita à jurisprudência do TJCE, a questão ora em análise apresenta-se como um dos domínios em que foram, recentemente, suscitadas maiores dúvidas. Ficam as mesmas a dever-se à preocupação essencial do Direito do Trabalho de evitar que as pessoas sejam tratadas como objectos, meros activos ou elementos integradores do estabelecimento.

Importa, no entanto, não confundir, nesta sede, diferentes questões:

- (i) a da necessidade do assentimento do trabalhador para que o estabelecimento se transmita, solução extrema e radical, que deve ser objecto de rejeição, desde logo, porque violadora do direito fundamental de iniciativa privada;
- (ii) a admissibilidade de um direito do trabalhador optar pela continuação, quando possível, da sua relação laboral com o anterior empregador, solução esta que só será viável quando estejamos perante uma transmissão parcial

(33) Passamos a transcrever o teor do art. 6.º, quanto aos números citados: “n.º 2 – Se o cedente ou o cessionário projectarem tomar medidas em relação aos respectivos trabalhadores, serão obrigados a proceder em tempo útil a consultas sobre essas medidas com os representantes dos respectivos trabalhadores com vista a alcançar um acordo.”; “n.º 3 – Os Estados-membros cujas disposições legilativas, regulamentares e administrativas prevejam a possibilidade de os representantes dos trabalhadores poderem recorrer a uma instância de arbitragem para obterem uma decisão sobre as medidas a tomar em relação aos trabalhadores podem limitar as obrigações previstas nos n.ºs 1 e 2 caso a transferência realizada provoque no estabelecimento uma modificação susceptível de originar prejuízos substanciais para uma parte importante dos trabalhadores. A informação e a consulta devem incidir, pelo menos, sobre as medidas projectadas em relação aos trabalhadores. A informação e a consulta devem realizar-se em tempo útil antes de ocorrer no estabelecimento a modificação referida no primeiro parágrafo”.

do estabelecimento, ou quando a entidade patronal continue a desenvolver a actividade num outro estabelecimento de que é titular;

- (iii) o reconhecimento de um direito do trabalhador de, não podendo recusar a transmissão do contrato, poder, contudo, recusar-se, de imediato e sem necessidade de aviso prévio, a prosseguir a sua relação laboral com o adquirente do estabelecimento.

O governo português teve oportunidade de se manifestar, a este propósito, nos processos *Harry Berg e Johannes Busschers v. Ivo Martin Besselsen*, de 5 de Maio de 1988⁽³⁴⁾, tendo, nessa ocasião, reafirmado a inexistência por parte do trabalhador de um direito a continuar a relação com o anterior empregador, particularmente naquelas hipóteses em que o transmitente só era titular do estabelecimento transmitido, não carecendo, por isso, da continuidade dos serviços dos trabalhadores.

Em momento posterior, o TJCE, no processo *Katsikas*⁽³⁵⁾, veio interpretar a Directiva, mais precisamente o seu art. 3.º, n.º 1, no sentido de não ser legítimo forçar o trabalhador a prosseguir a sua relação de trabalho com o cessionário. Nessa medida, as disposições respectivas deveriam ser interpretadas no sentido de que o trabalhador, cujo contrato seria transferido, se poder opor a essa transferência, sem que tal decisão possa ser vista como uma rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Qualquer outra solução poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, que deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode, por conseguinte, ser obrigado a trabalhar para um empregador que ele não escolheu.

Reconhecer essa faculdade não significa a renúncia do trabalhador à protecção que lhe é conferida pela Directiva, mas sim uma

⁽³⁴⁾ Processos apensos n.ºs 144 e 145/87, colectânea de jurisprudência do TJCE, 1988, pág. 2559.

⁽³⁵⁾ Processos apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91, tendo o acórdão proferido em 16 de Dezembro de 1992 sido publicado na colectânea de jurisprudência do TJCE e do Tribunal de Primeira Instância, 1992, págs. 6577 ss. Note-se que entendimento semelhante foi sustentado no acórdão Europeïces, de 12 de Novembro de 1998 (processo n.º C-399/96, mesma colectânea, 1998, I, pág. 6965) e no acórdão *Merckx e Neuhuys*, de 7 de Março de 1996 (processos apensos n.ºs C-174/94 e C-172/97, mesma colectânea, 1996, I, pág. 1253).

diferente modalidade de defesa dos seus interesses, que, em muitos casos, se poderá revelar mais eficaz, dado que a substituição da entidade patronal pode, em certas circunstâncias, causar um prejuízo efectivo ao trabalhador, sofrendo uma perda em termos de segurança e no que respeita às expectativas de progressão na carreira, na medida em que o empregador pode passar de uma empresa forte e financeiramente sólida para uma empresa economicamente inconsistente, de solvabilidade duvidosa ou que adopte uma organização de trabalho ou uma política de gestão de pessoal totalmente dissonantes.

Nessa medida, e concluindo-se que a Directiva não obriga os Estados-membros a assegurarem que o contrato seja mantido com o cedente, resta apurar quais as consequências da recusa do trabalhador, questão que não é objecto de tratamento pelo texto comunitário. Parece, assim, que cabe aos Estados-membros determinar o destino dos trabalhadores nessas circunstâncias, tanto podendo prever que o contrato de trabalho cessa por iniciativa do trabalhador, como que cessa por iniciativa do empregador, restando ainda a possibilidade da sua manutenção com o cedente.

No que toca à jurisprudência portuguesa, esta parece não aceitar o direito de o trabalhador se recusar a trabalhar para um terceiro que nunca escolheu como seu empregador, tendo sido proferidas algumas decisões judiciais, no sentido de que a relação laboral se caracterizaria por uma indiferença subjectiva no que respeita à entidade patronal ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Nesse sentido, destacam-se as conclusões do **Ac. STJ de 9 de Dezembro de 1994**, AD, n.º 399, pág. 363: “a transmissão da relação laboral, ligada ao estabelecimento, produz-se ipso jure, ficando o adquirente do estabelecimento na posição do dador de trabalho, sem necessidade de anuência do trabalhador”. Ainda o **Ac. RL de 10 de Outubro de 1984**, Rec. n.º 238, CJ, 1984, 40, 176, no sentido de que “No caso de transmissão de uma empresa, a posição contratual da entidade patronal decorrente do contrato de trabalho transmite-se para o adquirente. Deste modo, os trabalhadores que nela exerçam actividade ficam vinculados ao novo empregador, independentemente da sua vontade”; **Ac. STJ, de 30 de Junho de 1999**, CJ, ano VII, 1999, I, pág. 282: “Não resulta da Directiva do Conselho das Comunidades Europeias ..., nem do art. 37.º da LCT, que aos trabalhadores da empresa ou estabelecimento transmitidos seja facultado oporem-se à substituição da entidade patronal, continuando vinculados à cedente ou transmitente, ainda que sem ou contra a vontade desta.” No mesmo sentido, **Ac. STJ, de 24 de Maio de 1995** (AD, n.º 408, pág. 1383) e **Ac. STJ, de 2 de Outubro de 1996** (AD, n.º 422, pág. 247).

O entendimento que lhes subjaz atende, exclusivamente, à teoria da empresa, na senda da lição de Mota Pinto, segundo o qual “os contratos de trabalho são instrumentos integradores da empresa, o que os expõe à sorte desta” (37). Parece-nos, contudo, que a linha de argumentação seguida nos referidos arestos, e que no fundo retoma a tese do mencionado Autor, não atende ao momento histórico em que este a defendeu.

A doutrina, contudo, tem revelado alguma sensibilidade a esta realidade, sendo possível identificar duas grandes tendências: uma que admite a rescisão com justa causa, pelo facto de se verificar a mudança da entidade empregadora, outra que restringe a possibilidade de recurso à rescisão com justa causa aos casos em que a referida mudança gere um especial prejuízo para o trabalhador, de índole patrimonial ou não patrimonial, ou uma alteração substancial e duradoura das suas condições de trabalho (38).

Nessa linha, e embora dando uma resposta negativa por princípio, já Bernardo Xavier, face à Lei n.º 1952 (39), admitia a des-

(37) MOTA PINTO, Cessão da Posição Contratual, Coimbra, 1970, pág. 93.

(38) Com posições claramente favoráveis à admissibilidade de um direito de oposição do trabalhador, VIEIRA GOMES – *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art. 37.º da LCT e a Directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE*, RDES, 1996, n.ºs 1 a 4, pág. 166: “Um aspecto com o qual estamos em completo desacordo relativamente à jurisprudência portuguesa ..., tem a ver com a circunstância dos Tribunais portugueses afirmarem reiteradamente que não é necessária a anuência do trabalhador para que, em virtude da transmissão do estabelecimento, se transfira a sua relação laboral”. Na mesma linha, LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 239: “Em face da jurisprudência perfilhada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades relativamente à eficácia horizontal das directivas não transpostas, parece-nos que o não reconhecimento pelo ordenamento laboral português aos trabalhadores abrangidos pela transmissão do estabelecimento do direito de se oporem à transferência dos respectivos contratos para o cessionário não se revela conforme com o direito comunitário... Por isso, em face do primado e da aplicabilidade directa daquele ordenamento em relação ao direito nacional, por um lado, e dado que o art. 37.º da LCT não rejeita in limine uma tal faculdade, por outro, devem os tribunais nacionais interpretar e aplicar esta norma de acordo com o direito comunitário. Julgamos, pois, que os trabalhadores abrangidos pela transmissão do estabelecimento podem opor-se à transferência dos respectivos contratos para o cessionário.”

(39) Dispunha o art. 20.º da Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937, o seguinte: “A transferência da exploração ou o trespasse do estabelecimento não importam a rescisão ou denúncia dos contratos dos empregados ou assalariados em efectivo serviço, desde que não sejam avisados de despedimento nos prazos estabelecidos.”

vinculação do trabalhador em casos limite, como a situação financeira ruínosa ou má reputação da empresa ou pessoa para quem foi transferida a exploração do estabelecimento ⁽⁴⁰⁾.

Pedro Romano Martinez veio, mais recentemente, afirmar que “... *porém, nada obsta a que o trabalhador se oponha à transmissão da posição contratual, optando pela resolução do contrato, se eventualmente provar algum factor nesse sentido, por exemplo, a falta de solvabilidade do transmissário e, em geral, a perda da relação de confiança* ⁽⁴¹⁾.”

No entanto, e atento o facto de a mudança de identidade do empregador representar uma alteração duradoura e substancial das condições de trabalho, cabe perguntar se não deveria ser admitido que o trabalhador fosse dispensado de invocar qualquer circunstância especial, bastando, para rescindir o contrato sem necessidade de aviso prévio, a referida alteração contratual.

Poderia argumentar-se, em sentido contrário, que o seu prejuízo é diminuto, na medida em que teria sempre em aberto a possibilidade de se desvincular mediante um pré-aviso reduzido de 30 ou 60 dias, consoante a antiguidade, conforme resulta do art. 38.º, n.º 1 da LCCT. No entanto, há que não esquecer a eventualidade de alargamento convencional do prazo até seis meses (art. 38.º, n.º 2 do mesmo diploma), bem como a possibilidade, reconhecida por lei, de o trabalhador assumir a obrigação de não se desvincular por um período que pode ir até três anos (art. 36.º, n.º 3).

Apesar das razões enunciadas, a conformação legal do mecanismo da transmissão automática não acolhe o raciocínio expendido, permitindo, tão somente, que o trabalhador invoque e faça prova suficiente de que ocorreu fraude ou simulação e da má situação financeira do novo empregador, só nesses casos extremos sendo de admitir que ele reaja contra o seu novo *status*.

Contudo, tal solução parece ficar muito aquém do que seja uma efectiva tutela do trabalhador, porquanto ao trabalhador será extremamente difícil, quando não impossível, produzir a prova

⁽⁴⁰⁾ BERNARDO XAVIER – Curso de Direito do Trabalho, 2.ª edição, Lisboa, 1993, pág. 313 ss.

⁽⁴¹⁾ ROMANO MARTINEZ, ob. cit., pág. 472 e *Cedência Ocasional de Trabalhadores – Quadro Jurídico*, ROA, ano 59, Dezembro 1999, págs. 862 e 863.

exigida, uma vez que este, na maioria das vezes, desconhece os contornos precisos da operação de transmissão.

Uma vez analisadas as tendências dominantes nesta matéria, a nível nacional e comunitário, importa agora que nos detenhamos na busca daquela que, em nosso entendimento, se apresenta como a solução mais consentânea com os princípios que norteiam o moderno Direito do Trabalho.

Com efeito, ao interesse na manutenção do posto de trabalho, seja a que título for, contrapõem-se outros valores, como sejam o interesse do trabalhador em ver respeitada a sua autonomia negocial, que consubstancia uma das mais importantes vertentes da sua autonomia privada e o respeito que se impõe pela sua dignidade enquanto pessoa, aliás, concretizada na proibição do trabalho obrigatório consagrada no art. 4.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Assim sendo, casos haverá em que o trabalhador pode, legitimamente, não estar interessado em prosseguir a sua relação laboral com uma pessoa que não escolheu como seu parceiro contratual.

E não se diga que o Direito do Trabalho é, em grande medida, um conjunto de excepções ou restrições à autonomia privada, na medida em que tais excepções são-no, fundamentalmente, à autonomia privada do empregador, visando impedir que este, sob a aparência de uma igualdade formal, abuse da sua situação de superioridade material relativamente ao trabalhador. Já no que toca a excepções à autonomia privada do trabalhador (como é o caso da irrenunciabilidade de certos direitos), o objectivo é protegê-lo face à situação de subordinação psicológica e de fácil manipulação em que se encontra, durante a vigência do contrato de trabalho.

O argumento da “solução de equilíbrio”, acima referido, pode, assim, pôr em causa a essência e o objectivo primeiro do Direito do Trabalho, o qual, atendendo à desigualdade material em que as partes se encontram, apesar de estarem, formalmente, numa situação de igualdade, deve, efectivamente, impor limitações à autonomia negocial da entidade patronal.

Consequentemente, e de acordo com o raciocínio acima expandido, a despersonalização ou indiferenciação subjectiva que

caracterizaria o contrato, no que concerne à entidade patronal, deve ser rejeitada.

3. Responsabilidade por dívidas

3.1. *Regime de direito interno*

3.1.1. *Abordagem do regime jurídico*

Importa agora atentar no regime de responsabilidade fixado para as dívidas de que é credor o trabalhador afectado pela transmissão do estabelecimento, sem prejuízo do carácter sumário das considerações que teceremos a este respeito, dada a vastidão do tema e o facto de este não constituir o cerne do presente estudo.

Por força do disposto no art. 37.º, n.ºs 2 e 3, o adquirente do estabelecimento fica obrigado a informar os trabalhadores, com pelo menos quinze dias de antecedência e por meio de aviso, de que a transacção se vai realizar e de que os créditos vencidos nos seis meses anteriores deverão ser reclamados até à data da transmissão.

Por tais obrigações respondem, solidariamente⁽⁴²⁾, transmitente e transmissário, tendo o legislador optado pelo regime da responsabilidade condebitória.

3.1.2. *Análise crítica*

Não pode deixar de causar alguma estranheza o facto de o legislador ter escolhido como destinatário do dever de afixar o aviso, o adquirente do estabelecimento e não o transmitente, por uma dupla ordem de razões.

Por um lado, o adquirente tem interesse em que seja reclamado o menor número de créditos durante esse período, uma vez que pode ser chamado a satisfazê-los. Tendo em conta que a lei não

⁽⁴²⁾ Tem, aqui, aplicação o regime da responsabilidade solidária do devedor previsto nos artigos 512.º a 527.º CC.

prevê, expressamente, sanção para o incumprimento deste dever⁽⁴³⁾, não é de excluir a hipótese de o adquirente se abster de afixar o aviso ou fazê-lo em termos pouco claros, para, desta forma, se esquivar à interpelação dentro do prazo legalmente estipulado.

E não se argumente em contrário, que, nessa eventualidade, o adquirente se deve ter como responsável solidário, não só pelas dívidas vencidas nos seis meses anteriores à data da transmissão e que venham a ser reclamadas em momento posterior, mas também por todas as outras dívidas anteriormente vencidas e ainda não prescritas⁽⁴⁴⁾. Dificilmente poderemos acompanhar esta posição, na medida em que, da norma em análise, não consta qualquer indício que aponte no sentido da ampliação do âmbito da responsabilidade do transmissário, pelo que não nos parece legítimo que o intérprete conclua qual a medida sancionatória a aplicar em caso de conduta omissiva, quando não se consegue encontrar na letra ou no espírito da lei qualquer sustentáculo para essa interpretação.

Já no que respeita ao transmitente, este sim, tem o maior interesse em que sejam reclamados os referidos créditos nesta fase, sob pena de ser considerado o único e exclusivo responsável, caso a sua reclamação venha a ter lugar em momento posterior. Por esse motivo, afigura-se como provável um maior empenho e diligência da sua parte em dar conhecimento da futura conclusão do negócio aos trabalhadores.

(43) Não obstante a ausência de previsão legal expressa, e em nome do princípio da boa-fé, deverá entender-se que, não tendo sido afixado o aviso, a ausência de reclamação dos créditos não deve ser considerada oponível ao trabalhador, que, sem culpa, não conhecesse a transmissão. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1991, pág. 775 e 776.

(44) ABÍLIO NETO, *ob. cit.*, pág. 213; MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, pág. 183. VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, pág. 83.

No que toca a decisões judiciais, e a título exemplificativo, **Ac. RL, de 16 de Novembro de 1994**, CJ, 1994, 5.º, pág. 186: *“Se o adquirente de um estabelecimento não fizer afixar o aviso da transmissão para reclamação dos créditos, a que alude o art. 37.º da LCT, ficará responsável não só por todas as obrigações vencidas nos seis meses anteriores, ainda que não reclamadas, mas também pelas vencidas há mais de seis meses, por os trabalhadores não terem sido notificados da transmissão, e, portanto, impedidos de deduzir e garantir tais créditos sobre o transmitente, enquanto este se encontrava na titularidade do estabelecimento.”*

Saliente-se, ainda, que é imposta ao adquirente a afixação do anúncio nos locais de trabalho, numa altura em que o contrato ou acto que consubstancia a transmissão ainda não foi celebrado ou praticado e, como tal, o seu acesso aos referidos locais não é livre.

É, igualmente, digno de nota que, tendo sido afixado o aviso nos termos legalmente prescritos, os trabalhadores que não tenham reclamado os seus créditos dentro do referido período de quinze dias, possam ainda fazê-lo, em momento posterior. Refira-se, porém, que nesse caso incorrem num maior risco, porquanto apenas responde perante eles, como devedor, o transmitente, sendo o risco de insolvência acrescido, nas situações em que o estabelecimento constituía o único activo do património do devedor.

Importa, ainda, averiguar se existe um limite temporal para o exercício desse direito de crédito, dado que ao deixar de existir qualquer relação contratual entre o transmitente e o trabalhador transferido, não faria sentido que aquele continuasse, indefinidamente, sujeito à reclamação do crédito.

Apesar de o legislador nada prever a este respeito, somos de opinião que deverá admitir-se a aplicação analógica do prazo de um ano, previsto no art. 38.º para a prescrição dos direitos de crédito laborais, tomando-se, contudo, como data de início da contagem de tal prazo, não a cessação do contrato de trabalho, como prescreve este artigo, mas sim a data em que ocorreu a transacção ⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾.

O último aspecto que gostaríamos de realçar, a este propósito, prende-se com o facto de, amiúde, poder estar em causa um montante avultado de créditos emergentes de contratos de trabalho, pelo que ao transmissário convirá introduzir uma cláusula no contrato de transmissão, imputando a responsabilidade final pelo

⁽⁴⁵⁾ Nesse sentido, vide JORGE LEITE e COUTINHO DE ALMEIDA, *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra, 1985, pág. 80, ABÍLIO NETO, *ob. cit.*, pág. 213 e MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS, NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, pág. 183.

⁽⁴⁶⁾ Ac. STJ, de 24 de Maio de 1985, Rec. n.º 979, publicado no BTE, 2.ª série, n.ºs 3-4/87, pág. 514: “*Envolvendo o trespasse de uma empresa, ... a transmissão ope legis para o trespasário da posição que detinha a entidade patronal trespasante nos contratos de trabalho, cessam em relação a esta última, na data do mesmo trespasse, as respectivas relações de trabalho, passando a aplicar-se ao caso o regime de prescrição contemplado no art. 38.º daquele mesmo regime jurídico*”.

pagamento de tais créditos ao transmitente, que, se bem que inoponível ao trabalhador, sempre será válida *inter partes*.

3.2. *Perspectiva de direito comunitário*

3.2.1. *Abordagem do regime jurídico*

No plano do direito comunitário, a Directiva prevê a possibilidade de serem estabelecidos mecanismos, para que o cedente continue a ser o responsável pelas obrigações decorrentes da relação laboral. Nesse sentido, dispõe o art. 3.1, segundo parágrafo⁽⁴⁷⁾.

Está em causa uma responsabilidade solidária, por dívidas existentes no momento da transmissão e que ainda não foram pagas, parecendo poder-se retirar da letra da lei que poderão ser exigidas a ambos, cedente e cessionário, independentemente de se encontrarem já vencidas. No entanto, este aspecto deverá ser clarificado através da redacção adoptada pelos diferentes Estados-membros.

3.2.2. *Análise crítica*

Nos termos descritos, é atribuída uma faculdade aos Estados-membros, no sentido de, se assim o entenderem, elaborarem disposições que estipulem a responsabilidade solidária do cedente e cessionário, relativamente às obrigações decorrentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes previamente à data da transferência.

O objectivo da atribuição desta faculdade aos Estados-membros é o de eliminar a possibilidade de actuações fraudulentas, em que a transferência da empresa tenha como objectivo libertar o

(47) Cumpre salientar que a redacção da Directiva 98/50/CE sofreu uma melhoria significativa, face à Directiva 77/1 87/CE, com um importante esclarecimento, não só no que respeita ao seu âmbito, mas também no que concerne ao tipo de responsabilidade que está em causa, ao assumir-se expressamente o carácter solidário da mesma.

empresário das suas obrigações para com os trabalhadores, através da transferência da empresa para um empresário insolvente.

Parece-nos, contudo, de criticar a conformação, pelo legislador comunitário, desta norma em termos optativos, dado que uma mais eficaz protecção passaria pela imposição aos Estados-membros da adopção de tal regra, conformada como uma verdadeira obrigação, ao nível das suas regulamentações internas.

4. Distinção de figura afim – Cessão da Posição Contratual

Contextualizada que está a previsão normativa do art. 37.º, considerou-se que seria oportuno aludir, nesta sede, a uma figura cujos contornos apresentam marcadas semelhanças com a previsão do citado normativo, mas que dela se distingue com clareza. Falamos da cessão da posição contratual, tal como é configurada pelo art. 424.º CC.

Gostaríamos de retomar, a este propósito, os ensinamentos de Mota Pinto, pela exactidão com que assinalam a diferença fundamental entre os dois regimes: *“Aí se consagra, nos casos de transferência da empresa ou do estabelecimento, a solução da transmissão automática, para os adquirentes desses bens, das posições contratuais correspondentes às relações de trabalho em vigor...”* (48).

Com efeito, de acordo com o art. 37.º, a entrada de um novo sujeito numa relação contratual já existente, em substituição de uma parte, processa-se de forma automática, ficando apenas condicionada pela alteração de titularidade da empresa ou do estabelecimento, sem que tal consequência possa ser afastada por convenção entre alienante e adquirente.

Daí que se afigure mais correcto falar numa sub-rogação *ex lege* no contrato e não, verdadeiramente, numa cessão, na medida em que, se por um lado se encontram afinidades visíveis entre as duas disposições, como sucede com o efeito sucessório e não novador, regista-se um afastamento inevitável pelo confronto entre consensualidade / automaticidade e pela estrutura trilateral da

(48) MOTA PINTO, ob. cit. pág. 88.

cessão da posição contratual, no que respeita ao acordo de vontades das partes intervenientes ⁽⁴⁹⁾.

No que toca ao art. 424.º CC, e uma vez mais recorrendo à lição de Mota Pinto, a cessão da posição contratual pode ser definida como a “transferência *“ex negotio”*, por uma das partes contratuais, (o cedente), com o consentimento do outro contraente (cedido), para um terceiro (cessionário), do complexo das posições jurídicas activas e passivas criadas por um contrato” ⁽⁵⁰⁾.

Nessa medida, e contrariamente ao que sucede com o dispositivo do art. 37.º, que não exige o acordo, quer do transmissário, quer do trabalhador, para a cessão produzir os seus efeitos, o art. 424.º CC pressupõe, como vimos já, uma convergência tríplice das declarações de vontade em causa.

Em termos de conteúdo da relação contratual, a posição que o cedente ocupava face ao trabalhador é a mesma que cabe ao cessionário, após a conclusão do negócio — *“successio non producit novum ius sed vetus transfert”*.

Se no plano da substituição da entidade patronal, a concretização do esquema da cessão da posição contratual não suscita quaisquer dúvidas, o mesmo não se pode já dizer no caso de cessão da posição do trabalhador.

De facto, numa situação desse tipo, a natureza eminentemente pessoal da relação de trabalho faz com que o contrato de trabalho seja frequentemente citado como um dos exemplos em que o crédito está, atenta a especificidade da natureza da prestação, ligado à pessoa do credor. Não se pode, assim, dizer que a identidade da parte devedora da prestação laboral se apresente como irrelevante ou de escassa importância.

Saliente-se, ainda, que qualquer das vias acima descritas parece pôr em causa o efeito prático do período experimental. Apesar de se poder retirar dos artigos 43.º e 55.º LCCT, que o período

⁽⁴⁹⁾ Vindo ao encontro da tese sustentada, o Ac. RL de 24 de Fevereiro de 1999, CJ I (1999), pág. 172 ss., no qual se refere, a este propósito, o seguinte: “Trata-se de uma sub-rogação ex lege do contrato, de uma solução forçosa que opera ope legis e não verdadeiramente de uma cessão de posição contratual, já que não se torna necessário o acordo do cedente, do cessionário e dos trabalhadores para que tal transmissão contratual se verifique.”

⁽⁵⁰⁾ MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 72.

experimental não corresponde a um elemento intrínseco e essencial do contrato, imposto pela sua natureza, porquanto pode o mesmo ser afastado por acordo das partes, nos casos em que tal não suceda, tal período apresenta-se como um mecanismo destinado a promover o conhecimento mútuo das partes, que se vê privado de utilidade efectiva nas situações descritas, dado que a substituição do empregador confronta o trabalhador com a obrigação de trabalhar para uma entidade que desconhece, enquanto tal.

Numa tentativa de precisar o âmbito de cada uma das normas, podemos afirmar que o art. 424.º CC conquista o seu campo de aplicação, no domínio laboral, naqueles casos em que não se encontram reunidos os pressupostos do art. 37.º, ou seja, em que não teve lugar a efectivação da transmissão do estabelecimento ou a cessão de exploração.

Na realidade, facilmente se concebem as hipóteses em que apenas se regista uma alteração no plano subjectivo da relação laboral, mudando a entidade patronal, o que, em termos práticos implica a transferência do trabalhador para outra empresa, sem que, no entanto, o anterior patrão deixe de desenvolver a actividade nos termos em que anteriormente o fazia ou por alguma forma se desfaça do estabelecimento.

Tal não significa, contudo, que o art. 424.º CC não possa operar em situações em que se encontram reunidos os requisitos de aplicação do art. 37.º, dado que, apesar do consentimento do trabalhador ser dispensado, em nome do princípio de protecção da mobilidade empresarial, nada obsta a que o mesmo seja prestado em termos expressos pelo trabalhador, como forma de manifestar o seu acordo com uma consequência que lhe era já legalmente imposta.

5. A transmissão do estabelecimento no plano da regulamentação colectiva de trabalho

5.1. *Perspectiva de direito interno*

Não ficaria completa a análise do regime jurídico do art. 37.º da LCT sem uma abordagem, ainda que breve, das suas implicações ao nível da regulamentação colectiva do trabalho.

A contratação colectiva é objecto de tutela constitucional nos termos do art. 56.º, n.ºs 3 e 4 CRP, sendo as regras dela emergentes dotadas de eficácia jurídica e aplicando-se obrigatória e imediatamente às relações laborais entre empregadores e trabalhadores.

Como regra, o transmissário adquire a posição do transmissente, não só no plano das relações individuais de trabalho, como também na esfera das relações colectivas, conforme resulta do disposto no art. 9.º da LIRC.

Determina este preceito a observância, pelo adquirente, do instrumento de regulamentação colectiva que vinculava o anterior empregador, durante a sua vigência, ou, caso esta cesse antes, por um prazo mínimo de doze meses, determinando, desta forma, a sobrevigência do instrumento de regulamentação colectiva ⁽⁵¹⁾.

5.2. *Perspectiva de direito comunitário*

No plano do direito comunitário, a Directiva dispõe que o novo empresário deverá manter as condições de trabalho acordadas mediante convenção colectiva “*nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente*” (nesse sentido dispõe o art. 3.3).

Esta disposição pressupõe, antes de mais, que a convenção haja sido negociada por empresário diferente daquele a quem se vai aplicar a partir do momento da transmissão, sendo o art. 3.2 não mais do que a consequência lógica do art. 3.1 da Directiva.

⁽⁵¹⁾ Uma diferença de regime jurídico se detecta a este propósito, que uma vez mais se explica pelo facto da LCT não ter tido em conta a regulamentação comunitária. Respeita a mesma ao período durante o qual devem ser mantidas as condições de trabalho. O art. 37.º é omissivo a este respeito, determinando apenas a transmissão da posição de titular do estabelecimento para o adquirente, sem mais. Nada se diz, portanto, sobre o período durante o qual as condições inicialmente acordadas devem obrigatoriamente ser mantidas inalteradas. Logicamente que não se pretende sustentar uma manutenção dessas condições *ad eternum*, mas parece-nos ser legítima a interpretação de que as mesmas só poderiam vir a ser alteradas, no futuro, para melhor. Já o art. 9.º LIRC, na senda da orientação fixada na Directiva (art. 3.º, n.º 3, 2.º parágrafo), estipula que as condições decorrentes de instrumento de regulamentação colectiva se deverão manter enquanto este permanecer em vigor, abrindo-se, contudo, a porta à alteração dessas condições depois de decorrido um ano sobre a data da transmissão.

No entanto, tal não significa que se vão manter inalteradas *ad eternum* essas condições a partir da data da transmissão, pois o mencionado convénio poderá ser substituído por um novo com diferente teor, e, inclusivamente, é prevista a possibilidade dos Estados-membros condicionarem a manutenção das condições por período não inferior a um ano.

5.3. *Análise crítica*

Uma questão que tem suscitado alguma polémica, tanto no plano doutrinário como no plano jurisprudencial, é a que se prende com a viabilidade de as convenções colectivas de trabalho preverem uma solução semelhante à consagrada no art. 37.º, nos casos em que este não tem aplicação.

Na análise desta questão importa ter presente que a norma constante do art. 37.º se configura como uma norma com carácter imperativo⁽⁵²⁾, não podendo ceder perante fontes jus-laborais inferiores e, portanto, não valendo em contrário qualquer cláusula de convenção colectiva de trabalho, com teor dela divergente⁽⁵³⁾.

Parece-nos ser de admitir, numa primeira análise, a reprodução, no plano da regulamentação colectiva, do mecanismo previsto no art. 37.º, uma vez que nos encontramos ainda no plano convencional, em que a tal solução se chega por acordo de vontade entre as partes.

Importaria, no entanto, proceder a uma análise mais aprofundada da legitimidade dos representantes dos trabalhadores e empregadores para negociarem mecanismos deste tipo, que, no entanto, escapa ao âmbito do presente trabalho.

Já menos isenta de dúvidas se apresenta a aplicação da convenção colectiva por força de uma portaria de extensão. Por esta via, não restaria ao empregador senão a alternativa de ingressar na

(52) Ac. STJ, de 5 de Maio de 1993, BTE, 2.ª série, n.º 10-11-12/95, pág. 1091: *“As normas que integram o direito do trabalho têm uma função de tutela dos trabalhadores ... de interesse e ordem pública, sendo portanto imperativas e inderrogáveis pela vontade dos contraentes.”*

(53) Ac. STJ, de 19.04.89, BTE, 2.ª série, n.º 10-11-12/91, pág. 1021 e BMJ, 386.º-361

posição ocupada pela entidade patronal cedente, o que implicaria a imposição de uma vinculação contratual à revelia dos princípios básicos do direito privado: na ausência de uma manifestação de vontade a tanto dirigida, só a lei poderá impor a constituição forçada de uma relação contratual ⁽⁵⁴⁾.

Acresce que a aceitação de solução contrária equivaleria à derrogação de uma norma legal, o art. 424.º CC, por uma portaria, o que é inaceitável, uma vez que regras jurídicas provenientes de fontes de direito inferior não podem afastar normas de fonte superior ⁽⁵⁵⁾.

Poderia ainda ser posta em causa a constitucionalidade de tal mecanismo, na medida em que a imposição de relações contratuais nos termos acima descritos poderá colidir com a liberdade de iniciativa económica ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Nesse sentido, MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS, NUNES DE CARVALHO, ob. cit., pág. 179: "*Temos as maiores dúvidas quanto à legitimidade destas disposições convencionais, sobretudo quando a aplicação da convenção colectiva que determina a manutenção das relações de trabalho com o novo prestador de serviços seja fruto de uma portaria de extensão*". Chegam mesmo a ir mais longe, afirmando que: "*Defendemos a inconstitucionalidade da aplicação por portaria da disposição convencional*".

No que concerne a decisões judiciais nesta matéria, o **Ac. TC de 17 de Maio de 1989**, (DR 2.ª Série, n.º 212, de 14 de Setembro de 1989, pág. 9177 ss), pronunciou-se favoravelmente à tese da inconstitucionalidade, atenta a violação do art. 61.º CRP, tendo-se pronunciado em sentido contrário nos **Ac. n.º 249/90, de 12 de Julho** (DR 2.ª Série, n.º 96, de 24 de Abril de 1992, pág. 3656-(2) ss) e 431/91, de 14 de Novembro (DR 2.ª Série, n.º 96, de 24 de Abril de 1992, pág. 3656-(5) ss).

⁽⁵⁵⁾ Confirmando as conclusões avançadas, **Ac. STJ, de 19 de Abril de 1989**, BTE, 2.ª Série, n.os 510-11-12/91, pág. 1021.

⁽⁵⁶⁾ A este propósito, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a aplicação, por força de uma portaria de extensão, da, então em vigor, cláusula 46. do CCT para o sector da limpeza (celebrado entre a Associação de Empresas de Prestação de Serviços de Limpeza e o Sindicato dos Trabalhadores de Portaria, Vigilância, Limpeza e Actividades Similares, publicado no BTE, 1.ª Série, n.º 7, de 22 de Fevereiro de 1981. Tal cláusula determinava a manutenção ao serviço dos trabalhadores em funções num local que viesse a ser arrematado por outra empresa do sector), a empresas que "não estando inscritas na Associação patronal subscritora, exerçam no entanto na área abrangida por aquele contrato colectivo, a actividade nele regulada ... aos trabalhadores das mesmas profissões e categorias não inscritos nas associações sindicais outorgantes ao serviço de entidades patronais inscritas na associação signatária". Nesse sentido, o **Ac. TC n.º 392/89, de 17 de Maio de 1989**, DR, 2.ª Série, n.º 212, de 14 de Setembro de 1989, pág. 9177 ss. Idêntica linha de raciocínio poderia ser seguida relativamente à cláusula 113.º, n.º 2 do CCTV para a indústria hoteleira (publicado no BTE, n.º 9, de 8 de Março de 1979) que, de igual forma, operou um efectivo alargamento do campo de aplicação do art. 37.º.

Finalmente, e pelo menos no que respeita aos exemplos acima apontados, afigura-se pertinente salientar que a conservação do posto de trabalho ou a manutenção de direitos laborais só estão em perigo, quando o estabelecimento muda de mãos, o que não chega a acontecer nas referidas hipóteses. Os trabalhadores seriam afetados apenas no que toca ao local de trabalho, mas continuariam a exercer a sua actividade em local diferente para o mesmo empregador, de acordo com a mobilidade que caracteriza esse tipo de funções.

6. Conclusões finais

Numa apreciação final do regime jurídico do art. 37.º, deverá entender-se que, por via do normativo em análise, o transmissário ingressa na posição jurídica ocupada pelo transmitente, através do fenómeno designado por Mota Pinto como “*subrogação ex lege no contrato*” (57), o que permite concluir que a subsistência, *qua tale*, dos contratos de trabalho não é posta em causa e o seu conteúdo é, em princípio, conservado.

Em virtude da transmissão do estabelecimento, e independentemente do meio pelo qual esta opera, o novo titular fica investido automaticamente, por força da lei, na posição anteriormente ocupada pelo transmitente, sem que tal consequência jurídica possa, por princípio, ser arredada por vontade das partes (exceptuam-se os casos em que exista acordo entre o transmitente e o adquirente, no sentido de os trabalhadores continuarem a desempenhar funções num outro estabelecimento pertencente ao primeiro, de acordo com a ressalva feita pelo próprio art. 37.º, n.º 1, bem como as situações acima descritas em que se deverá entender ser admissível que o trabalhador se oponha à transmissão do contrato).

Atentos os princípios gerais de direito civil e laboral, no que concerne à autonomia contratual e à liberdade de escolha da contraparte, facilmente se conclui que esta disposição legal introduz um importante desvio.

(57) MOTA PINTO, ob. cit., pág. 90.

Com efeito, em regra, não se transmitem automaticamente, para o adquirente de um estabelecimento, as relações contratuais que o alienante mantinha com terceiros, excepto no que respeita, precisamente, às relações laborais e às relações locatícias.

A este propósito, Mota Pinto chama a atenção para o facto de não se transmitirem, para o adquirente da empresa ou do estabelecimento, relações contratuais de outra natureza, como seja o caso dos contratos de fornecimento, de activos ou passivos, de bens ou serviços, entre outros. Nestas situações é já exigido, não só o acordo entre o transmitente e o novo titular da empresa, bem como a adesão do contraente cedido. Assumindo uma posição inegavelmente inovadora para a época, o citado Autor chega mesmo a advogar a conveniência da transmissão automática de tais contratos. Tal entendimento é justificado pelo facto de, por um lado, e contrariamente ao que sucede com os contratos de trabalho, tais contratos não serem celebrados *intuitu personae*, e, por outro, pela necessidade de dar resposta às exigências da vida económica, uma vez que as suas função e motivação se encontram estreitamente relacionadas com a empresa ⁽⁵⁸⁾.

Por outro lado, tendo-se constatado que o termo “transmissão” é empregue *lato sensu*, abrangendo certas situações de facto, desde que reunidos determinados requisitos e independentemente da sua conformação jurídica em concreto, é razoável concluir que, tal como sucede no âmbito da lei fiscal, “o legislador privilegiou as situações de facto, em detrimento das qualificações jurídicas” ⁽⁵⁹⁾.

Realçadas as notas dominantes do regime actualmente em vigor, importa agora, e por fim, tentar identificar os princípios que se encontram na génese do art. 37.º.

Detecta-se a este propósito alguma divergência doutrinária relativamente à preponderância de interesses economicistas face às preocupações de índole laboral. Nessa medida, são evidenciadas algumas dificuldades de articulação da extraordinária mobilidade que caracteriza a organização das unidades produtivas, hoje em dia, com a função garantística e protectora do art. 37.º.

⁽⁵⁸⁾ MOTA PINTO, ob. cit., pág. 88.

⁽⁵⁹⁾ ABÍLIO NETO, ob. cit., pág. 215.

Numa primeira perspectiva, diversas vezes se erguem a favor da consagração, no normativo em análise, da teoria da empresa, que preconiza a existência de uma ligação mais estreita do trabalhador à empresa à qual se encontra vinculado do que, propriamente, à pessoa do empresário. Tal ligação justificaria que os vínculos de natureza laboral acompanhassem as transformações que a empresa, na sua direcção ou estrutura, venha a sofrer.

Se atentarmos no inciso final do n.º 1, ao admitir o acordo entre o transmitente e o transmissário, no sentido de os trabalhadores continuarem ao serviço do primeiro num outro seu estabelecimento, contanto que a transferência não lhes cause prejuízo sério e sem que seja necessário o consenso dos trabalhadores em causa, parece poder retirar-se a conclusão de que o interesse dos trabalhadores na continuidade da relação é apenas um dos interesse atendidos.

Outros, efectivamente, lhe subjazem, como o interesse do transmissário em receber um estabelecimento funcional, dotado dos meios necessários para continuar a sua actividade no mercado sem grandes hiatos ou interrupções e, porventura, o eventual interesse do próprio transmitente em conservar alguns dos seus trabalhadores.

Tal entendimento foi expressamente perfilhado em Itália, sublinhando-se que a norma italiana correspondente (art. 2112.º do Código Civil italiano), oriunda do sistema corporativo, visava, em primeira linha, a tutela do estabelecimento, surgindo apenas em segundo plano e quase como consequência acessória, a protecção dos trabalhadores ⁽⁶⁰⁾.

Na mesma linha, vem a lição de Menezes Cordeiro, sustentando que à formulação do art. 37.º presidiu uma lógica predominantemente empresarial, mas numa posição já mais atenuada, ao

⁽⁶⁰⁾ Nesse sentido, ANNA RITA TINTI, *La nozione di trasferimento d'azienda e il nuovo art. 2112 c.c.*, in *Le Nuove Legge Civili Commentate*, 1992, pág. 649: "O objecto da tutela era, antes de mais, a integridade do complexo empresarial: um bem particularmente caro a ambas as partes do negócio de transmissão, enquanto condição essencial para a possibilidade de circulação e de colocação da empresa no mercado, do ponto de vista do alienante e para a funcionalidade e imediata possibilidade de utilização das suas potencialidades produtivas por parte do adquirente".

reconhecer que foram tidos em conta pelo legislador certos valores laborais ⁽⁶¹⁾.

Estariamos, segundo este Autor, em face do princípio do tratamento do estabelecimento como objecto unitário de negócios, já consagrado, aliás, e no regime jurídico do arrendamento que, em situações paralelas, e no que respeita ao estabelecimento comercial, se transmite sem necessidade do consentimento do senhorio, de acordo com o disposto no art. 115.º RAU ⁽⁶²⁾. Em ambos os preceitos se encontra espelhada a preocupação de salvaguardar a integridade do estabelecimento, como forma de viabilizar a sua subsistência e circulação.

Em sentido divergente, se bem que não diametralmente oposto, defender-se-á que o regime deste artigo, embora conxionado com a necessidade de garantir a actividade produtiva, visaria, fundamentalmente, proteger o trabalhador, garantindo a manutenção do emprego em caso de modificação subjectiva do estabelecimento.

Nessa perspectiva, a par da protecção dos interesses das empresas ligados à manutenção em actividade das unidades económicas, estaria subjacente ao art. 37.º a necessidade de protecção da segurança no emprego, salvaguardando-se a estabilidade da relação laboral, independentemente da alteração do titular do estabelecimento.

⁽⁶¹⁾ MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pág. 774.

⁽⁶²⁾ Outro caso se pode apontar em que o princípio básico, norteador do regime contido no art. 37.º é retomado. Falamos da manutenção dos contratos de trabalho em situações em que a empresa se encontra em regime de autogestão. Nesse sentido aponta o **Ac. RE de 26 de Junho de 1986**, BMJ 364 (1987), pág. 957: "*Mantém-se os contratos de trabalho, latentes, na autogestão provisória dos trabalhadores, em que estes detêm a posse útil do estabelecimento e a entidade patronal a sua titularidade.*" Ainda **Ac. RE, de 16 de Dezembro de 1986**, BMJ n.º 364, pág. 957. No que respeita ao trabalho rural, idêntica solução foi afastada pelo **Ac. STJ de 29 de Julho de 1986**, BMJ 359 (1986), pág. 702 ss, de acordo com o qual a transmissão da exploração de estabelecimento não admite analogia com a transmissão de uma exploração agrícola, por via do contrato de arrendamento rural, à luz dos preceitos conjugados dos artigos 37.º, n.º 1 LCT e 58.º da Lei n.º 77/77, de 29 de Setembro. Segunda tal decisão judicial, estar-se-ia a contrapor ao estabelecimento, uma universalidade de bens e direitos complexa e muito característica. Nessa medida, o contrato de trabalho rural não poderia ser integrado por uma mera ocupação de uma casa de habitação e cultivo de um terreno, como substituto do componente monetário dos salários devidos. Por outro lado, faltaria a este contrato o vínculo de autoridade e direcção da entidade patronal, insito ao contrato de trabalho, que, deixando de existir, implicaria a extinção desse contrato.

Efectivamente, parece inelutável que, com o preceituado neste artigo, se visa obter uma garantia do direito à segurança no emprego (vertido no art. 53.º CRP e inscrito nos direitos, liberdades e garantias do trabalhador), a qual ficaria seriamente comprometida se, em caso de transmissão do estabelecimento, o destino das relações de trabalho a ele respeitantes ficasse totalmente dependente da vontade do empresário respectivo.

Esse propósito é retomado pelo art. 9.º da LIRC e pelo art. 6.º da LCCT.

O primeiro obriga o cessionário a observar o instrumento de regulamentação colectiva que vincula o cedente, em caso de cessação de empresa ou estabelecimento, enquanto o segundo afasta a caducidade dos contratos de trabalho, em consequência de morte do empregador em nome individual e de extinção da entidade colectiva empregadora, quando os sucessores do falecido continuam a actividade para que o trabalhador foi contratado ou se verifique a transmissão do estabelecimento, hipótese em que tem aplicação o art. 37.º (63).

Quanto a este último normativo, sendo o estabelecimento encerrado a título definitivo, verifica-se a impossibilidade absoluta do trabalho ser prestado ou recebido, o que, naturalmente, gera a caducidade do contrato.

Se é certo que a livre iniciativa económica se traduz num direito à criação de empresas e à sua gestão com total autonomia e de forma isenta de interferências externas, importa ter presente que não estamos, porém, em face de um direito absoluto.

Desde logo, a necessidade de coexistência com outros direitos impõe-lhe certas limitações, ao que acresce que a função social da iniciativa privada só pode ser exercida “*nos quadros definidos pela CRP e pela lei*”, conforme o previsto no art. 61.º, n.º 1 CRP.

Nessa medida, há que moldar o exercício da actividade económica privada e, mais ainda, que sujeitá-la a condicionalismos e

(63) A respeito do citado art. 6.º, Abílio Neto vem classificar a solução adoptada pelo legislador como híbrida, quando esteja em causa um empregador pessoa singular, porquanto a causa subjacente à extinção dos contratos de trabalho, que a lei aponta como sendo a morte, acaba por ser a decisão dos herdeiros no sentido de continuar ou não a explorar a actividade, que não é, por norma, tomada de imediato a seguir ao óbito, ficando o efeito extintivo suspenso e dependente dessa decisão. — ABÍLIO NETO, ob. cit., pág. 738.

restrições vários, como forma de dar resposta às exigências constitucionais em matéria de direitos dos trabalhadores.

No âmbito da problemática *sub judice* é de salientar que um dos seus corolários, a liberdade de contratação, não pode ser perspectivada como uma liberdade absoluta e incondicional, devendo, outrossim, comprimir-se em função do imposto pelas normas legais imperativas, como é o caso do art. 37.º.

Transferindo agora a nossa atenção do art. 37.º, propriamente dito, para o seu confronto com a regulamentação comunitária em vigor, ressalta, em larga medida, a ausência de qualquer impacto significativo da Directiva comunitária nas posições adoptadas pela doutrina e jurisprudência portuguesas, o que em parte se explica pelo entendimento de que o art. 37.º já consubstanciava as preocupações comunitárias nesta matéria, pelo que se tornava desnecessária a sua transposição para o direito interno (64).

Precisamente pelo facto de o art. 37.º ter sido concebido previamente à entrada em vigor da Directiva e não ter resultado da sua transposição, assistiu-se à sedimentação legislativa do mecanismo nele previsto, a nível nacional, e a uma certa disparidade de tratamento da matéria da transmissão do estabelecimento, que se evidencia a diversos níveis. Dentre estes, passamos a elencar as diferenças mais flagrantes.

Contrariamente ao que sucede no art. 1.º, n.º 1, alínea *a*) da Directiva, o mencionado preceito não admite expressamente a possibilidade da cessão parcial da empresa ou estabelecimento. Não obstante, o art. 9.º da LIRC menciona abertamente essa hipótese, uma vez que a actual redacção foi introduzida pelo D.L. n.º 209/92, de 2 de Outubro, que, atenta a data da sua entrada em vigor, teve já em conta a previsão comunitária a este respeito (65). Consequentemente, dado que se trata de normas inseridas em

(64) O Tratado de Adesão de Portugal à Comunidade Europeia (Resolução da Assembleia da República n.º 22/85, de 18 de Setembro), dispunha, no seu art. 392.º, que o Estado português se considerava notificado, para todos os efeitos, da Directiva n.º 77/187/CEE a partir da sua adesão à Comunidade Europeia, o que sucedeu em 1986. Foi fixado um prazo de dois anos para a transposição da citada Directiva para o direito interno português, que terminou em 1988, não tendo a mesma sido transposta até à presente data.

(65) A este propósito, Ac. RC, de 22 de Abril de 1992, CJ, 1993, 2.º, pág. 80: "A transmissão pode abranger só parte do estabelecimento. A transmissão do estabelecimento, no todo ou em parte...".

diplomas hierarquicamente equiparados em termos de força jurídica e porque não existe contradição entre o seu teor, vindo apenas a segunda acrescentar algo à primeira, dever-se-á entender que, no direito laboral português, se admite o funcionamento do mecanismo de protecção previsto no art. 37.º, mesmo quando esteja em causa, tão somente, a transmissão de uma parcela do estabelecimento. Importa, no entanto, que a fracção transmitida reúna determinadas características que permitam enquadrá-la na noção de unidade produtiva autónoma. ⁽⁶⁶⁾

Uma segunda nota dissonante, que sobressai da comparação dos dois regimes e da aplicação que deles tem vindo a ser feita na prática, prende-se com o facto de a redacção do art. 37.º, ao falar em transmissão do estabelecimento” ou em “transmissão de exploração do estabelecimento” parecer pressupor a existência de um negócio translativo ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Em sentido discordante, ABÍLIO NETO, ob. cit., pág. 215, ponto 14: “A transmissão que releva para efeitos do art. 37.º da LCT deve ter carácter global”.

Confirmando a tese por nós sustentada, o Ac. RP, de 12 de Dezembro de 1988, Col. Jur. 1988, pág. 249: “... se a empresa tiver por objecto vários ramos comerciais, entre os quais a mediação de seguros, a transmissão apenas deste implica para o adquirente também a transmissão dos contratos dos trabalhadores que nele trabalhavam na transmitente, excepto nos casos previstos na lei. Assim, é nulo o despedimento sem prévio processo disciplinar, determinado pelo adquirente daquele ramo empresarial, de trabalhadora acerca da qual se prova que sempre trabalhara na área dos seguros na empresa transmitente.”

⁽⁶⁷⁾ Apesar de ser esse o entendimento jurisprudencial, diversos autores reclamam a interpretação extensiva ou por analogia do art. 37.º aos casos em que não se pode falar de uma verdadeira e própria transmissão. Já LOBO XAVIER, ob. cit., pág. 448, sustentava que “o art. 37.º do nosso D.L. n.º 49408 deve aplicar-se também às hipóteses em que muda o sujeito da exploração do estabelecimento comercial por este haver revertido para o proprietário que o locara ou haver passado a ser explorado por um novo locatário, finda a primeira locação”. Na opinião de VIEIRA GOMES, ob. cit., pág. 159, o citado Autor “antecipou... soluções que vieram depois a ser preconizadas pelo TJCE e não se refugiou no argumento estéril e formal de que nenhum laço jurídico existe entre os sucessivos cessionários”. FURTADO MARTINS, *Algumas observações sobre o regime da transmissão do estabelecimento no direito do trabalho português*, RDES, 1994, n.º 4, pág. 359, vem confirmar idêntico entendimento: “Embora a questão só raramente tenha sido objecto de reflexão aprofundada havendo quem defenda a aplicação do art. 37.º a tais hipóteses, solução que me parece mais correcta.” Ainda, no mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU, *A Empresa e o Empregador em Direito do Trabalho*, sep. BFDUC, Coimbra, 1982, pág. 45 e JORGE LEITE e COUTINHO DE ALMEIDA, ob. cit., pág. 80.

A questão ganha particular acuidade nos casos de concessão da exploração, em que o estabelecimento deixa de ser explorado pelo concessionário e reverte para o concedente, bem como quando se dá a substituição de concessionários, desde que pressuponha a reversão da exploração para o concedente seguida de nova concessão.

O argumento invocado para afastar a aplicação do art. 37.º, nestas situações, é o de que não existe uma verdadeira transmissão do estabelecimento no primeiro caso, nem um vínculo jurídico directo entre concessionários, no segundo caso, que permitam satisfazer a exigência da continuidade contratual entre transmitente e transmissário.

Já no plano comunitário, e, contrariamente ao que sucede em Portugal, tem sido defendido como critério essencial, para que se possa falar em transmissão de um estabelecimento, a subsistência da entidade económica, independentemente da existência de uma ligação jurídica directa entre as pessoas que sucessivamente exploram o estabelecimento ⁽⁶⁸⁾. Nessa medida, a transmissão poderia dar-se em duas fases, sendo certo que o critério da manutenção da identidade económica da empresa não é compatível com a exigência de um vínculo jurídico entre os sucessivos responsáveis pela sua exploração apresentada pela jurisprudência portuguesa ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ **Ac. TJCE, de 10 de Fevereiro de 1988**, proferido no âmbito do processo 324/86, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*, 1988, ECR 739; **Ac. TJCE, de 17 de Dezembro de 1987**, proferido no processo 287/86, *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v Ny Molle Kro*, 1987, ECR 5465; **Ac. TJCE, de 15 de Junho de 1988**, proferido no processo 101/87, *P. Bork International A/S, in liquidation and others v Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, 1988, ECR 3057.

⁽⁶⁹⁾ Como ilustrativos daquela que tem sido a posição dominante na jurisprudência portuguesa, nesta matéria, apontam-se os seguintes arestos: **Ac. STJ de 13 de Março de 1981** (Acórdãos Doutriniais, n.º 235, pág. 938 ss.): *“Tendo a Wagons Lits rescindido o contrato que tinha com a Companhia dos Caminhos de Ferro Portugueses, de exploração dos serviços de restaurantes, vendas ambulantes e minibares nos seus comboios, passando esta Companhia a explorá-los directamente, não existiu qualquer transmissão de estabelecimento ou cessão de exploração por parte da Wagons Lits, nos termos e para os efeitos do artigo 37.º do regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 21-11-969. Nenhuma relação directa se estabeleceu entre a recorrente e as ditas requeridas, o que necessariamente implica em relação ao objecto da causa não tenham estas um interesse igual ao daquela, nem sejam com ela solidariamente responsáveis pelos créditos reclamados com fundamento no artigo 37.º do R.J.C.I.T. ou da cláusula 99.º do Acordo Colectivo de Trabalho para a Indústria Hoteleira, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º 14, de 15 de Abril de 1977.”*; **Ac. STJ de 5 de Fevereiro de 1982** (Acórdãos Doutriniais, n.º 245, pág. 692 ss.): *“O pedido de intervenção principal, feito nos termos da alínea a) do artigo 351.º do Código de Processo Civil e com fundamento no dis-*

Compreende-se, contudo, alguma dificuldade de acatamento de uma interpretação tão ampla do sentido da norma, dado que o art. 37.º prevê, não só a transmissão automática dos contratos, mas também impõe a responsabilidade solidária do transmitente e do transmissário, nas condições nele previstas. Assim sendo, numa situação limite, estar-se-ia a impedir a melhoria da qualidade do pessoal, ao ser imposto ao novo concessionário ou ao proprietário do estabelecimento que retomassem o pessoal empregue pelo anterior concessionário, quando uma das razões que pode ter levado à mudança de concessionário pode ter sido, precisamente, a insatisfação com os trabalhadores deste, ficando, assim, a pagar pelos seus erros de gestão ou eventual má fé.

Atentas as discrepâncias de regime assinaladas, se, por um lado, o art. 37.º proporciona já um grau razoável de protecção dos trabalhadores afectados pela transmissão, encerrando, em certos

posto no artigo 37.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 49 408, de 21 de Novembro de 1969, depende de ter havido transferência do estabelecimento ou exploração do requerente para a entidade requerida"; Ac. RP de 10 de Dezembro de 1986 (CJ 1986, V, pág. 268 ss.): "A aplicação do art. 37.º LCT pressupõe a transmissão entre adquirentes do mesmo estabelecimento, sem o que é impossível a responsabilidade solidária aí preceituada. Se a empresa proprietária de um posto de abastecimento de carburantes fez cessar a exploração concedida a certa entidade e, dias depois, entregou a mesma exploração a outro concessionário, não se verifica a transmissão entre os dois concessionários sucessivos, sendo inaplicável à hipótese o estatuto do citado art. 37.º. Não existiu aqui uma transmissão de exploração, mas sim nova ocupação das mesmas instalações por efeito da cedência pela empresa proprietária a um novo concessionário."; Ac. RL de 14 de Dezembro de 1988 (CJ 1988, V, pág. 169 ss.): "Quanto a saber se esta R. ficou também co-responsável solidária por quaisquer débitos salariais vencidos antes do início da sua concessão, nos termos previstos no n.º 2 do art. 37.º LCT, entendeu o M.º Juez que tal regra não era aplicável ao caso por não haver qualquer transmissão de estabelecimento ou negócio jurídico equiparável... No art. 37.º da LCT contém-se apenas a regulamentação de situações de transmissão de um estabelecimento entre duas entidades, ..., e não também a situação de certo modo paralela em que duas entidades se sucedem na exploração do mesmo estabelecimento, mas sem que entre ambas exista qualquer acto ou negócio jurídico de transmissão... Sendo a concessão de exploração de bares e restaurantes de empresas públicas feita mediante concurso público, não há uma transmissão do direito a essa exploração de um para outro concessionário. O que sucede é que um dos concessionários, atingido o termo do seu período de exploração, tem de entregar o estabelecimento à entidade pública que dele é titular, sendo esta quem, por sua vez, o entrega ao novo concessionário para exploração. O segundo concessionário tem de assegurar aos trabalhadores ocupados na exploração a subsistência dos respectivos contratos de trabalho, por força da cláusula 113.º do CCT aplicável. Não há, todavia, responsabilidade solidária do segundo concessionário, em relação ao primeiro, pelas dívidas deste para com esses trabalhadores."

aspectos, uma disciplina mais favorável do que a contida no texto comunitário (prática essa expressamente admitida pelo art. 7.º da Directiva), tal facto não deve levar a que o legislador português nele deposite uma confiança excessiva, votando ao esquecimento a interpretação que o TJCE dela tem vindo a fazer.

Importa, assim, ter presente que se impõe a cada Estado-membro proceder a uma interpretação da legislação nacional o mais conforme possível com o Direito comunitário ⁽⁷⁰⁾, pelo que, ou se entende que o art. 37.º comporta uma leitura compatível com a Directiva, ou não restará ao legislador português, como alternativa, senão produzir as normas necessárias para assegurar o cumprimento integral das citadas disposições comunitárias.

CAPÍTULO II

Modos de flexibilização das relações laborais

1. Nota introdutória

A evolução do mercado de trabalho a que se tem assistido nos últimos anos conduziu a profundas alterações no plano laboral, designadamente no que respeita aos modelos de contratação adoptados, ao conteúdo e dinâmica da prestação laboral, à extinção do contrato e à diferente estruturação da contratação colectiva ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ LIBERAL FERNANDES, ob. cit., pág. 224: “O princípio da aplicação preferente impõe assim que a norma do direito interno ceda em detrimento do preceito comunitário que com ela colida; isto significa que os tribunais portugueses ficam obrigados a respeitar esse primado, designadamente a interpretar e aplicar o direito nacional em conformidade com o ordenamento comunitário. O juiz nacional tem assim por missão proteger os direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário.”. VIEIRA GOMES, ob. cit., pág. 79: “... os tribunais nacionais têm o dever de interpretar o Direito pátrio de um modo conforme às directivas e à interpretação que delas é feita pelo Tribunal de Justiça das Comunidades quando não existe uma contradição expressa entre aquele Direito e as directivas.”.

⁽⁷¹⁾ Como refere ABEL FERREIRA, Grupos de Empresas e Direito do Trabalho, dissertação de Mestrado, Lisboa, 1997, pág. 23: “... a flexibilidade constitui hoje uma imposição da economia moderna, imperativa para as empresas antes de o ser para os trabalhadores. O conceito subjacente à ideia de flexibilidade é, antes de mais, o da necessidade de adaptação e antecipação da empresa em relação às mutações do ambiente circunstante, única forma de garantir não apenas a sua sobrevivência, mas também o crescimento a longo prazo”.

Destacam-se como particularmente relevantes, atendendo ao escopo deste trabalho, os novos modelos de “exteriorização do trabalho” ou de “descentralização produtiva”, os quais, na prática, se traduzem numa tentativa de tornar mais competitivo o resultado da gestão empresarial, através da concomitante redução dos custos laborais.

A concretização de tal objectivo passa pela “deslocalização” para fora da empresa de determinadas tarefas necessárias à realização do seu fim social, de tal forma que parte da actividade passa a ser desenvolvida por trabalhadores estranhos ao seu pessoal.

Como manifestações concretas desse fenómeno, e seguindo a tipologia adoptada por Germán Barreiro González, podem apontar-se os grupos de empresas, a contratação de serviços, as novas fórmulas de trabalho no domicílio (com as particularidades do chamado “teletrabalho”), o recurso a empresas de trabalho temporário, bem como qualquer forma de gestão externa de obras ou serviços através de contratos celebrados com empresas auxiliares, comumente conhecido nos dias de hoje pela designação de “*outsourcing*” (72).

Circunstâncias muitas vezes estranhas à própria empresa e que se prendem com alterações registadas no plano económico, a reorganização dos sectores produtivos e uma crescente competitividade, determinaram um duplo movimento de sentido aparentemente antagónico, mas em muitos casos complementar: por um lado deparamos com aquelas organizações produtivas que procuram aumentar a sua dimensão por forma a competir melhor, através de alternativas de crescimento estratégico juridicamente materializado em fusões; por outro, as empresas que preconizam as virtudes competitivas aliadas ao “adelgaçar” (“*downsizing*”) das suas estruturas produtivas, numa tentativa de reduzir a sua dimensão até ao limite do que se possa considerar estritamente necessário para assegurar as funções básicas da empresa.

A primeira tendência conduziria à formação dos grupos de empresas, a segunda aos fenómenos de contratação e subcontratação e, em termos mais latos, de *outsourcing*.

(72) GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ, *Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna*, REDT, n.º 94, Março-Abril 1999, pág. 166.

2. Outsourcing

2.1. Análise conceptual

A dilucidação do termo *outsourcing*, cuja concepção é atribuída aos economistas, reconduz-nos à seguinte noção: “... *procesos que consistem na exteriorização de actividades que não sejam consideradas funções elementares da organização, independentemente daquelas terem sido ou não previamente desempenhadas pela empresa*” (73).

Todavia, tal conceito não traduz um fenómeno unitário, servindo outrossim como elemento aglutinante de duas espécies bem diferenciadas: em primeiro lugar, o “*outsourcing* operativo ou tático”, que se reconduz à mera subcontratação de tarefas “simples”, não essenciais à actividade da empresa (74); num segundo plano, o “*outsourcing* estratégico”, que consiste na descentralização de actividades fulcrais (75) através de uma relação de cooperação com um fornecedor. Esta relação estreitar-se-á à medida que aumentar a interdependência entre a função proveniente do exterior e as restantes parcelas do negócio, ao ponto de conduzir, em extremo, à chamada “empresa virtual”, uma estrutura em que várias empresas juridicamente diferenciadas actuam em obediência a uma complexa estratégia de cooperação que, em termos finais, se traduz na produção, de forma conjunta, de determinados bens, oferecidos aos clientes como se de uma única empresa se tratasse.

Independentemente da sua conformação em concreto, e das diferentes perspectivas que podem ser sustentadas a este respeito, o que diferencia um processo de *outsourcing* das clássicas técnicas de subcontratação, é a relação entre cliente e prestador de serviços,

(73) CASANI, LUQUE, RODRIGUEZ y SORIA, *El outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa*, Relaciones Laborales, num. 14, 1998, pág. 52.

(74) Como exemplo de actividades secundárias ou laterais em relação à vida da empresa, podem apontar-se a limpeza, a segurança, a manutenção, os serviços de mensagens, de transporte, consultoria legal, *marketing*, sistemas de informação, *catering*, de entre outros, excepto, naturalmente, quando estejam em causa empresas que tenham por objecto social, precisamente, o desempenho dessas tarefas.

(75) NAVARRETE, TORRE, POMEDA, LAMBÁN, *La problemática del outsourcing* Tribuna, pág. 87, citam como exemplo a distribuição logística e, inclusivamente, a concepção dos produtos.

que, no primeiro caso, é necessariamente muito mais estreita, gerando-se, por vezes, um laço de inter-dependência.

Igualmente designado por *facilities management* (“gestão de recursos”), o *outsourcing* caracteriza-se, em termos genéricos, pela “transferência, para um terceiro, de um sector de actividade de uma empresa, incluindo os seus meios, por um determinado período de tempo e nos termos acordados de preço e padrão de serviço” (76).

O fenómeno em causa é informado por um princípio estratégico da maior importância, na actual gestão empresarial, que resulta da crescente especialização do processo económico e da complexa interdependência das relações de produção, impondo a máxima do recurso, sempre que possível, a fornecedor externo para o desempenho de funções de um modo geral não directamente relacionadas com o núcleo central ou essencial da empresa (*core business*).

Pressupõe, assim, “uma nova concepção da estrutura organizativa, de acordo com a qual se renuncia ao crescimento interno, reduzindo as oportunidades de promoção do pessoal, e se estabelece um novo sistema de relações laborais, já que se passa a trabalhar estreitamente com trabalhadores que não pertencem à empresa e sobre os quais não existe, por assim dizer, autoridade directa.” (77).

A opção pelo *outsourcing* é ditada por uma série de vantagens inerentes a esta importante ferramenta de gestão empresarial, dentre as quais se destacam o significativo avanço em termos competitivos, viabilizado pela possibilidade de concentrar esforços nas ditas “actividades-chave” (libertando-se, por esta via, recursos humanos e de capital); as reduções de custos; a flexibilidade organizativa; o incremento dos rendimentos proporcionado pela diminuição do número de pessoal fixo; o acesso a tecnologia especializada de nível mundial e a outros recursos não disponíveis internamente, com especial interesse para a optimização de funções difíceis de gerir ou fora de controlo. Torna, ainda, possível a redu-

(76) Definição de ALEXANDRE PEREIRA, *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas: alguns aspectos jurídico-contratuais*, ROA, ano 59, Lisboa, Dezembro 1999, pág. 958.

(77) CASANI, LUQUE, RODRIGUEZ, SORIA, *El outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa*, Rlab., num. 14, 1998, pág. 1186.

ção de custos operacionais e a utilização de recursos para outros fins, sendo de destacar a disponibilização de recursos financeiros para o investimento em capital fixo relativamente a áreas nucleares da empresa. Através do *outsourcing* dá-se ainda uma repartição do risco, no que toca a essas actividades. Por último, representa um meio de injeção de capital na empresa, através da transferência dos meios afectados ao exercício da actividade em causa, configurando-se, nessa medida, como uma forma de financiamento ⁽⁷⁸⁾.

No que concerne às desvantagens inerentes a este fenómeno, salienta-se a perda de controlo, a possível dependência excessiva do prestador de serviços externos, a potencial perda de *know-how* e as dificuldades na redução do pessoal.

Tendo em conta as motivações *supra* referenciadas, a opção por este tipo de esquema acaba por ser determinada casuisticamente, partindo de uma valoração dos aspectos positivos e negativos elencados e concluindo-se pela obtenção, ou não, de um resultado final vantajoso, em termos de competitividade e rentabilidade.

Sempre que a estratégia económica adoptada leve o empresário a centrar a sua actividade produtiva apenas numa das facetas-chave directamente relacionadas com o seu negócio, tendo a sua empresa sido criada recentemente, procurará contratar com outras empresas auxiliares as actividades não essenciais ou desempenhar, de forma mais eficaz, certas tarefas essenciais, socorrendo-se, para esse efeito, de empresas especializadas. Pelo contrário, tratando-se de uma empresa já existente, tentará simplificar o processo produtivo, “exteriorizando” as actividades de que possa prescindir.

2.2. Enquadramento legal

Não se encontrando, no nosso ordenamento jurídico, previsão normativa que vede o recurso a esta técnica, o *outsourcing* con-

⁽⁷⁸⁾ A respeito do *outsourcing* informático, ALEXANDRE PEREIRA, ob. cit., pág. 960, elenca da seguinte forma as motivações que lhe subjazem: “*Também aqui as empresas recorrem ao outsourcing por diversas razões estratégicas de optimização dos seus serviços informáticos, visando a redução dos custos, a diminuição dos problemas de gestão, bem como a preocupação de melhorar a qualidade dos seus serviços, concentrando a sua atenção nas suas actividades principais*”.

quista o seu lugar no âmbito dos actuais processos de gestão laboral das empresas com base na abertura concedida pelo art. 61.º, n.º 1 CRP, que consagra a liberdade de iniciativa económica e a consequente faculdade do empresário articular os factores produtivos de acordo com o seu próprio critério.

Atenta a ausência de tipificação legal, deparamos com um contrato de geometria variável, cujo conteúdo difere em função da situação particular de cada cliente e dos objectivos específicos por si prosseguidos.

De uma análise mais cuidada desta temática, se conclui que o contrato de *outsourcing* pode suscitar diversos problemas jurídicos, assumindo-se como particularmente relevantes as questões de direito laboral.

Com efeito, na medida em que prevê, frequentemente, a transferência para a empresa de *outsourcing* de todo ou parte do pessoal afecto ao serviço em causa, o contrato de *outsourcing* coloca diferentes questões de Direito do Trabalho relativas ao destino do pessoal atingido, cuja transferência integra o objecto do contrato.

Em rigor, parece poder concluir-se que, numa óptica estritamente economicista, o factor trabalho é perspectivado como um simples custo de entre outros, reconduzindo-se, no fundo, a um elemento a transmitir ou a modificar de acordo com as conveniências e face ao qual o ordenamento jurídico laboral e os sindicatos se apresentam como meros obstáculos.

Muitas vezes, são estes esquemas indirectos que permitem ultrapassar com maior sucesso tais dificuldades, quando comparados com outras técnicas alternativas, como sejam os rígidos procedimentos do despedimento colectivo (art. 16.º e seguintes LCCT) ou a cedência de trabalhadores (art. 26.º e seguintes da Lei n.º 146/99, de 1 de Setembro), em regra proibida.

3. Grupos de Empresas

3.1. *Análise conceptual*

Apontados, em linhas gerais, os traços característicos do *outsourcing*, iremos de seguida centrar a nossa atenção na problemática dos grupos de empresas em geral, para, posteriormente, nos

debruçarmos sobre as suas possíveis interconexões com o mecanismo do art. 37.º.

O interesse de que se reveste a problemática atinente aos grupos de empresas, do ponto de vista jurídico-laboral, parece ter-se incrementado nos últimos anos, fruto, por um lado, da crescente complexidade das unidades produtivas e, por outro, do maior índice de colaboração inter-empresarial.

Efectivamente, cada vez mais o agrupamento de sociedades se apresenta como um fenómeno típico das economias organizadas, não faltando quem o aponte como um imperativo, ou melhor, como um requisito essencial para o desenvolvimento de certas actividades económico-produtivas.

Na esteira de ROMANO MARTINEZ: *“A problemática do grupo de empresas, a nível de Direito do Trabalho, insere-se num fenómeno recente de reestruturação empresarial, com novas formas de cooperação entre empresas, que tem em vista, por vezes, a flexibilização da relação laboral, de modo a superar a rigidez proteccionista do sistema vigente”* (79).

Pressionadas pela necessidade de diversificar a sua actividade e se expandir, por um lado, mas tendo em conta, por outro, os aspectos perniciosos inerentes ao crescimento dimensional interno, muitas empresas optaram, efectivamente, por adoptar uma *“estratégia de expansão externa, com recurso a instrumentos de controlo e de cooperação inter-empresarial, assim se operando a passagem da era dita atomística para a era molecular da organização económica empresarial”* (80).

A nova ideia do *divide et impera* vem pôr termo ao modelo “tayloristafordista” de empresa, abrindo espaço para o novo conceito de “empresa-rede”, em função da qual *“a empresa no seu*

(79) ROMANO MARTINEZ, ob. cit., págs. 166 e 167.

(80) ABEL FERREIRA, ob. cit., págs. 5 e 6. Refere ainda, neste contexto, que: *“As necessidades de redimensionamento das estruturas produtivas apontam no sentido da substituição das empresas de grande dimensão por agrupamentos de pequenas e médias empresas, organizadas por forma a realizar importantes economias de escala. No tocante ao factor trabalho estas economias resultarão da melhor organização das actividades a desenvolver e do aperfeiçoamento da distribuição das tarefas a desempenhar no interior da estrutura económica unitária.”*

conjunto tende a configurar-se como um procedimento, apresentando-se as sociedades que a integram como fases do mesmo ⁽⁸¹⁾.

Fazendo apelo à formulação de Maria Teresa Mazzini, que consideramos particularmente elucidativa, “*As empresas agrupadas, ainda que mantendo uma autonomia própria em termos patrimoniais e organizativos, por norma actuam sob uma única e superior direcção. Titular deste poder directivo é a sociedade considerada “sociedade-mãe” que tem a si ligadas, através do fenómeno participativo, outras sociedades que desenvolvem actividades auxiliares ou complementares, sobre as quais exerce um controlo mais ou menos apertado*” ⁽⁸²⁾.

Nessa medida, os grupos de empresas, enquanto conjuntos de empresas autónomas do ponto de vista jurídico, mas sujeitas a um mesmo poder de direcção, configuram-se como instrumentos de concentração inter-empresarial privilegiados. Esta perspectiva é tanto mais pertinente quando estejam em causa sociedades empenhadas na realização da mesma actividade produtiva, cujo contributo para a obtenção do resultado final se equipara ao que sucederia, se estivéssemos perante unidades produtivas da mesma empresa individual. Fala-se, a este propósito, em estruturação em rede ou em complexos empresariais.

Importa, no entanto, salientar que a noção de grupos de empresas no plano jurídico, designadamente a nível do Direito do Trabalho, assume um carácter muito específico, pelo que se revelaria contraproducente reconduzi-la, sem mais, à visão comercialista da matéria, adoptada em sede de grupos de sociedades.

Como indícios pelos quais se pode manifestar o carácter unitário do grupo, para efeitos laborais e não-laborais, apontam-se a existência de pessoal, património e direcção unitários, a aparência externa de unidade, a prossecução de uma finalidade comum, a elaboração de contas consolidadas, a amplitude de trocas económicas e financeiras, o exercício da gestão pelos mesmos administradores, a detenção de mais de metade do capital por uma sociedade dominante, a vinculação por contrato de subordinação.

⁽⁸¹⁾ VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriale*, Itineri, Milão, 1989, pág. 341.

⁽⁸²⁾ MARIA TERESA MAZZINI, *Riflessi del collegamento societario sulla continuità del rapporto di lavoro*, Rivista di Diritto del Lavoro, 1979, pág. 461.

No que respeita à dilucidação do conceito de “unidade social”, deve atender-se à similitude das condições laborais que transparece da política salarial, da mobilidade de trabalhadores, do regulamento interno e da especificidade dos serviços sociais.

As motivações subjacentes à opção por este esquema de organização das empresas são múltiplas, podendo apontar-se como mais relevantes o aproveitamento de benefícios fiscais, a dispersão do risco e a melhoria da gestão que a fragmentação proporciona.

Essa fragmentação do risco económico, através da criação do grupo, parece apresentar-se como uma alternativa legítima do empresário, que, no fundo, se limita a exercer “o seu direito fundamental de *“iniciativa económica”*, previsto no n.º 1 do art. 61.º CRP”⁽⁸³⁾.

Do ponto de vista jurídico-laboral, viabiliza a utilização, em comum, das energias de trabalho de que o trabalhador de uma das empresas agrupadas dispõe, permitindo rentabilizar ao máximo a experiência profissional e os conhecimentos do seu pessoal mais qualificado, que é precisamente aquele que regista maiores índices de mobilidade.

Note-se, ainda, que em certa medida, a transferência de trabalhadores de uma empresa para outra pode ser vista como uma forma de reduzir os custos de mão-de-obra de uma das sociedades.

Podemos, assim, concluir que o ligame entre as empresas que integram o grupo, perspectivado em termos da sua intensidade e maior ou menor durabilidade, almeja, essencialmente, a uma maior racionalização da organização e da gestão, em ordem à crescente produtividade.

Atendendo a que o nosso estudo tem por objecto a dilucidação de situações de transmissão do estabelecimento, torna-se naturalmente imprescindível a individualização do sujeito titular da relação de trabalho, por forma a determinar se se verificou, efectivamente, a substituição da entidade laboral.

No entanto, é precisamente a este propósito que o aplicador do direito se depara com problemas de mais complexa solução,

⁽⁸³⁾ DIAS COIMBRA — *Os grupos societários no âmbito das relações colectivas de trabalho: A negociação de acordo de empresa*, RDES, 2.ª Série, 1992, n.º 4, pág. 382.

dada a dificuldade de identificar o verdadeiro centro de imputação, na medida em que, nalguns casos, se verifica uma dissociação entre o sujeito credor da prestação de trabalho e o sujeito dela beneficiário na prática.

Neste âmbito, como em muitos outros em que o tratamento normativo de certas matérias se apresenta lacunar, deve ser reconhecido à jurisprudência um papel decisivo, no que respeita à definição dos contornos deste novo conceito no plano laboral, por forma a que seja possível extrair as necessárias consequências, designadamente no que respeita à imputação de responsabilidade.

Diferentes perspectivas foram apresentadas para abordar a tutela laboral dos grupos societários e que, em linhas gerais, se reconduzem a duas tendências fundamentais: por um lado, a tese da pluralidade, de acordo com a qual há que reconhecer a independência jurídica das sociedades do grupo⁽⁸⁴⁾ e, por outro, a concepção unitária que perspectiva o grupo como unidade subjectiva.

Já no que toca à concentração empresarial, esta pode concretizar-se através de distintos procedimentos, com diferentes consequências jurídicas. O primeiro, de entre estes, corresponde ao mero agrupamento de empresas que conservam a sua personalidade jurídica individual diferenciada, pelo que dela carece o grupo, tomado enquanto tal. O segundo pressupõe a fusão de empresas, cuja consequência é a criação de uma nova e distinta sociedade com personalidade jurídica própria.

É possível registar, por outro lado, uma tendência no sentido da descentralização ou desconcentração das diferentes actividades empresariais, operada através do processo de criação de filiais e que comporta a realização de uma ou várias operações de transmissão parcial da empresa, em que a sociedade original actua como cedente e as sociedades criadas por essa via como cessionárias. Esta forma de descentralização permite um melhor controlo sobre um maior número de actividades empresariais, com custos

⁽⁸⁴⁾ Adoptando uma posição claramente partidária da primeira tese, *vide* DIAS COIMBRA, ob. cit., pág. 387: "A concepção do grupo como unidade subjectiva deve ser rejeitada. Defende-se, sim, a tese da pluralidade, que reconhece a independência jurídica das sociedades do grupo".

reduzidos, mantendo, concomitantemente, a diferenciação jurídica e patrimonial das diferentes sociedades.

No que respeita, mais especificamente, à figura dos grupos de empresas, pode sustentar-se que para ela tendem claramente os processos de *outsourcing*, quando a descentralização não conduz a uma desvinculação total da nova empresa prestadora de serviços, mas sim a estratégias de filiação que permitem à empresa principal exteriorizar a actividade, mantendo, simultaneamente, o controlo.

Na presença de sociedades coligadas, as mudanças de pessoal, as manobras organizativas e a reestruturação empresarial obedecem a uma lógica organizativa e produtiva do grupo e a uma única estratégia produtiva e comercial, importando nesta sede, levar em consideração a intensidade dos vínculos entre sociedades, na base do por vezes designado “interesse do grupo”.

No que respeita às formas pelas quais se pode estabelecer o vínculo laboral do trabalhador em contacto com a organização empresarial de grupo, ou inserida no grupo, apontam-se as seguintes:

- prestação de serviços em exclusivo para uma empresa;
- prestação de serviços, em simultâneo, para várias empresas do mesmo grupo, que cumulativamente se servem da actividade por ele desenvolvida (casos em que se fala de pessoal único);
- prestação sucessiva de serviços a diversas empresas agrupadas, dentro da qual se distinguem o fenómeno da sucessão de contratos, que consiste na rotação do trabalhador por distintas empresas do grupo, e o da colocação à disposição, em que o trabalhador aparece vinculado a uma sociedade que o cede a outra ou outras, mas deixando-se em aberto a possibilidade de regresso à primeira.

Numa tentativa de identificar as realidades que impõem a necessidade de descobrir o “empresário responsável”, podemos apontar as seguintes:

- Prestação de serviços de forma sucessiva, simultânea e indiferenciada para várias empresas do grupo, ao ponto de

- se falar de uma verdadeira confusão de pessoal, independentemente de qual seja a empresa à qual o trabalhador se encontre formalmente adstrito;
- Confusão de património, quando estejam em causa patrimónios comunicáveis entre empresas do grupo, com caixa única da qual são pagos os salários do trabalhador;
 - Aparência externa unitária, quando juridicamente as empresas do grupo podem ser distinguidas, mas no tráfico jurídico e na aparência da sociedade projectam uma imagem de unidade;
 - Direcção única, como manifestação do controlo organizativo por parte de uma das empresas sobre as demais.

Como última nota a registar a este propósito, e tendo em conta a tendência crescente no sentido da internacionalização das unidades produtivas e das estruturas organizativas económicas, a execução da prestação de trabalho no âmbito de sociedades multinacionais empresta uma relevância acrescida à temática em análise, dando origem a uma panóplia de novos problemas, designadamente no plano do Direito Internacional Privado.

Reconhecemos não ser esta a sede adequada para encontrar uma definição rigorosa de “empresa multinacional”, desde logo, porque o conceito varia consoante a perspectiva económica, política ou jurídica pela qual a problemática seja abordada.

No entanto, atendendo ao objecto do nosso trabalho, pensamos poder bastar-nos com uma noção *lato sensu*, reconduzindo-a ao conjunto de sociedades de diferentes nacionalidades, entre si ligadas por participações accionistas, laços administrativos e vínculos contratuais e que se apresentam como uma única unidade económica.

De uma perspectiva jurídica, a empresa multinacional apresenta os requisitos do grupo, ao que acresce a particularidade de ser formada por empresas com sede em diferentes países e, como tal, disciplinada pelos respectivos ordenamentos.

Nessa medida, para além dos problemas genéricos que se levantam a propósito do fenómeno agrupativo, deparamos agora com as dificuldades decorrentes do seu carácter internacional, as

quais surgem, precisamente, em resultado dos conflitos de jurisdições ou da colisão entre normas de distintos ordenamentos.

Uma vez mais, e tal como sucede no plano do direito interno, o grupo multinacional não é regulado no plano internacional, dado não existir ainda uma ordem jurídica internacional.

Contudo, parece-nos que os elementos de internacionalidade presentes na relação de trabalho não têm uma particular incidência na determinação da entidade empregadora, pelo que devem aplicar-se, neste campo, as soluções que serão encontradas, relativamente aos grupos nacionais.

3.2. *Enquadramento legal*

De uma breve análise do ordenamento jurídico português decorre que o grupo, enquanto sujeito económico concreto, carece de uma estruturação legal que viabilize o seu enquadramento jurídico abstracto.

Com efeito, em termos de tratamento legal da matéria, o agrupamento empresarial, centro de complexos interesses económicos, apresenta-se, pela escassa disciplina jurídica específica, como terreno fértil para o surgimento de relações ambíguas.

Os mecanismos jurídico-societários tradicionais, concebidos para regular a vida de sociedades autónomas e independentes, tomadas de *per si*, tiveram por base, como tivemos já oportunidade de referir, um modelo atomizado de empresa, revelando-se inadequados para fazer face a estas novas realidades, que se configuram como “*um elemento de crise, possivelmente sem precedentes, face ao modelo legal clássico de sociedade*”⁽⁸⁵⁾.

O Código das Sociedades Comerciais disciplina, no título VI, as sociedades coligadas, isto é, o grupo em sentido amplo, que compreendem, para além do grupo em sentido restrito (grupo de domínio total, grupo paritário e grupo subordinado por contrato),

⁽⁸⁵⁾ ENGRÁCIA ANTUNES, *Le groupe de sociétés — La crise du modèle legal classique de la société anonyme*, European University Institute Working Papers in Law no. 92/24, Florença, pág. 15.

as sociedades de simples participação, de participação recíproca e de domínio.

Contudo, apesar de existirem os referidos conjuntos normativos que tratam especificamente da matéria dos grupos (art. 481.º ss. CSC), a problemática correspondente é aí abordada numa perspectiva que, diríamos, quase exclusivamente comercialista, mantendo-se o silêncio relativamente a questões relevantes para outras áreas do Direito (à excepção, no plano laboral, da referência feita nos artigos 26.º, n.º 2, al. b) e 27.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 146/99, de 1 de Setembro ⁽⁸⁶⁾, da Lei n.º 40/99, de 9 de Junho ⁽⁸⁷⁾ e do art. 40.º da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril ⁽⁸⁸⁾), que com ela se encontram intimamente relacionadas.

CAPÍTULO III

A transmissão do estabelecimento perante a flexibilização das relações laborais

1. Implicações a nível do *Outsourcing*

Importa agora precisar em que medida o propósito subjacente à opção pelo *outsourcing* se articula com o regime traçado pelo art. 37.º para a transmissão do estabelecimento.

⁽⁸⁶⁾ A propósito da figura da cedência ocasional de trabalhadores, o art. 26.º, n.º 2, al. b) exclui da regra geral de proibição respectiva o “*exercício de funções de enquadramento ou técnicas, de elevado grau, em empresas entre si associadas ou pertencentes a um mesmo agrupamento de empresas, por parte dos quadros técnicos de qualquer destas ou da sociedade de controlo*”. Já o art. 27.º, n.º 1, al. b) dispõe que “*A cedência ocasional de trabalhadores não regulada em instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho só é lícita se se verificarem cumulativamente as seguintes condições: [...] A cedência se verificar no quadro da colaboração entre empresas jurídica ou financeiramente associadas ou economicamente interdependentes.*”.

⁽⁸⁷⁾ Este diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 94/45/CE, de 22 de Setembro, que trata da instituição de um conselho de empresa europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores em empresas e grupos de empresas de dimensão comunitária.

⁽⁸⁸⁾ Artigo do Orçamento de Estado para o ano 2000 que introduz alterações ao art. 2.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, que menciona a expressão “grupos” nos seus números 4 e 10.

Delimitando o âmbito da nossa análise, convém esclarecer que, de entre as hipóteses anteriormente descritas, tomaremos por base aquela em que a actividade transferida era previamente desenvolvida no seio da empresa, pois só nesse caso poderá ocorrer a transferência de parte do pessoal para a empresa prestadora de serviços.

Teoricamente, três são as possíveis consequências para o trabalhador afectado, numa situação deste tipo, uma vez que as tarefas a que anteriormente se dedicava deixam de ter cabimento, face às novas circunstâncias:

- (i) ou é transferido para outro departamento ou área de actividade da empresa;
- (ii) ou abandona a empresa, por deixarem de ser necessários os seus serviços, sendo compensado através da atribuição de uma indemnização ou de esquemas de reforma antecipada;
- (iii) ou passa a integrar o pessoal da empresa prestadora de serviços em regime de *outsourcing*.

Cuidaremos, apenas, de analisar as implicações da última situação configurada.

A transferência dos trabalhadores para uma nova empresa prestadora de serviços pode gerar, compreensivelmente, aliás, um sentimento de insegurança face ao futuro, surgindo no espírito dos trabalhadores atingidos a dúvida acerca da viabilidade da manutenção das mesmas condições de trabalho junto da nova entidade patronal.

Supõe-se, contudo, que a reacção dos trabalhadores será, à partida, diferente, consoante a nova empregadora seja uma grande empresa, que absorve novos trabalhadores em cada contrato de *outsourcing* que celebra e que, conseqüentemente, apresenta taxas de crescimento muito elevadas ou uma pequena empresa, que é criada ou se especializa na gestão de uma determinada operação de *outsourcing*, para um cliente em concreto. À partida, as oportunidades de promoção e progressão na carreira e os riscos assumidos pelos trabalhadores transferidos serão, em cada um dos casos, muito diferentes.

Regressando ao art. 37.º, verificámos já que são, em linhas gerais, dois os pressupostos essenciais para a ocorrência de uma verdadeira transmissão, à luz do citado preceito: a existência de uma unidade produtiva organizada, autónoma e suficiente e a presença de um novo titular.

Para que se possa falar numa operação de *outsourcing* realizada ao abrigo do mencionado normativo, impõe-se, assim, que tenha sido transmitido o suporte de uma actividade diferenciada ou susceptível de funcionamento autónomo, passível de ser explorada isoladamente e actuar de forma independente.

Como forma de determinar se o serviço transferido é um estabelecimento, e assim abrir as portas à aplicação do art. 37.º, podemos socorrer-nos do critério da entidade económica autónoma. Trata-se de um critério que deverá ser moldado segundo as especiais circunstâncias de cada caso concreto, apontando-se como indícios a ter em conta a existência de uma organização, com estruturas ou factores produtivos, dotada de um determinado grau de consistência e autonomia.

Trata-se, contudo, apenas de “índices semióticos”, na medida em que só se poderá apurar com rigor da existência de um estabelecimento em cada situação concreta.

Se, de facto, o serviço atingido puder ser qualificado como estabelecimento, nesse caso o contrato de *outsourcing*, na medida em que implique a cessão da sua exploração ou titularidade, acarretará a transmissão para a empresa prestadora dos serviços de todos os contratos de trabalho, relativos aos trabalhadores que o cliente havia afectado ao desempenho dessas funções.

Prescreve o art. 37.º LCT que os contratos continuam a cumprir-se nos seus exactos termos, conservando os trabalhadores a panóplia de direitos e deveres que lhes cabiam no seio da empresa cliente, nomeadamente no que respeita à remuneração, antiguidade, categoria, posição hierárquica e, em geral, todas as vantagens de que beneficiavam anteriormente.

Por seu turno, a empresa de *outsourcing* fica investida no exercício de todas as prerrogativas de que gozava o empregador, em face dos trabalhadores.

Cumpre, assim, concluir que, uma vez preenchidos os requisitos elencados, o art. 37.º pode dar cobertura a operações de *out-*

sourcing ⁽⁸⁹⁾, não devendo ser considerado automaticamente impeditivo de uma verdadeira e legal operação de *outsourcing*, o facto de entre a cedente e a cessionária ser celebrado um contrato de prestação de serviços em exclusividade.

A este propósito, importa referir que o TJCE interpretou o art. 1.º da Directiva, no sentido de caberem no seu âmbito de aplicação relações contratuais equivalentes aos contratos de *outsourcing* ⁽⁹⁰⁾.

Finalmente, destacaríamos apenas o facto de o processo de transferência de actividade e trabalhadores a que se tem vindo a fazer referência poder pressupor a cisão empresarial, operada nos termos do art. 118.º e seguida de CSC e acompanhada da correlativa assunção de ambos por uma empresa já existente, dedicada a acti-

⁽⁸⁹⁾ Mesmo que tal não suceda, por norma é condição necessária, reflectida no contrato de *outsourcing*, que a empresa prestadora de serviços receba, no seu quadro de pessoal, um determinado número de trabalhadores da empresa cliente. Tal prática tem como vantagem para a primeira contar com trabalhadores que detêm um "know-how" acumulado acerca das características específicas da actividade da empresa cliente, assim assegurando uma certa continuidade quanto aos moldes em que o serviço é prestado. Como desvantagem, vê aumentar o seu pessoal, sendo forçado a adoptar uma estratégia de crescimento que torne produtivos os recursos humanos que, por esta via, vai incorporando. Acrescente-se, aliás, que acaba, muitas vezes, por assumir os riscos e deparar com as dificuldades que a empresa cliente pretendeu precisamente evitar, ao enveredar pelo *outsourcing*.

⁽⁹⁰⁾ Ac. TJCE, de 14 de Abril de 1994, proferido no âmbito do Proc. C-392/92, *Christel Schmidt v. Spar-und Leihkasse*, publicado na Colectânea de Jurisprudência 1994, pág. 1-1311 a 1327. Considerou o Tribunal, face ao referido processo, que o art. 1.º, n.º 1 da Directiva 77/187 deve ser interpretado no sentido de ser abrangido no seu âmbito de aplicação uma situação em que o empresário confia, por contrato, a um outro empresário, a responsabilidade de executar os trabalhos de limpeza anteriormente assegurados de modo directo, mesmo que antes da transferência esses trabalhos fossem executados por uma única empregada. Nem o facto dessa transferência só dizer respeito a uma actividade acessória da empresa cedente, sem relação necessária com o seu objecto social, nem o facto de não ser acompanhada de qualquer transferência de activos, nem o número de trabalhadores em causa podem ter por efeito excluir essa operação do âmbito de aplicação da Directiva. Assim se conclui que, nesta óptica jurisprudencial, os trabalhos de limpeza de uma empresa podem ser equiparados a uma parte de um estabelecimento na acepção da Directiva, sendo essa equiparação possível quando tais trabalhos eram executados por uma única empregada antes de serem transferidos contratualmente para uma empresa externa. A manutenção da identidade resulta, para o que interessa ao caso, da prossecução efectiva ou da continuação pelo novo empresário das mesmas actividades económicas ou de actividades análogas. A similaridade das actividades de limpeza exercidas antes e depois da transferência, a qual, aliás, se traduziu na oferta de reemprego feita à trabalhadora em causa, constitui um elemento característico de uma operação que é abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva e que dá ao assalariado cuja actividade foi transferida a protecção que lhe garante essa Directiva.

vidades relacionadas com a actividade a descentralizar, ou por uma empresa criada para apoio da empresa principal, mas dotada de personalidade jurídica própria.

Tanto numa como noutra situação, cumpre salientar que a doutrina subjacente ao art. 37.º foi expressamente retomada a este propósito, dispondo o art. 119.º, al. p) CSC que do projecto de cisão deve constar “a atribuição da posição contratual da sociedade ou sociedades intervenientes, decorrente dos contratos de trabalho celebrados com os seus trabalhadores, os quais não se extinguem por força da cisão”⁽⁹¹⁾.

A transferência de actividades e trabalhadores deverá, então, ser operada em conformidade com a lei, seja para uma empresa já existente, com a qual não se estabelece qualquer tipo de vínculo que não seja o estritamente comercial, seja para uma empresa criada *ad hoc* e existindo realmente como empresa distinta. Em tal caso, nenhum obstáculo se divisa à celebração de contratos de carácter civil, comercial ou mesmo administrativo (note-se que a própria Administração recorre a estas técnicas de gestão indirecta).

Nestas situações, a contratação configura-se como uma forma de a empresa beneficiar da actividade que abandona, mas que continua a ser-lhe necessária, e que pode ser-lhe licitamente proporcionada, tanto de fora da empresa como, com as devidas precauções, de dentro do próprio grupo empresarial (no caso de o fenómeno de *outsourcing* ter ocorrido no seio do próprio grupo, hipótese que não é de excluir).

2. Implicações a nível dos Grupos de Empresas

Atendendo à questão específica que ora nos ocupa, importa precisar em que medida as considerações previamente tecidas a propósito dos grupos de empresas se articulam com a temática do art. 37.º.

Com base numa análise das estratégias de gestão de pessoal a nível dos grupos empresariais, é possível registar elevados índices de mobilidade dos trabalhadores no seio do grupo, mobilidade essa

⁽⁹¹⁾ Vide, a este propósito, Ac. STJ, de 30 de Junho de 1999, CJ, ano VII, 1999, I, pág. 282: “Englobam-se no conceito os casos de mudança de titularidade do estabelecimento por fusão ou cisão de sociedades, sendo que, nos termos da al. p) do art. 119.º do CSC, os contratos que vinculavam a sociedade a cindir não se extinguem por força da cisão.”

que, à semelhança da tese advogada por Carolina Martínez Moreno, deve ser entendida como uma prática em princípio lícita, quando determinada por razões técnicas e organizativas, contanto que seja salvaguardada a posição do trabalhador ⁽⁹²⁾.

Contudo, muitas dessas transferências de trabalhadores, de uma empresa agrupada para outra, não implicam a concomitante transmissão total ou parcial de uma empresa ou estabelecimento, requisito fundamental para despoletar a aplicação do dispositivo que nos ocupa.

Ora se a *ratio* reconhecida à norma é a tutela do trabalhador nas situações de circulação da empresa, falharia a sua incidência na generalidade das situações acima descritas, porquanto, ainda que modificada a relação no plano subjectivo, não se registaria, à partida, qualquer transferência de unidades produtivas autónomas de uma empresa para a outra.

Por outro lado, no caso concreto da constituição de uma filial comum ao grupo, para a qual são transferidos alguns trabalhadores de outras das suas empresas o principal problema que se coloca é o da falta de autonomia económica da nova sociedade assim criada, o que acarreta, como consequência, a dificuldade de aplicação do art. 37.º, na medida em que este exige precisamente a independência ou auto-suficiência da empresa cessionária ⁽⁹³⁾.

Nessa medida, uma primeira leitura do art. 37.º parece apontar no sentido de que o regime previsto na LCT não se ajusta, nem dá cobertura, aos fenómenos que se produzem em empresas agrupadas, o que possivelmente se explicaria pelo facto de o art. 37.º ter sido pensado para empresas com personalidade jurídica individualizada.

Os grupos de empresas, pelo contrário, oferecem uma configuração jurídica distinta, e, como tal, a doutrina e a jurisprudência

⁽⁹²⁾ MARTÍNEZ MORENO, *Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación*, RLab., num. 11, Junho 1999, págs. 79 e 80.

⁽⁹³⁾ A este propósito, LIBERAL FERNANDES, ob.cit., pág. 215, salienta que “... a transmissão de parte de estabelecimento visou a constituição de uma empresa claramente subsidiária da Portucel Industrial, segundo o modelo da “empresa-rede”, no âmbito de uma estratégia de flexibilização do emprego e de fraccionamento jurídico do trabalho, é de perguntar se a diversidade jurídica criada não esconde uma singularidade sócio-económica, isto é, uma organização ou direcção unitária das relações laborais? Ou seja, o facto de a Portucel manter o controlo sobre a Sacocel não será indicador bastante para considerar que o critério da personalidade jurídica deve ceder o lugar ao critério da unidade económico-laboral e para pôr em dúvida, se se verificou uma verdadeira mudança de entidade patronal”.

têm-se debatido com a necessidade de abordar, praticamente sem qualquer apoio jurídico firme, os problemas de atribuição de responsabilidades, qualificação e regime jurídico aplicável, às relações existentes entre eles e os trabalhadores respectivos.

Como forma de superar a rigidez do sistema vigente, e as dificuldades de enquadramento das transferências de trabalhadores operadas no seio do grupo na previsão normativa do art. 37.º, poder-se-ia fazer apelo à figura do *ius variandi*. Contudo, parece-nos que este não pode dar cobertura a este tipo de situação, na medida em que, ainda que se trate de uma transferência temporária, a lei não conferiu ao empregador o direito de, unilateralmente, transferir o trabalhador para outra empresa do grupo⁽⁹⁴⁾.

Já no plano do direito comunitário, o TJCE veio já, numa sentença de 2 de Dezembro de 1999⁽⁹⁵⁾, sustentar a aplicação da Directiva a casos de transferências de empresas realizadas entre duas sociedades pertencentes ao mesmo grupo. Entendeu-se, na referida decisão judicial, que o objectivo da Directiva é o de regular toda e qualquer alteração jurídica da pessoa do empresário, e que, como tal, esta se poderia aplicar a uma transmissão entre duas sociedades filiais, pertencentes a um mesmo grupo, que constituam entidades jurídicas distintas e que mantêm relações laborais específicas com os respectivos trabalhadores. O facto de as empresas em causa pertencerem a uma mesma entidade, sob uma direcção comum, utilizarem as mesmas instalações e trabalharem numa mesma empreitada não precludia a aplicação da Directiva⁽⁹⁶⁾.

Na sequência desta decisão judicial, e no plano do direito comunitário, deverá entender-se que não ficam fora do âmbito da Directiva as relações entre a “sociedade-mãe” e as suas filiais, quando aquela constitua uma unidade económica no seio da qual

⁽⁹⁴⁾ A propósito da cedência ocasional de trabalhadores, ROMANO MARTINEZ, *Cedência Ocasional...*, pág. 869, adianta que: “... o *ius variandi* só permite alterações ao programa contratual no seio da empresa.”

⁽⁹⁵⁾ Processo C- 234/98, Allen e outros v. Amalgamated Construction Co. Ltd. (colectânea do TJCE, 1999, 1, pág. 8643).

⁽⁹⁶⁾ Para uma análise mais detalhada, vide BEATRIZ CALVO, *Sucesión de empresa entre sociedades de un mismo grupo empresarial: primacia de la forma jurídica sobre la realidad económica. Comentario a la STJCE de 2 de Diciembre de 1999, Asunto C-234/98, Allen y otros frente a Amalgamated Construction co. ltd*, Actualidad Laboral n.º 8, 21 a 27 de Fevereiro de 2000.

as filiais não gozam de verdadeira autonomia, pois tal entendimento poria em causa o objectivo essencial da Directiva, que é o de garantir, na medida do possível, a manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, permitindo-lhes continuar a beneficiar das mesmas condições de trabalho acordadas como o cedente.

Assim se deverá concluir que a actuação económica unitária das diferentes sociedades do grupo é um critério que deve ceder perante a separação formal dessas empresas, enquanto entidades dotadas de personalidade jurídica própria.

À semelhança da solução que a questão merece, à luz do ordenamento comunitário, entendemos que idêntico entendimento deve ser sustentado em face do direito português. Apesar de se reconhecer que o art. 37.º não foi concebido para contemplar uma situação deste tipo, nada na letra da lei permite proceder à sua exclusão, de forma taxativa. Deverá, assim, proceder-se a uma análise casuística no sentido de verificar se estão reunidos os pressupostos para a sua aplicação, e, em caso de resposta afirmativa, admitir-se que a mesma tenha lugar, como se de empresas totalmente distintas e independentes entre si se tratasse, com as consequências dele decorrentes, designadamente no que respeita à co-responsabilização dos empresários envolvidos.

Só desta forma se poderá dar cumprimento à preocupação do legislador, subjacente ao referido preceito, de salvaguarda do emprego e garantia das condições de trabalho.

Síntese

A nossa análise tomou, como ponto de partida, a constatação de uma clara tendência no sentido de um aumento da flexibilidade organizativa, que contribui para uma estruturação mais ágil e leve das organizações empresariais, apta a reagir prontamente às alterações do meio envolvente e a permitir um acesso mais maleável aos recursos necessários ao crescimento.

No que respeita ao *outsourcing*, o processo a ele tendente pode ser analisado numa dupla perspectiva: na óptica da empresa que o realiza e na perspectiva dos trabalhadores afectados.

Para a empresa, o *Outsourcing* viabiliza a transformação de custos fixos (com o pessoal da empresa) em custos variáveis (relativos à empresa prestadora de serviços), bem como o potencial aumento da produtividade.

No que respeita aos trabalhadores atingidos, o processo de “exteriorização” das actividades pressupõe, para alguns, a perda do posto de trabalho, normalmente associada a uma indemnização compensadora ou à reforma em condições vantajosas, e, para outros, a transferência para a nova empresa, por vezes aliada a uma menor segurança no emprego e à modificação das condições de trabalho.

No que toca aos grupos de empresas, a utilização, em comum, da mesma prestação é viabilizada pelo facto de as sociedades agrupadas optarem, em certos casos, por uma concentração de serviços, encarando-a como a colocação em comum de uma qualquer fase da produção de determinados serviços. O trabalhador de uma só empresa, verificando-se uma situação deste tipo, disponibiliza a sua força de trabalho a mais do que uma sociedade.

Em face destas novas realidades, concluímos que o normativo que cuida da matéria da transmissão do estabelecimento se revela, de alguma forma, desajustado, decorrência, aliás, da inevitável erosão provocada pelo decurso do tempo e pela evolução registada a nível da relação entidade patronal / trabalhador, nos dias de hoje por vezes dificilmente reconduzível aos esquemas tradicionalmente concebidos.

Somos, contudo, de opinião, que o mesmo se encontra formulado em termos suficientemente latos para abarcar tais esquemas de organização empresarial, contanto que estejam reunidos os requisitos essenciais à sua aplicação.

Esse raciocínio não dispensa, contudo, um esforço interpretativo significativo, que, em nosso entender, passa por uma reforma de mentalidades do aplicador do direito nacional, no sentido de uma aproximação da interpretação jurisprudencial que tem vindo a ser levada a cabo, tendo por base o direito comunitário. Impõe-se, assim, atender ao conteúdo que lhe é reconhecido a esse nível, sob pena de o propósito de defesa dos trabalhadores e de protecção da integridade das unidades produtivas se ver comprometido.

Abreviaturas

Ac.	Acórdão
ACT	Acordo colectivo de trabalho
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BTE	Boletim do Trabalho e Emprego
CC	Código Civil português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966 e sucessivas alterações
CCT	Contrato colectivo de trabalho
CCTV	Contrato colectivo de trabalho vertical
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DR	Diário da República
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
LCCT	Regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho e da celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo, aprovado pelo D.L. n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro
LIRC	Regime jurídico das relações colectivas de trabalho, D.L. n.º 51 9-C 1/79, de 29 de Dezembro
RAU	Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo D.L. n.º 321 -B/90, de 15 e Outubro
RC	Relação de Coimbra
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RE	Relação de Évora
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RL	Relação de Lisboa
Rlab.	Relaciones Laborales
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RP	Relação do Porto
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Bibliografia

- ABREU, Jorge Coutinho de — *Grupos de sociedades e direito do trabalho*, Sep. do Vol. LXVI (1990) do BFDUC, págs. 123 a 149
- *A Empresa e o Empregador em Direito do Trabalho*, sep. BFDUC, Coimbra, 1982.
- ANTUNES, José Engrácia — *Le groupe de sociétés – La crise du modèle légal classique de la société anonyme*, European University Institute Working Papers in Law n.º 92/24, Florença, págs. 14 a 19.

- BAPTISTA, Manuel do Nascimento — *A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a defesa dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresa ou estabelecimento*, Revista do Ministério Público, 1995, n.º 62.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E. — *El cambio de titularidad de la empresa en el derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo Y Seguridad Social, Madrid, 1989;
- *La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales*, Rlab., num. 21, 1989.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz — *Sucesión de empresa entre sociedades de un mismo grupo empresarial: primacia de la forma jurídica sobre la realidad económica. Comentario a la STJCE de 2 de Diciembre de 1999, Asunto C-234/98, Allen y outros frente a Amalgamated Construction co. ltd.*, Actualidad Laboral n.º 8, 21 a 27 de Fevereiro de 2000.
- CARVALHO, Orlando de — *Crítério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, pág. 717.
- CASANI, F., LUQUE, Maria A., RODRIGUEZ, J., SORIA, P. — *El outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa*, Rlab., num. 14, 1998, pág. 1181 ss.
- CORDEIRO, António Menezes — *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1991, págs. 773 a 776.
- COIMBRA, António Dias — *Grupo Societário em relação de domínio total e cedência ocasional de trabalhadores;*
- *Os grupos societários no âmbito das relações colectivas de trabalho: A negociação de acordo de empresa*, RDES, 2.ª Série, 1990 e 1992, n.º 4.
- FERNANDES, Francisco Liberal — *Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário*, Questões Laborais, Ano VI - 1999, 14, pág. 213 ss.
- FERREIRA, Abel Sequeira — *Grupos de Empresas e Direito do Trabalho*, dissertação de Mestrado, policopiada, Lisboa, 1997.
- FERRER CORREIA — *Lições de Direito Comercial*, I, (1973), pag. 202 ss.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira — *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art. 37.º da LCT e a Directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE*, RDES, 1996, n.º 1 a 4.
- BARREIRO GONZÁLEZ, Germán — *Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna*, REDT, n.º 94, Março-Abril 1999.
- TAPIA HERMIDA, Antonio — *Derechos e deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y el derecho interno español (la necesidad urgente de una reinterpretación)*, n.º 30/1999, Revista de Trabajo y Seguridad Social n.º 195, Junho, 1999.
- LEITE, Jorge e ALMEIDA, Coutinho de — *Colectânea de Leis de Trabalho*, Coimbra, 1985.
- MARTINS, Pedro Furtado — *Algumas observações sobre o regime da transmissão do estabelecimento no direito do trabalho português*, RDES, 1994, n.º 4.
- MAZZINI, Maria Teresa — *Riflessi del collegamento societario sulla continuità del rapporto di lavoro*, Rivista di Diritto del Lavoro, 1979, págs. 456-521.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina — *Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación*, RLab., num. 11, Junho 1999;

- *La circulación de trabajadores entre las empresas de un mismo grupo y los derechos de antigüedad*, REDT, num. 51, 1992.
- NAVARRETE, Fernando Fernández de; TORRE, M. Angeles Luque de la; POMEDA, Jesús Rodríguez; LAMBÁN, Pilar Soria — *La problemática del outsourcing*, Tribuna, pág. 86 ss.
- NETO, Abílio — *Contrato de Trabalho — Notas Práticas*, Lisboa, 15.ª edição, 1998, pág. 213 a 231, 738 a 742 e 1108 a 1109.
- PEREIRA, Alexandre Dias — *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas: alguns aspectos jurídico-contratuais*, ROA, ano 59, Lisboa, Dezembro 1999.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota — *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970, págs. 88 a 94.
- PINTO, Mário, MARTINS, Pedro Furtado, CARVALHO, António Nunes de — *Comentário às Leis do Trabalho*, vol. I, Lex, pág. 174-184.
- MARTINEZ, Pedro Romano — *Direito do Trabalho*, Lisboa, Vol. I, 3.ª ed., Lisboa, 1998, pág. 472 ss.;
- *Cedência Ocasional de Trabalhadores – Quadro Jurídico*, ROA, ano 59, Dezembro 1999, pág. 859 ss.
- TINTI, Anna Rita — *La nozione di trasferimento d'azienda e il nuovo art. 2112 c.c.*, in *Le Nuove Legge Civili Commentate*, 1992, pág. 647 ss.
- VARDARO, G. — *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriale*, Itineri, Milão, 1989, pág. 341.
- XAVIER, Bernardo — *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Lisboa, 1993, pág. 313 ss.
- XAVIER, Vasco da Gama Lobo — *Substituição da empresa fornecedora de refeições*, RDES, ano XXVIII, 1986, n.º 3.