



## **Do Contrato de Trabalho e da Transmissão de Estabelecimento Comercial**

*Breve análise ao instituto, procedimento e garantias dos trabalhadores*

### **1. Enquadramento legal**

A transmissão de estabelecimento ou empresa encontra-se regulada nos artigos 285.º a 287.º do Código do Trabalho (CT), sendo que a nota dominante deste regime jurídico é a circunstância de a lei fazer transmitir a posição de empregador dos trabalhadores afetos a um estabelecimento ou empresa para o adquirente, em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa ou da titularidade da exploração do estabelecimento.

Genericamente, a transmissão de estabelecimento comercial enquadra-se, quanto aos seus efeitos e pressupostos legais, no instituto da sub-rogação, porém, o instituto em crise tem efeitos mais específicos do que uma mera sub-rogação legal ou cessação de posição, pois, para além da posição de empregador nos contratos, o transmissário recebe ainda a responsabilidade pelo pagamento de coimas já aplicadas pela prática de contraordenações laborais e, por seu turno, o transmitente não se desonera completamente das obrigações relativas à sua anterior posição, na medida em que se considera solidariamente responsável durante um período de tempo, legalmente determinado, pelas obrigações vencidas até à data da transmissão.

Podemos considerar então que este é um verdadeiro instituto de direito do trabalho, autonomizado, pelos fins e pelos meios, da sub-rogação legal enquanto instituto de direito privado comum, por ter especificidades próprias e não ser inteiramente reconduzível a este instituto.

Considerando as especificidades acima esboçadas, a positivação expressa deste regime assenta no desiderato equilibrar a posição da entidade patronal cedente e ainda salvaguardar os legítimos interesses e expectativas dos trabalhadores, pelo que poderemos assim sublinhar dois pilares primordiais deste instituto: por um lado, proteger a liberdade de iniciativa económica do empresário nos negócios que celebra com respeito à sua empresa; e, por outro lado, evitar que os trabalhadores sejam afetados na sua posição contratual por mero efeito da transmissão da empresa ou estabelecimento.

Destes desideratos subjaz o confronto entre dois direitos constitucionalmente protegidos que este instituto materializa: o direito de livre iniciativa económica, previsto no artigo 61º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), e o direito à segurança no emprego, nos termos do artigo 53º CRP, a qual, ficaria gravemente comprometida se, no caso de transferência, a manutenção das relações laborais entretanto constituídas ficasse integralmente dependente da vontade do empresário.

Neste sentido, o presente instituto consagra ainda a denominada “teoria da empresa”, segundo a qual o trabalhador está mais ligado à empresa do que ao empresário-empregador, tendo o legislador em primeira linha de conta os prejuízos e precariedade dos trabalhadores, impedindo a possibilidade de estes continuarem vinculados à entidade patronal que transmitiu a exploração do estabelecimento no qual estava integrado o seu contrato e posto de trabalho.

Esta matéria é também objeto da Diretiva n.º 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou estabelecimentos e que aplica a estas situações a mesma solução de transmissão

automática da posição de empregador que já vigorava anteriormente no direito português.

É ainda necessário ter em consideração a Lei nº 14/2018, de 19 de março que veio alterar o Código do Trabalho, especificamente no que respeita ao regime jurídico aplicável à transmissão de empresas ou estabelecimentos, tendo em vista o reforço dos direitos dos trabalhadores abrangidos pela transmissão.

Em traços gerais, as novas regras introduzem diversas alterações que dizem respeito, designadamente: (1) aos efeitos de transmissão de empresa ou estabelecimento (alteração do conceito de “unidade económica”, alargamento para 2 anos do prazo durante o qual o transmitente mantém responsabilidade solidária com o adquirente pelas obrigações vencidas até à data da transmissão, etc); (2) à informação e consulta de representantes dos trabalhadores, conduzindo a uma maior burocratização no processo da transmissão de empresas e dos seus efeitos nos contratos de trabalho; (3) à aplicação de convenção coletiva de trabalho em casos de transmissão de empresa ou estabelecimento; (4) muito importante, por aditamento ao Código do Trabalho do artigo 286º-A, à consagração expressa de um direito de oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato de trabalho, no contexto da transmissão de estabelecimento, condicionado, contudo, à existência de “prejuízo sério” para o trabalhador na sequência da transmissão, circunstância que já vinha merecendo acolhimento em alguma jurisprudência e doutrina nacionais.

Em alternativa, caso venha a verificar-se a efetiva transmissão da posição contratual de empregador, o trabalhador passa a poder resolver com justa causa o seu contrato de trabalho, conferindo-lhe, tal resolução, o direito a uma compensação calculada nos termos previstos para os casos de despedimento coletivo (artigo 366º CT).

## **2. Âmbito e pressupostos**

Na determinação do âmbito de aplicação deste regime recorre-se a dois critérios: o tipo de negócio pelo qual se concretiza a transmissão e o objeto transmitido.

No que diz respeito ao primeiro, o artigo 285º, nº1 refere que a transmissão pode operar “por qualquer título”.

Deste modo, de acordo com a própria razão de ser da norma, no seguimento da nossa tradição jurídica e em consonância com o direito comunitário, perfilha-se uma noção ampla de transmissão, onde cabe uma grande diversidade de títulos translativos (trespasse, locação, venda judicial, fusão ou cisão de empresas, adjudicação em concursos públicos, etc.).

Este regime jurídico, pese embora tenha como ponto de partida a transmissão da titularidade da empresa ou do estabelecimento, nos termos do artigo 285º, nº 1, do CT, é igualmente estendido, de acordo com o nº 3, a situações de transmissão temporária, entre as quais a cessão ou reversão de exploração.

Já no que diz respeito ao objeto, está em causa uma unidade empresarial, incluindo, nesta noção, também partes da empresa ou de estabelecimento, desde que, neste caso, constitua uma “unidade económica”.

Neste campo, a nova Lei nº 14/2018 vem restringir o conceito de unidade económica, passando a exigir-se, para o seu preenchimento, que a mesma corresponda a uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa com identidade própria.

A jurisprudência nacional<sup>1</sup> e europeia<sup>2</sup>, assim como a doutrina, têm evidenciado que, para se ter por verificada uma verdadeira transmissão de empresa ou estabelecimento (e não uma mera extinção da pessoa coletiva empregadora), é necessário tomar em consideração todas as circunstâncias que, *in casu*, caracterizam a operação em causa.

Nesta tarefa, o intérprete-aplicador serve-se de um método indiciário que assenta na ponderação de um conjunto de fatores cuja verificação indicia estarmos na presença de uma situação de transmissão de estabelecimento ou empresa.

---

<sup>1</sup> v.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de junho de 2006 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de julho de 2015, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>2</sup> v.g. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de janeiro de 2001

Integram esse conjunto de fatores, entre outros que possam ser considerados: (1) o tipo de empresa ou estabelecimento de que se trata; (2) a manutenção de elementos do ativo corpóreo (equipamentos, edifícios, etc) e incorpóreos (*know-how*, segredos de fabrico, etc); (3) a manutenção da clientela; (4) a manutenção da maioria ou do essencial dos efetivos; (5) o grau de similitude entre as atividades exercidas antes e depois da transferência; (6) se chegou a haver um encerramento do estabelecimento e qual o hiato temporal entre esse encerramento e a reabertura e (7) a própria existência de uma relação contratual entre os sucessivos responsáveis pela exploração.

A este propósito impõe-se ainda referir que a noção de empresa propugnada pelo Tribunal de Justiça, a propósito da transmissão de estabelecimento, apresenta maior amplitude do que a noção de estabelecimento do direito comercial, abrangendo, como resulta do artigo 1º, nº 1, alínea c, da Directiva 2001/23/CE, empresas de natureza mercantil e não mercantil, onde se incluem as empresas sem fins lucrativos.

### **3. A fraude à lei**

Atualmente tem-se assistido a uma reiterada e sistemática deturpação do *ratio legis* deste instituto. Pese embora seja consensual esta valência protetora dos trabalhadores e do seu vínculo laboral, a realidade tem demonstrado exemplos de utilização manifestamente abusiva (mas formalmente correta) deste regime, num claro prejuízo justamente dos trabalhadores cujos direitos se visa acautelar.

É, de facto, um tanto paradoxal que um regime destinado a proteger os trabalhadores seja utilizado de forma substancialmente ilegal resultando num claro prejuízo para estes, convertendo-se frequentemente num fácil expediente para contornar a tutela dos postos de trabalho e os direitos adquiridos pelos trabalhadores.

Por aplicação do instituto sobre o qual se visa ora refletir, tem-se assistido a práticas abusivas que colocam o trabalhador numa situação de completa e imposta passividade conexas à designada “exteriorização” de nichos de atividade (*outsourcings*, situações de

fusões, cisões, entradas de ativos ou criação de “agrupamentos complementares de empresas).

A título de mero exemplo elucidativo, refira-se o caso das situações de extinção do vínculo laboral em clara fraude à lei em que este instituto é usado para transferir todos os trabalhadores de um determinado estabelecimento, titulado por uma determinada sociedade, para uma outra pertencente ao mesmo grupo e criada especialmente para esse efeito, sem qualquer património ou atividade, permitindo-se por esta via um despedimento coletivo que, de outra forma, não teria qualquer fundamento bastante.

Refira-se também os casos, não tão pouco frequentes, em que a transmissão de estabelecimento é usada como forma de despedir, contornando os direitos dos trabalhadores em caso de despedimento coletivo ou extinção de posto de trabalho, portanto, como forma de dissimular despedimentos futuros.

Mesmo que venha a ser despedido, o trabalhador está sempre mais protegido com despedimento coletivo ou outra forma do que com um despedimento que resulte da sua transmissão para uma empresa que dali a pouco tempo não terá condições de o manter e nem sequer de pagar as compensações devidas.

Em primeiro lugar, o empregador age em fraude à lei quando despede os trabalhadores em momento anterior ao da transmissão, impedindo que estes continuem a sua relação laboral nos termos dos artigos 285.º e seguintes do Código do Trabalho.

O transmitente faz uso desta figura para iludir o regime imperativo da transmissão de estabelecimento ou empresa através da invocação dos pressupostos do despedimento coletivo (art. 359.º CT), tentando desta forma, evitar que o despedimento seja considerado como o motivo real para proceder à transmissão da unidade económica, dando-lhe uma aparência de licitude.

Este regime é de cariz imperativo, não podendo ser derogado pelo transmitente/transmissário e a transmissão não pode ser a causa do despedimento

segundo o disposto no art. 4.º/1 da Diretiva n.º 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001.

Esta matéria tem de ser abordada com cautela, porque está-se a restringir o direito de livre iniciativa económica (artigo 61º CRP) e, mais concretamente, o direito do empregador de despedir.

Os empregadores sucessivos devem poder conservar o direito de despedir, sob a reserva de que este despedimento não seja operado devido à transmissão.

Caso contrário, o despedimento objeto de fraude será nulo e, como tal, no âmbito da transmissão, os contratos de trabalho mantêm-se inalterados, prosseguindo com o transmissário.

A análise dos pressupostos do despedimento coletivo é muito importante para averiguarmos se realmente este tipo de despedimento foi ou não motivado pela transmissão.

Esta modalidade de despedimento só é válida se estiver preenchido um dos pressupostos enunciados nos nº 1 do art. 359.º CT, sendo que o nº 2 faz uma enumeração meramente exemplificativa do que se entende por motivos de mercado, estruturais e tecnológicos.

Analisando este preceito, depreende-se que o despedimento coletivo pode ter por base motivos que se destinam a fazer face a uma crise empresarial ou relacionados com questões de estratégia da empresa.

O despedimento coletivo é, basicamente, uma decisão de gestão do empregador, sendo esta improcedente se a conduta do empregador for considerada abusiva, simulada ou de má-fé, isto é, se os motivos invocados pelo empregador forem suscetíveis de indiciar o intuito fraudulento, visto que o empregador pode munir-se de motivos fictícios para poder acionar o despedimento coletivo.

O julgador, para aferir a legalidade de tal despedimento, terá que ter em conta os motivos do despedimento coletivo legalmente enunciados e a existência de um nexo de causalidade entre os motivos invocados e o despedimento propriamente dito.

No entanto, como atrás se disse, não podemos abordar esta questão em termos absolutos, pelo que o transmitente continua a conservar o seu poder de despedir até à data da transmissão, passando este poder para o transmissário a partir desse momento.

A transmissão propriamente dita, apesar de não poder constituir motivo para o despedimento, não pode ser vista como um entrave total para os despedimentos efetuados antes da transmissão, dado que estaríamos a restringir em absoluto o direito da entidade patronal resolver um contrato de trabalho, com fundamentos legais, m situações como se vem descrevendo. Sendo assim, ficam ressalvados os casos de despedimento coletivo em que a sua causa não seja a transmissão da unidade económica propriamente dita.

Isto significa que o transmitente apenas poderá despedir se tiver um motivo justificativo, ou seja, se houver justa causa para o despedimento. No entanto, esta justa causa nunca poderá estar relacionada com o facto de se proceder à transmissão de uma unidade económica. Por isso, tende-se a presumir que os despedimentos efetuados antes da transmissão são realizados por causa desta, na medida em que o hiato temporal do despedimento é demasiado próximo da transmissão. Trata-se de uma presunção judicial que pode ser ilidida, porque, nestas circunstâncias, caberá ao empregador o ónus de provar e demonstrar que o real motivo do despedimento não foi a transmissão, mas outro.

Em suma, o despedimento coletivo é nulo sempre que o motivo seja conexo com a transmissão. Todavia, se o motivo for diverso da transmissão, este já será possível.

#### **4. Direito de oposição**

A grande novidade da alteração legislativa introduzida pela Lei nº 14/2018 foi a consagração expressa de um direito de oposição do trabalhador à transferência



automática do seu contrato de trabalho no âmbito da transmissão de estabelecimento comercial.

No entanto, a existência deste direito já vinha sendo sobrelevada pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Neste âmbito, cite-se o Acórdão do STJ, de 27 de Maio de 2004 que consignou uma importante mudança jurisprudencial nesta matéria: *"Os princípios da autonomia contratual e da livre escolha de profissão justificam a possibilidade de o trabalhador se opor à transferência, sem que tal possa ser interpretado como uma declaração de rescisão unilateral do contrato, pois o trabalhador pode ter motivos para não querer mudar de empregador, designadamente se tem dúvidas quanto à solvabilidade e viabilidade da empresa, ou se não lhe merece confiança a política de pessoal ou a organização do trabalho que o cessionário adapta, constituindo a oposição um meio que lhe permite controlar a própria conveniência da continuação da relação laboral, já que esta nem sempre é concretamente a solução que lhe é mais favorável"*.

Sendo assim, a questão que subjaz: quais as reais implicações da consagração expressa deste direito? Verdadeiramente, o aditamento do direito de oposição não parece introduzir uma mudança tão significativa no regime. Na verdade, a sua positivação significa apenas a introdução do elemento literal que traduz, de forma expressa, um direito que há muito vem sendo reconhecido ao trabalhador.

Sucedem que a efetivação e materialização deste direito do trabalhador carece do cumprimento de diversos requisitos. A oposição só será considerada válida se o trabalhador demonstrar que a transmissão lhe pode causar "prejuízo sério", sendo que se entende por prejuízo sério, nomeadamente, a "manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou, ainda, se a política de organização do trabalho deste não lhe merece confiança".

Ademais, o trabalhador dispõe apenas de 5 dias úteis para se opor à transmissão, pelo que se afigura difícil recolher os elementos necessários que lhe permitam demonstrar a existência desse prejuízo sério. Por outro lado, também se poderá revelar

diabólico para o trabalhador demonstrar a falta de confiança na política de organização do trabalho do adquirente ou sequer conhecer essa política, assim como avaliar solvabilidade ou situação financeira da adquirente.

Cumpra também referir que apesar do trabalhador se poder opor a que o seu contrato de trabalho passe para a nova empresa, mantendo assim o vínculo com a primeira entidade, tal não garante que o seu posto de trabalho esteja protegido e que não venha a enfrentar riscos de despedimento. Desde logo, no caso de o posto de trabalho deixar de existir.

Nestes casos, ainda que o trabalhador se oponha à transmissão automática do seu contrato de trabalho, o empregador procede a um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho e ainda, *maixime*, por encerramento da empresa/estabelecimento.

Atente-se que a transmissão do estabelecimento é, na maioria dos casos, utilizada como forma de proteger o trabalhador, não havendo nenhuma razão para este se opor, sendo que só o deverá fazer em situações muito específicas e quando entender que estará numa situação pior se for transmitido do que se não for transmitido.

E mesmo nestes casos em que, por circunstâncias variadas, se prova existir o exigível e verificável “prejuízo sério” para o trabalhador, o direito de oposição apenas garante que o trabalhador tem uma “palavra a dizer” no processo de transmissão, nunca assegurando que o contrato de trabalho se mantenha com o empregador-cedente com a correspondente colocação do trabalhador noutra posto de trabalho.

Se o transmitente, apesar da oposição expressa do trabalhador, ainda assim, decidir transmitir o contrato de trabalho, foi consagrada expressamente a possibilidade do trabalhador resolver com justa causa o contrato de trabalho, tendo direito a compensação nos moldes que já hoje se aplicam a despedimentos coletivos.

Por todo o exposto, a efetivação deste direito de oposição está sujeita ao cumprimento de exigentes requisitos substanciais e formais, pelo que a sua consagração expressa não

alterou, substancialmente e processualmente, as alternativas do trabalhador cujo contrato é abrangido no negócio translativo da empresa ou estabelecimento comercial.

Celebrado o acordo entre o transmitente e o transmissário, ao trabalhador restará resolver o contrato de trabalho mediante o aviso prévio legalmente previsto sempre que a substituição do empregador que decorre da transmissão do estabelecimento ou empresa constitua, em si mesma e por si só, uma modificação substancial do contrato que habilita o trabalhador a resolver o contrato com justa causa ao abrigo do artigo 394º, nº3, alínea b), do CT.

Nos restantes casos, sendo este um regime de proteção centrado na ideia de continuidade dos vínculos laborais e atendendo a que, na maioria dos casos, interessa mais ao empregador manter o emprego, independentemente da identidade do empregador, dá-se a transmissão automática da posição contratual do anterior empregador.

Assim, de forma conclusiva, os vínculos laborais acompanham o estabelecimento ou empresa de forma automática, isto é, independentemente da vontade do transmissário/adquirente e, por regra, esta automaticidade também se impõe à vontade do trabalhador, valendo apenas este direito de oposição em circunstancialismos muito específicos e de difícil concretização.

## **5. Do Procedimento e Das Garantias dos Trabalhadores**

Para além dos efeitos que se coadunam com *“a sorte do contrato”*, isto é, com a sua inclusão ou não na transmissão do estabelecimento/empresa, este regime prevê um conjunto de efeitos procedimentais que enfatizam a vertente protetora do instituto na salvaguarda dos interesses que visa tutelar.

Um dos efeitos mais importantes do regime e com maiores implicâncias práticas é a atribuição de responsabilidades solidária ao transmitente. Neste âmbito, foi alargado para 2 anos o prazo durante o qual o transmitente mantém responsabilidade (solidária com a do adquirente) pelas obrigações vencidas até à data da transmissão de

estabelecimento, incluindo-se nestas, expressamente, todos créditos do trabalhador, emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, bem como todos os encargos sociais correspondentes, nos termos dos artigos 285º, nº 2 e nº 6 do CT. Trata-se de uma solidariedade passiva de origem legal e de natureza imperativa.

A responsabilidade solidária tem aqui, como principal propósito, o efeito útil de possibilitar uma maior eficácia à tutela dos créditos laborais, ao possibilitar ao trabalhador a escolha, em pé de igualdade, do antigo ou do novo empregador, podendo exigir de um ou de outro a totalidade dos créditos vencidos durante este período de dois anos.

Por outro lado, o regime impõe deveres de informação e de consulta simultaneamente ao transmitente e ao adquirente. E fá-lo indicando sujeitos, estabelecendo formalidades e escalonando actos no tempo.

O regime anterior apenas considerava uma contra-ordenação leve o incumprimento dos deveres de informação e consulta (anterior formulação do n.º 6 do art. 286.º do CT). Era também consensual que a violação dos deveres de informação e consulta não afetavam a validade da transmissão, já que tais deveres não constituíam requisitos de validade.

Com a publicação da Lei n.º 14/2018, o legislador teve intenção de criar um procedimento mais complexo e, por essa via, mais garantístico dos trabalhadores envolvidos numa transmissão de estabelecimento e mais dissuasor do incumprimento dos deveres de informação e consulta, bem como na materialização da tutela efetiva dos direitos adquiridos pelos trabalhadores no âmbito do contrato de trabalho também ele objeto da transmissão.

Sinteticamente, o procedimento inicia-se com uma comunicação escrita a enviar aos representantes dos trabalhadores, ou aos próprios trabalhadores e deve conter os elementos constantes do artigo art.º 286.º nº 1 do CT. Com a nova lei, entre outras alterações e aditamentos, para além das informações sobre a data e motivos da transmissão, suas consequências jurídicas, económicas e sociais para os trabalhadores e

medidas projetadas em relação aos mesmos, o transmitente e o adquirente passam a ter de informar os representantes dos trabalhadores e os próprios trabalhadores, sobre o conteúdo do contrato celebrado entre o transmitente e o adquirente, sob pena de conduzir à prática de contraordenação laboral grave.

Decorrido o prazo estipulado após a comunicação anterior, transmitente e transmissário devem promover a fase de consulta com os representantes dos trabalhadores. Se a projetada transmissão envolver eventuais medidas que afetem os trabalhadores, esta fase poderá evoluir para uma negociação quanto a essas medidas que o transmissário pretende aplicar aos trabalhadores na sequência da transmissão, tendo em vista alcançar um acordo.

Nesta fase poderá qualquer das partes solicitar a participação da Direção Geral do Emprego e das Relações de Trabalho (“... serviço competente do ministério responsável pela área laboral ...”) na reunião de consulta e negociação (art. 9 286.9/5 do CT).

Após o acordo ou o termo da consulta anterior, a transmissão pode ter lugar (artigo 285.9, nº 7 do CT). Note-se ainda que no caso de média ou grande empresa (50 ou mais trabalhadores - artigo 100.9 do CT), o transmitente deve informar a Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), nos termos do artigo 9 285.9, nº9, 1ª parte, do CT. Esta obrigação de informação da ACT só existirá no caso de micro ou pequena empresa (até 49 trabalhadores - artigo 100. 9 do CT) se tal for solicitado pela ACT (artigo 2859, 2ª parte, do CT).

Pelo exposto, a transmissão da empresa ou estabelecimento comercial materializa-se num complexo procedimento que culmina com a modificação subjetiva de direitos e obrigações para todas as partes envolvidas, porém, tendentes à verificação prática do desiderato fundamental deste instituto, a saber: a tutela do posto de trabalho e dos direitos adquiridos dos trabalhadores.

*Francisco Morais Coelho*

*José Pedro Pinto*