

ALGUMAS NOTAS ACERCA DAS CONSEQUÊNCIAS JUSLABORAIS DECORRENTES DA CISÃO E FUSÃO DAS SOCIEDADES

Sónia de Carvalho*

INTRODUÇÃO

O estabelecimento onde os trabalhadores prestam a sua actividade pode ser transmitido para outra sociedade, no âmbito de processos de fusão e de cisão, verificando-se uma cedência da posição contratual do empregador *ope legis* ou, ainda mais rigorosa, uma sub-rogação *ex lege*.

Nos termos do artigo 285º do Código do Trabalho (CT), os contratos de trabalho mantêm-se com o adquirente do estabelecimento, o qual passa a responder pelas obrigações vencidas antes da transmissão, de que sejam credores os trabalhadores desse estabelecimento.

O transmitente, no entanto, responde solidariamente pelo cumprimento das obrigações vencidas antes da data da transmissão durante o ano subsequente à alienação, de acordo com o artigo 285º, nº 2, do CT.

Ao contrário do que sucedia perante o artigo 319º, nº 3, do CT/2003, o adquirente já não tem a faculdade de mandar afixar um aviso a dar conhecimento aos trabalhadores que têm um prazo de três meses para reclamar os seus créditos.

Neste *paper*, pretendemos discutir a eliminação desta norma no CT/2009, problematizando a sua validade em face da Directiva 2001/23/CE, de 12 de março de 2001.

Avaliaremos, igualmente, as circunstâncias em que o trabalhador pode opor-se à transmissão do estabelecimento, nomeadamente, resolvendo o contrato com justa causa.

* Professora auxiliar convidada do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e investigadora do Instituto Jurídico Portucalense; professora auxiliar convidada do IPMAIA; advogada.

Analisaremos a compatibilidade do regime previsto no artigo 285º, nº 4, do CT, com a Directiva 2001/23/CE, uma vez que esta norma exclui do regime da transmissão de estabelecimento os trabalhadores, cujo contrato de trabalho o transmitente decide manter, mas transfere para outro estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimentos desta, assim, impondo uma articulação com o regime jurídico da transferência de local de trabalho, previsto no artigo 194º do CT.

Tendo como ponto de partida as especificidades decorrentes dos processos de cisão e fusão, regulados no Código das Sociedades Comerciais (CSC), que também iremos analisar, abordaremos as questões suscitadas pelo cumprimento do dever de informação e consulta de representantes de trabalhadores e pelo regime previsto para a representação de trabalhadores após a transmissão.

Por último, faremos uma breve alusão à proibição do despedimento com fundamento na transmissão, em face do artigo 4º, nº 1, da Directiva 2001/23/CE, nomeadamente, o despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho, no contexto da fusão e da cisão, com o propósito de procurar uma solução que concilie os interesses dos trabalhadores e do empregador.

Ao longo deste *paper*, convocaremos, sempre que se imponha, o Direito da União Europeia, nomeadamente, a Directiva 2001/23/CE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

I – O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO OU EMPRESA

O regime legal da transmissão de estabelecimento surge regulado no artigo 285º, nº 1, do CT/2009, segundo o qual “em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral”¹.

1 A transmissão da empresa ou do estabelecimento encontrava-se tratada no artigo 37º da LCT, tendo sido posteriormente regulada, com modificações consideráveis, nos arts. 318º-321º do CT/2003. O regime actualmente previsto nos arts. 285º-287º do CT/2009 manteve com ligeiras alterações, em que se destacam a responsabilidade pelo pagamento da coima e a eliminação do aviso para reclamação dos créditos, a disciplina legal prevista no CT/2003.

Esta harmonização do regime consagrado nos dois diplomas é, desde logo, explicada pelo facto de ambos pretenderem transpor a Directiva 2001/23/CE, de 12 de março de 2001, relativa à aproximação

Esta norma permite-nos, desde logo, definir o âmbito de aplicação deste regime com recurso a dois critérios: o tipo de negócio pelo qual se concretiza a transmissão e o objecto transmitido².

No que diz respeito ao primeiro, podemos extrair uma noção ampla de transmissão, que inclui vários negócios jurídicos susceptíveis de desencadear a mudança de empregador, entre os quais o trespasse, a locação, a venda judicial, a fusão ou cisão de empresas, entre outras³.

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 exploração⁴.

das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.

Precedeu esta Directiva, a Directiva 77/187/CEE, de 14 de fevereiro de 1977, que, posteriormente, foi alterada pela Directiva 98/50/CE, de 29 de junho de 1998. Como observa Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho, parte II – situações laborais individuais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 802, nº 7, esta sucessão de directivas revela a preocupação do direito comunitário com a tutela dos trabalhadores afectados pela transmissão.

- 2 Cf. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho, parte II – situações laborais individuais*, cit., p. 804-807, João Reis, “O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagem aos professores doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I. p. 307.
- 3 Em tudo de acordo com a noção sufragada na Directiva 2001/23/CE, no sentido propugnado pelo TJ, segundo a qual, nos termos do artigo 1º, al. b, é considerada “transferência, na acepção da presente directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória”.

Na doutrina, Coutinho de Abreu, “A empresa e o empregador em direito do trabalho”, *Separata do BFD (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, 1983, p. 300, reconduzia à noção de transmissão a “modificação subjectiva do empregador” em virtude de um qualquer acto, negocial ou não negocial, que implicasse a circulação da empresa.

Na jurisprudência, cf. Ac de STJ de 26.03.08, Processo 07S4386 e de 22.09.2011, Processo 45/07.0TTLSB.L1.S1, ambos publicados em: <www.dgsi.pt>.

- 4 Como nota Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho anotado*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 627, esta foi uma das grandes inovações do CT/2003 em relação ao artigo 37º da LCT, acompanhada pela responsabilidade solidária de quem imediatamente antes tenha exercido a exploração. Como refere a citada autora, *ob. cit.*, p. 627, esta solução, para além de estar apoiada na noção ampla de transmissão a que já nos referimos, consagra a interpretação da Directiva 77/187/CEE sufragada pelo TJ, que, progressivamente, foi granjeando apoio na doutrina nacional, apesar de se apresentar contrária à posição dominante nos tribunais portugueses, no sentido de a cessão ou reversão de estabelecimento estar abrangida pelo regime consagrado na Directiva 77/187/CEE e no artigo 37º da LCT, desde que subsistisse a identidade económica do estabelecimento e continuasse a ser prosseguida a actividade. Os tribunais portugueses exigiam que a transmissão estivesse escorada num negócio translativo entre transmitente e adquirente, como dá nota Joana Vasconcelos, “A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho”, *Prontuário de Direito do*

Já no que diz respeito ao objecto, está em causa uma unidade empresarial, incluindo, nesta noção, também partes da empresa ou de estabelecimento, desde que, neste caso, constitua uma unidade económica⁵.

Trabalho, 71, Centro de Estudos Judiciários, maio/ago. 2005, p. 80. Na jurisprudência comunitária, assume destaque o acórdão do TJ de 18.03.86, *Spijkers*, Proc. 24/85, Colect, p. 1.119, ponto 11, quando é defendido que o critério decisivo para estabelecer a existência de uma transferência, na acepção da Directiva, é saber se a entidade em questão mantém a sua identidade, o que impõe averiguar se a exploração da entidade em questão é efectivamente prosseguida ou retomada pelo novo empresário, com as mesmas actividades económicas ou com actividades da mesma natureza, tomando em consideração o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais, o tipo de empresa ou de estabelecimento de que se trata, a transferência ou não dos elementos corpóreos, tais como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, o emprego ou não por parte do novo empresário do essencial dos efectivos, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de similitude das actividades exercidas antes e depois da transferência e a duração de uma eventual suspensão destas actividades. Todos estes elementos, no entanto, não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente (Cf. acórdão *Spijkers*, citado, pontos ns. 12 e 13). Cf., para maiores desenvolvimentos, Júlio 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 artigo 37º da LCT e a directiva 77/187/CEE”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1996, ns. 1-2-3-4, p. 77 e ss e *idem*, “A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001. v. I. p. 481 e ss, Joana Simão, “A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional”, *Questões Laborais*, 20, 2002, p. 203 e ss, Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário: a directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português”, *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1.323 e ss.

- 5 A noção de unidade económica constante do nº 5 do artigo 285º do CT/2009 corresponde à prevista no artigo 318º, nº 4 do CT/2003, o qual reproduzia o artigo 1º, nº 1, alínea *b*, da Directiva 2001/23/CE.

Como nota Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho anotado*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 673, o termo “unidade económica” mostra-se mais conforme ao direito nacional do que a expressão utilizada na Directiva “entidade económica”, utilizada na versão portuguesa da mesma, em face do artigo 124º, nº 1, alínea *b*, do CSC, referente à cisão parcial e da preferência, demonstrada pela jurisprudência, pela expressão, a propósito do trespasse e da locação de estabelecimento, no âmbito da transmissão de estabelecimento. No entanto, sempre se dirá que a Directiva na versão inglesa também refere “an economic entity” no artigo 1º, alínea *b*.

A transferência parcial do estabelecimento, pese embora não constasse do artigo 37º da LCT, já era admitida pela nossa doutrina. Cf. Coutinho de Abreu, “A empresa e o empregador em direito do trabalho”, *cit.*, p. 300-301.

É entendimento dominante que só existe uma parte de estabelecimento, quando a unidade de produção dispõe de alguma autonomia, como refere Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 461, n. 50. A nossa jurisprudência tem adoptado este conceito amplo de estabelecimento, identificado com uma ideia de unidade produtiva autónoma, em diversas decisões. Cf. Acs. do STJ de 27.05.04, Processo nº 03S2467, de 29.06.05, Processo nº 05S164 e de 24/02/2010, Processo nº 78/1998.S1, disponíveis em: <www.dgsi.pt>.

A este propósito impõe-se 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 mercantil, 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 lucrativos⁶.

Está, assim, consagrado no artigo 285º do CT o princípio da sub-rogação *ex lege* do adquirente de estabelecimento na posição contratual nos contratos de trabalho existentes nessa data, bem como em quaisquer direitos e obrigações emergentes desses contratos, no âmbito da transmissão do estabelecimento ou empresa ou parte desta, desde que constitua uma unidade económica⁷.

6 A noção de empresa, apesar de mais ampla, em algumas decisões não nos parece assim tão distante da noção de estabelecimento comercial propugnada pela doutrina, como resulta do cotejo de Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, Almedina: Coimbra, 2013. p. 281, com a noção sustentada no Ac. do TJ de 19 de setembro de 1995, *Ledernes Hovedorganisation, agindo por conta de Ole Rygaard contra Dansk Arbejdsgiverforening*, Processo C-48/94, European Court Reports 1995, I-02745, no qual foi exigido, para aplicação da Directiva, que a transferência fosse acompanhada de um conjunto organizado de elementos que permitisse a prossecução, de modo estável, de todas ou de parte das actividades da empresa cedente.

Temos algumas dúvidas que já se possa identificar um conceito específico de empresa no direito laboral, que Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português”, cit., p. 1.347, citando Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 1993, p. 250, reconduz a “simples organização duradoura de actividades assalariadas”. No entanto, não podemos deixar de assinalar que o Tribunal, no acórdão de 14 de abril de 1994, *Christel Schmidt contra Spar-und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Processo C-392/92, Colectânea de Jurisprudência 1994, I-01311, considerou abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 77/187/CEE, 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.

Também no Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 2 de dezembro de 1999, *G. C. Allen contra Amalgamated Construction Co. Ltd.*, Processo C-234/98, Colectânea da Jurisprudência 1997, I-01259, ponto 39, o conceito de entidade económica foi reconduzido a “um conjunto organizado de pessoas e elementos que permitem o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio”.

Por último, no Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 10 de dezembro de 1998, *Francisco Hernández Vidal SA contra Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez e Contratas y Limpiezas SL (C-127/96)*, *Friedrich Santner contra Hoechst AG (C-229/96)*, e *Mercedes Gómez Montaña contra Claro Sol SA e Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)*, Processos apensos C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Colectânea de Jurisprudência 1998, I-08179, ponto 35, o tribunal também sustentou que “o conceito de entidade económica remete para um conjunto organizado de pessoas e de elementos que permitem o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio”.

7 Nesse sentido, Carlos Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 90, Romano Martinez, *Direito do Trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 785, Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A Reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 460, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 815.

Nos termos do citado artigo 285º do CT, os contratos de trabalho mantêm-se com o adquirente do estabelecimento, o qual passa a responder pelas obrigações vencidas antes da transmissão de que sejam credores os trabalhadores desse estabelecimento.

O transmitente, no entanto, responde solidariamente *ope legis* pelo cumprimento das obrigações vencidas antes da data da transmissão durante o ano subsequente à alienação, de acordo com o artigo 285º, nº 2, do CT⁸.

Ao contrário do que sucedia perante o artigo 319º, nº 3, do CT/2003, o adquirente já não tem a faculdade de mandar afixar um aviso a dar conhecimento aos trabalhadores que têm um prazo de três meses para reclamar os seus créditos, sob cominação de estes não se lhe transmitirem, assim permitindo ao adquirente conhecer o montante das obrigações emergentes dos contratos

8 A consagração da responsabilidade solidária do transmitente da empresa ou estabelecimento prevista no nº 2 deste artigo 285º, que não é imposta, mas apenas consentida pelo artigo 3º, nº 1, parte final da Directiva, reforça a garantia patrimonial dos trabalhadores e tutela, ainda que, como refere Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2016, cit., p. 670, “de forma reflexa e muito insuficiente”, o adquirente, sujeito à regra da *transmissão ope legis* de todos os créditos emergentes dos contratos de trabalho transmitidos.

O Código do Trabalho é omissivo relativamente às relações internas entre transmitente e transmissário. Na esteira de Júlio Gomes, *Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. I. p. 832, tendo em conta que este regime visa proteger o trabalhador, sendo a responsabilidade do adquirente uma garantia legal do pagamento dessas dívidas, parece que o adquirente terá direito de regresso contra o transmitente.

No mesmo sentido, António Gonçalves Rocha, “Transmissão de Estabelecimento. Manutenção dos Contratos de Trabalho”, *Prontuário do direito do trabalho*, 79-81, Centro de Estudos Judiciários, 1990, p. 289-302, acrescentando, com acerto, que será sempre de atender ao que tiver sido convencionado pelas partes sobre esta matéria.

Em sentido contrário, Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2016, cit., p. 670, sustenta que o pagamento pelo transmitente de dívidas referentes aos vínculos laborais transmitidos atribui-lhe o direito de regresso contra o respectivo adquirente, principal obrigado, nos termos legais, salvo convenção em contrário. Esta solidariedade é imperativa. Cf. Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2016, cit., p. 670.

Ao contrário do previsto no artigo 37º da LCT, segundo o qual a responsabilidade do adquirente se reportava às obrigações vencidas nos seis meses anteriores à transmissão, o artigo 318º do CT, tal como o artigo 285º do CT, não limita temporalmente a eficácia retroactiva da transmissão. Cf. Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 787. O que é justificado pelo facto de o estabelecimento, enquanto garantia dos créditos, passar a ser detido pelo adquirente. Cf. Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 468.

de trabalho abrangidos que se lhe iriam transmitir *ope legis*, facilitando uma avaliação mais precisa dos termos do negócio⁹.

Alguma doutrina sublinhava que esta limitação da responsabilidade do adquirente aos créditos reclamados no prazo de três meses poderia ser incompatível com a sub-rogação *ex lege* do transmissário, em todos os direitos e obrigações do transmitente emergentes das relações laborais existentes, imposta pelo artigo 3º da Directiva¹⁰.

Parece-nos, no entanto, que estas dúvidas carecem, em nossa opinião, de fundamento, porquanto, por um lado, o transmissário só não seria responsável pelos créditos que os trabalhadores não reclamassem por manifesta falta de diligência¹¹. Por outro lado, o artigo 319º, nº 3, do CT, reconhecia apenas a faculdade de colocar este aviso, eliminando a natureza imperativa que rodeava a afixação deste aviso no artigo 37º da LCT¹².

Aliás, esta norma mostra-se compatível com a Directiva 2001/23/CE quando, no artigo 3º, nº 2, admite que os Estados-Membros adoptem as medidas adequadas para assegurar que o cedente notifique o cessionário de todos os direitos e obrigações transferidos para este último nos termos do presente artigo, na medida em que esses direitos e obrigações sejam, ou devessem ser, do conhecimento do cedente no momento da transferência¹³. Em face deste apoio da Directiva, não se compreende, por isso, por que razão a revisão de 2009 do CT eliminou esta norma, negando ao adquirente, o qual, após um ano, é o único obrigado por todos os créditos laborais dos trabalhadores abrangidos

9 Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho*, 2016, cit., p. 671, enfatizando o propósito exclusivo de tutela do adquirente prosseguido por esta norma, ao permitir que este conseguisse evitar surpresas indesejadas resultantes da transmissão das obrigações resultantes dos contratos de trabalho. No mesmo sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, 2017, cit., p. 792. Em sentido oposto, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 814, ainda que reconheça que esta norma impedia que o adquirente fosse surpreendido com os créditos dos trabalhadores, considera que esta norma limitava a tutela dos trabalhadores ao condicionar o regime da solidariedade.

10 Joana Vasconcelos, “Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 87, Centro de Estudos Judiciários, set./dez. 2010, p. 174.

11 Seguindo de perto, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 792, que refere “o adquirente só não assumirá as dívidas de trabalhadores que tenham agido com incúria”.

12 Nos termos do artigo 37º da LCT, o adquirente tinha a obrigação, durante os quinze dias anteriores à transacção, de fazer afixar um aviso nos locais de trabalho no qual se dava conhecimento aos trabalhadores que deveriam reclamar os seus créditos, sob pena de responder por todos os créditos, ainda que vencidos há mais de seis meses. Cf. Joana Simão, “A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional”, cit., p. 214.

13 Cf. realçando esta preocupação da Directiva, Joana Vasconcelos, “Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente”, cit., p. 176.

pela transmissão, um conhecimento mais rigoroso dos créditos e do respectivo montante¹⁴.

Acompanhamos Joana Vasconcelos, quando sustenta a utilidade da afixação, pelo adquirente, de um aviso a marcar um prazo para a reclamação de créditos pelos trabalhadores, uma vez que este aviso, pese embora não lhe esteja associada qualquer sanção, reforça a boa fé, podendo justificar, no caso de omissão deliberada de créditos pelos trabalhadores, a aplicação do instituto do abuso de direito, nos termos do artigo 334º do Código Civil (CC), por estar em causa um comportamento reconduzível ao *venire contra factum proprium*¹⁵.

Desde o CT/2009, transmite-se também para o adquirente da empresa ou do estabelecimento, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada ao transmitente pela prática de contraordenação laboral (artigo 285º, nº 1, *in fine*)¹⁶.

II – O DIREITO DO TRABALHADOR A OPOR-SE À TRANSMISSÃO DO SEU CONTRATO DE TRABALHO NA SEQUÊNCIA DA TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO

Como já referimos, a sub-rogação *ex lege* do adquirente nas relações contratuais existentes, verificada no âmbito da transmissão de estabelecimento, prescinde do consentimento dos trabalhadores.

Mantém-se, todavia, em aberto, a questão do exercício, por parte de trabalhadores abrangidos por uma transmissão de empresa ou estabelecimento, de um direito de oposição à transferência do seu contrato de trabalho para o adquirente.

14 Cf. Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho*, 2016, cit., p. 671. O que justifica que Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 792, a considere “uma regra de grande utilidade prática”.

Alguma doutrina, todavia, realçava a fragilidade do artigo 319º do CT/2003, uma vez que, sendo a afixação de aviso uma faculdade que o adquirente pode ou não observar, cuja inobservância implicava uma contraordenação leve, este preceito poderá não ser aplicável, assim, prejudicando a limitação da responsabilidade do adquirente aos créditos reclamados pelos trabalhadores. Mas, neste caso, estaria em causa a incúria do adquirente, suportando, por isso, as consequências. Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit. p. 468. Este carácter facultativo, na nossa opinião, milita em favor da compatibilidade desta norma em face da Directiva 2001/23/CE.

15 Joana Vasconcelos, “Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente”, cit., p. 181-182.

16 A qual se mantém relativamente a trabalhadores que, por terem sido transferidos pelo transmitente para outros estabelecimentos, estão excluídos pelo artigo 285º, nº 4, do CT, do regime da transmissão.

Em favor do reconhecimento deste direito é invocada a decisão do TJ no caso *Katsikas*, no qual estava em causa o reconhecimento ao trabalhador do direito de oposição à transferência do seu contrato de trabalho¹⁷.

O TJ, alegando que a obrigação do trabalhador de manter a relação de trabalho com o adquirente poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, que deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode ser obrigado a trabalhar para uma entidade patronal que não escolheu livremente, considerou que o artigo 3º, nº 1, da Directiva, deve ser interpretado no sentido de que não obsta a que um trabalhador empregado pelo cedente, à data da transferência da empresa, na acepção do nº 1 do artigo 1º da Directiva, se oponha à transferência do seu contrato ou da sua relação laboral para o cessionário.

No entanto, também entendeu que a Directiva não obriga os Estados-Membros a prever que, na hipótese de o trabalhador decidir livremente não manter o contrato ou a relação laboral com o cessionário, o contrato ou a relação de trabalho se mantém com o cedente, cabendo aos Estados-Membros determinar o destino reservado ao contrato ou à relação laboral com o cedente¹⁸.

17 Acórdão do TJ de 16.12.92, *Grigorios Katsikas contra Angelos Konstantinidis e Uwe Skreb e Günter Schroll contra PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, Processos apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Colectânea de Jurisprudência 1992, I-06577.

Neste acórdão, estava em causa *Grigorios Katsikas*, cozinheiro num restaurante explorado por *Angelos Konstantinidis* que, posteriormente, cedeu a exploração do restaurante a um terceiro. *Katsikas*, opondo-se à transferência de estabelecimento, pretendeu continuar ao serviço do empregador primitivo num dos outros estabelecimentos que este explorava, acabando por ser despedido pelo cedente. Em síntese, os Tribunais de Trabalho Alemães questionavam: se era compatível com o artigo 3º, nº 1, da citada Directiva, a jurisprudência alemã quando sustentava que um trabalhador, na hipótese de transmissão do estabelecimento ou parte do estabelecimento, tinha o direito de recusar a transferência do seu contrato de trabalho e, inclusive, impor, quando possível, a continuação da sua relação laboral com o transmitente; e/ou se este direito de o trabalhador se opor à transmissão do seu contrato de trabalho deveria ser considerado como um tratamento mais favorável permitido pelo seu artigo 7º.

Sobre este caso, cf. Júlio Gomes, “A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?”, cit., p. 127 e ss, Joana Simão, “A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional”, cit., p. 210-211.

18 Esta orientação do TJ foi mantida nos Acs. de 07.03.96, *Albert Merckx e Patrick Neuhuys/Ford Motors Company Belgium SA*, Proc. C-171/94 e C-172/94, European Court Reports 1996, I-01253.

No Ac. de 12.11.98, *Europièces SA e Wil-fred Sanders/Automotive Industries Holding Company SA*, Proc. C-399/96, Colectânea de Jurisprudência 1998, I-06965, para além de ser reafirmado que a protecção que a Directiva pretende garantir carece de objecto se o próprio interessado, na sequência de uma decisão por si livremente tomada, decide não continuar, após a transferência, a relação de trabalho com o novo empresário, seguindo as decisões do Tribunal de Justiça, nos acórdãos de 11 de julho de 1985, *Danmols Inventar*, 105/84, *Recueil*, p. 2.639, e no *Katsikas*, já cit., cabendo aos Estados-Membros decidir o destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho (itens 38 e 39), sublinha que, nos termos do artigo 4º, nº 2, da Directiva, se o contrato de trabalho cessar pelo facto de a transferência, na acepção do nº 1 do artigo 1º implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão considera-se como sendo da responsabilidade do empregador (item 40).

Alguma doutrina, em face do silêncio do CT, defende a existência de uma lacuna, que, sendo integrada, de acordo com a jurisprudência comunitária, deve reconhecer ao trabalhador o direito de se opor à transferência, mantendo o seu contrato de trabalho com o transmitente¹⁹.

Tal significa que, tendo sido transmitida apenas parte da empresa ou do estabelecimento, como sucede na cisão simples, o trabalhador deve ocupar um posto de trabalho no estabelecimento ou noutro estabelecimento de que seja titular.

No caso de tal não ser possível, o contrato caduca, nos termos do artigo 346º, assistindo ao trabalhador o direito a uma compensação²⁰.

Não nos parece, todavia, que da jurisprudência do TJ possa ser extraída a dependência da sub-rogação *ex lege* do adquirente no contrato de trabalho da anuência do trabalhador²¹.

O facto de ser reconhecida ao trabalhador a faculdade de opor-se à transferência do seu contrato, não beneficiando da protecção que lhe concede a Directiva, conjugada com a interpretação do TJ, de acordo com a qual a Directiva não obriga os Estados-Membros a determinar que o contrato ou relação de trabalho se mantenha com o transmitente, cabendo a estes prever que, neste caso, o contrato ou a relação de trabalho devam ser considerados como cessados, quer por iniciativa do trabalhador, quer por iniciativa da entidade patronal, não se mostra incompatível com o entendimento que rejeita o reconhecimento

19 Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, cit., p. 473-474, Júlio 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 artigo 37º da LCT e a Directiva 77/187/CEE”, cit., p. 166 e ss, *idem*, “A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?”, cit., p. 517 e ss.

20 A aplicação do artigo 346º do CT depende, como assinala Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit. p. 474, de uma interpretação restritiva, já que a transmissão da empresa ou do estabelecimento está excluída do âmbito deste artigo, nos termos do nº 1.

21 Na nossa jurisprudência, reconhecem um direito de oposição, no sentido em que o trabalhador, no caso de não pretender prosseguir a sua relação de trabalho, com o adquirente, poderá opor-se à transferência, “rescindindo o contrato de trabalho, considerando-se esta rescisão da responsabilidade da entidade empregadora”, com apoio na jurisprudência comunitária e no nº 2 do artigo 4º da Directiva, os acórdãos do STJ de 27.05.04, Processo nº 03S2467, de 29.06.05, Processo nº 05S164, disponíveis em www.dgsi.pt. O Ac. do STJ de 24.02.2010, Processo nº 78/1998.S1, disponível em www.dgsi.pt, expressamente refere que o consentimento por parte do trabalhador não é, nem face ao artigo 37º da LCT, nem face ao disposto na Directiva 77/187/CEE, requisito de validade ou sequer de eficácia da transmissão, bastando a transmissão de estabelecimento ou de parte deste ou a cessão da sua exploração, acrescentando que a dispensa do consentimento do trabalhador para a transmissão da posição da entidade patronal do cedente para o cessionário não ofende os artigos 2º e 53º da Constituição.

ao trabalhador do direito a exigir a manutenção do contrato de trabalho com o primitivo empregador, exigindo a colocação noutra posto de trabalho ou convocando a caducidade do contrato de trabalho.

Com efeito, é pacífico que o regime de transmissão de estabelecimento também assegura interesses do transmitente e do adquirente, desde logo, a liberdade do empresário de celebrar os negócios que considerar relevantes sobre a sua empresa ou a parte dela, no exercício do direito fundamental à iniciativa privada, onde se inclui o direito do adquirente em receber um estabelecimento em condições de funcionar, com trabalhadores²².

Porém, tal não impede que o trabalhador se oponha à transmissão da posição contratual, desde logo, denunciando o contrato com aviso prévio, nos termos do artigo 400º, nº 1, do CT²³.

Também não pode ser excluído que o trabalhador opte pela resolução do contrato, invocando justa causa, nos termos do artigo 394º, nº 3, alínea *b*, do CT, com fundamento em alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador²⁴.

Parece que, apurando-se que a transmissão prossegue um intuito fraudulento, o trabalhador poderá resolver o contrato com justa causa, nos termos do artigo 394º, nº 1, alíneas *b* e *e*, com direito à indemnização prevista no artigo 396º, nº 1²⁵.

22 Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 803 e Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 785.

Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, *IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, 2007, p. 331, invoca ainda interesses, como a negociabilidade das empresas ou estabelecimentos e o funcionamento do mercado, permitindo que as unidades produtivas sejam transmitidas como um todo em funcionamento, do qual são parte integrante as relações laborais.

Este autor, *ob. cit.*, p. 330-331, refere ainda que “a imposição da manutenção dos vínculos laborais com o adquirente do estabelecimento é um importante corolário do princípio da segurança no emprego e da estabilidade dos vínculos laborais, ao qual, como é geralmente reconhecido, está subjacente a consideração do trabalhador como pessoa”.

23 Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 330, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 811.

24 Não podendo, todavia, ser a própria transmissão. Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 785, Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 330.

25 Nesse sentido, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 811. Já Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, cit., p. 785, considera que, nesta hipótese, a transferência, além de

III – ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO REGIME DE EXCLUSÃO DA TRANSMISSÃO DOS TRABALHADORES ANTERIORMENTE TRANSFERIDOS PARA OUTRO ESTABELECIMENTO OU PARTE DE ESTABELECIMENTO OU EMPRESA PREVISTO NO ART. 285, Nº 4, DO CT

Ao arrepio do direito da União Europeia, o artigo 285º, nº 4, do CT, na esteira do artigo 319º, nº 1, exclui a sub-rogação *ex lege* do adquirente nos contratos de trabalho dos trabalhadores que o transmitente tenha transferido para outro estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento, antes da transmissão, mantendo assim o contrato de trabalho, com remissão para o regime da transferência definitiva de local de trabalho, previsto no artigo 194º, nº 1, do CT²⁶.

A doutrina tem entendido que a compatibilidade deste normativo com a Directiva exige que este normativo seja interpretado no sentido de estar vedada a admissibilidade de um acordo entre transmitente e adquirente e afastada a possibilidade de a transmissão ser o fundamento da transferência de local de trabalho²⁷.

Já Maria do Rosário Palma Ramalho acentua que a aplicação do regime do artigo 194º suscita dúvidas, porquanto não carece do acordo dos trabalhadores²⁸.

poder acarretar uma alteração substancial das condições de trabalho, justificando a resolução com justa causa, nos termos do artigo 394º, nº 3, alínea *b*, do CT, constituirá um facto ilícito de que se poderá responsabilizar o cedente.

Entendemos mais adequada, neste caso, a resolução com fundamento no artigo 394º, nº 2, alíneas *b* e *e*, do CT. O que está em consonância com a Directiva 2001/23/CE quando esta refere que a cessação do contrato de trabalho, sempre que tiver como fundamento a modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador resultante da transferência, deverá ser considerada como sendo da responsabilidade da entidade patronal.

26 Foi assim afastada a possibilidade prevista no artigo 37º, nº 1, *in fine*, da LCT de ser celebrado um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de os trabalhadores continuarem ao serviço do primeiro noutro estabelecimento. Este acordo mostrava-se incompatível com a transmissão automática de direitos e obrigações para o transmitente afirmada no artigo 3º, nº 1, da Directiva.

Para maiores desenvolvimentos, cf. Júlio Gomes, “O conflito entre a jurisprudência nacional”, cit., p. 155-156, Catarina Carvalho, “A admissibilidade de um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão de contratos de trabalho”, *Questões Laborais*, 21, 2003, p. 99 e ss.

27 Cf. “Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 467.

Joana Vasconcelos, em anotação ao artigo 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho anotado*, 2016, cit. p. 673-674, considera que esta é a única hipótese de o trabalhador poder continuar ao serviço do empregador primitivo, afirmando, igualmente, a exclusão de acordo nesse sentido entre transmitente e adquirente ou entre aquele e o próprio e o trabalhador.

28 *Tratado de direito de trabalho*, cit., p. 808.

No que respeita a esta crítica, temos reservas, porquanto, a sub-rogação *ex lege* do adquirente nos direitos e obrigações prescinde do consentimento do trabalhador.

Com mais premência, Maria do Rosário Palma Ramalho critica o carácter genérico da remissão para o artigo 194º do CT, uma vez que, em face deste artigo, pode estar em causa uma mudança individual do local de trabalho, no âmbito da qual o trabalhador pode recusar a transferência, alegando prejuízo sério, nos termos do artigo 194º, nº 1, alínea *b*, do CT, mantendo o local de trabalho e ficando assim abrangido pelo regime protector da transmissão de estabelecimento, mas também pode estar em causa uma transferência que envolve todos os trabalhadores do estabelecimento ou parte do estabelecimento, no âmbito da qual o trabalhador está obrigatoriamente sujeito à transferência, assistindo-lhe apenas a possibilidade de resolver o contrato se provar o prejuízo sério decorrente da mudança de local de trabalho, nos termos do artigo 194º, nº 5, do CT²⁹.

Neste último cenário, realça a autora, há uma menor protecção dos trabalhadores, porquanto, nos termos do artigo 194º, nº 1, alínea *a*, e nº 5 do CT, a transferência resulta de uma decisão unilateral do empregador, não tendo os trabalhadores a possibilidade de permanecer no estabelecimento que venha a ser transmitido.

O receio de a transferência de local de trabalho, antes da transmissão, se revelar um expediente para contornar o regime da transmissão de estabelecimento, com o intuito de diminuir os custos laborais associados ao estabelecimento, aumentando o respectivo valor, leva a autora a exigir que a transferência dos trabalhadores não possa ter como fundamento o próprio negócio de transmissão, admitindo, ainda, como última *ratio*, convocar o abuso do direito, previsto no artigo 334º do CC, para impedir a utilização deste regime pelo empregador com o intuito de excluir os trabalhadores do regime protector da transmissão de estabelecimento³⁰.

Em todo o caso, o trabalhador poderá resolver o contrato com justa causa, nos termos do artigo 394º, nº 3, alínea *b*, do CT, sendo certo que terá direito a uma compensação, nos termos do artigo 194º, nº 5, do CT, se conseguir provar o prejuízo sério que para ele resultaria da mudança do local de trabalho.

Depois de delimitado o âmbito do regime da transmissão de estabelecimento ou empresa, entendemos pertinente uma breve referência à fusão e

29 *Tratado de direito de trabalho*, cit., p. 809.

30 *Tratado de direito de trabalho*, cit., p. 809.

cisão, para assim apreciarmos, de forma articulada, as consequências jurídicas do regime da transmissão de estabelecimento com estes processos.

IV – BREVE CARACTERIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE CISÃO E FUSÃO

A concretização de uma operação de concentração económica e a maximização dos factores produtivos envolvidos, entre outros motivos, pode justificar uma fusão³¹.

A fusão, que o artigo 97º, nº 1, do CSC, reconduz à reunião de duas ou mais sociedades numa só, pode assumir as modalidades de fusão simples ou de fusão-incorporação.

A fusão simples ou fusão-concentração, através da qual duas ou mais sociedades se extinguem, dando origem a uma sociedade nova, “para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quota da nova sociedade” (artigo 97º, nº 4, alínea *b*, do CSC).

A fusão-incorporação, através da qual uma sociedade preexistente absorve outra ou outras, que se extinguem, transferindo-se para esta “globalmente os patrimónios das incorporadas, a cujos sócios são atribuídas partes, quotas ou acções da incorporante” (artigo 97º, nº 4, alínea *a*, do CSC)³².

O Código das Sociedades Comerciais sujeita a fusão a uma tramitação detalhada, na qual assume destaque a elaboração de um projecto de fusão (artigo 98º), acompanhado do balanço de cada uma das sociedades, onde esteja retratada a relação de troca das participações sociais, o qual é submetido à apreciação de um revisor oficial de contas independente (artigo 99º), salvo dispensa por todos os sócios das sociedades envolvidas (cf. artigo 99º, nº 6, do CSC)³³.

O projecto está sujeito a registo, nos termos do artigo 100º, nºs 1 e 2, do CSC e artigo 3º, alínea *p*, do Código do Registo Comercial (CRCom), iniciando-se o prazo de um mês para os credores deduzirem oposição judicial

31 Paulo Olavo da Cunha, *Direito das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 636.

32 Sobre a natureza jurídica da fusão como transformação de entidades preexistentes, a que aderimos, cf. Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, I, Parte Geral, 1. ed. ampl. e actual., 2011, p. 1.131 e ss.

33 Como refere Paulo Olavo da Cunha, *Direito das sociedades comerciais*, cit. p. 637, as exigências subjacentes ao processo de fusão pretendem proteger a sociedade que resultar da fusão, os direitos dos sócios das sociedades envolvidas e ainda dos respectivos credores, nomeadamente prevenir uma diminuição injustificada da garantia patrimonial.

à fusão, nos termos do artigo 101º do CSC e dos arts. 1059º e 1060º do Código do Processo Civil (CPC)³⁴.

O projecto de fusão é aprovado pelos sócios das sociedades envolvidas, reunidos em assembleia geral (artigo 100º, nº 2), depois de terem estado disponíveis para consulta os documentos elencados no artigo 101º do CSC.

A deliberação de fusão, na falta de disposição especial, está sujeita às normas previstas para alteração do contrato de sociedade, nos termos do artigo 103º, nº 1, do CSC, devendo observar as limitações impostas, para tutela dos sócios, pelo artigo 103º, nº 2.

Deliberada a fusão, esta deve ser sujeita a registo, nos termos do artigo 111º do CSC e do artigo 3º, alínea *q*, do CRCCom³⁵.

Na sequência da fusão, verifica-se transmissão de patrimónios (artigo 112º), tornando-se os sócios das sociedades sócios da sociedade incorporante, podendo assistir direito de exoneração aos sócios que votaram contra a deliberação, nos termos do artigo 105º do CSC³⁶.

O artigo 113º permite que seja judicialmente requerida, mediante deliberação da assembleia geral de qualquer das sociedades participantes na fusão, a resolução ou modificação do contrato de fusão, se esta tiver sido sujeita a condição ou termo suspensivo e se verificar uma alteração substancial das circunstâncias subjacentes às deliberações.

Atendendo aos danos que a fusão pode infligir nos sócios e credores, os artigos 114º e 115º impõem a responsabilidade solidária aos membros dos órgãos de administração e fiscalização pelos prejuízos causados aos sócios e credores por não terem observado a diligência de um gestor criterioso, não

34 A lei permite que a fusão abranja – no todo ou em parte – sociedades dissolvidas, mas ainda em fase de liquidação, desde que preencham os requisitos legais de que dependem o regresso à actividade social (arts. 97º, nº 2, e 161º).

Todavia, já é considerado um impedimento a petição de apresentação à insolvência ou o pedido de declaração desta (artigo 97º, nº 3, do CSC; cf. actualmente os arts. 18º e segs. do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas [CIRE]). Como refere Pupo Correia, *Direito comercial*. 12. ed., rev. e actual., Ediforum, 2011, p. 293, considerando que subjacente a esta norma está a tutela dos credores, este impedimento deve entender-se existente quando a sociedade tenha desencadeado um processo especial de recuperação de empresa, nos termos do artigo 18º do CIRE.

35 A forma do acto de fusão, nos termos do artigo 106º do CSC, deve revestir a forma exigida para a transmissão dos bens das sociedades incorporadas (106º, nº 1). Como nota Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, I, Parte Geral, cit., p. 1129, o registo assume um efeito constitutivo.

36 Como nota Pupo Correia, *Direito comercial*, cit., p. 293, não haverá fusão, mas simplesmente trespasse, se uma sociedade se limitar a adquirir o estabelecimento de outra, mas sem os sócios desta passarem a sócios da adquirente, permanecendo a sociedade que alienar o estabelecimento como pessoa jurídica apta a desenvolver a sua actividade num novo estabelecimento.

sendo factor impeditivo dos direitos de indemnização o facto de as sociedades terem sido extintas na sequência da fusão, nos termos do disposto nos artigos 114º, nº 2, e 115º.

Na cisão, por seu turno, a sociedade divide-se em duas ou mais sociedades³⁷, assumindo, de acordo com o artigo 118º do CSC, modalidades distintas, entre as quais: a cisão simples, a cisão-dissolução e a cisão-fusão³⁸.

No primeiro caso, a sociedade-mãe destaca parte do seu património para com ele constituir outra sociedade, mantendo-se a cindida com o restante património³⁹. Na cisão-dissolução, a sociedade cindida é dissolvida, dividindo-se o seu património em duas ou mais fracções que dão origem a outras tantas novas sociedades.

Pela cisão-fusão, a sociedade pode destacar parte do seu património que se vai fundir com uma outra sociedade ou com parte ou partes do património de outra ou outras sociedades, destacadas do mesmo modo, ou pode dissolver-se, dividindo o seu património em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes ou partes do património de outras sociedades, separadas por operações idênticas e com igual finalidade.

As sociedades resultantes da cisão poderão adoptar um tipo societário diferente do da cindida, nos termos do artigo 118º, nº 2.

O receio de a cisão poder colidir com os interesses dos credores vai justificar que o processo de cisão esteja sujeito a requisitos exigentes, como resulta dos elementos que o artigo 119º do CSC considera obrigatórios no projecto de cisão e das exigências previstas para cada uma das modalidades de cisão, patentes nos arts. 123º, 124º e 125º, para a cisão simples, e nos arts. 128º e 129º, relativamente à cisão-fusão⁴⁰.

37 Como refere Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, cit., p. 1.136, a cisão, “enquanto contraface da fusão”, opera uma transformação através da qual dá origem a duas ou mais entidades, sem se verificar qualquer alteração nas situações jurídicas encabeçadas pelo ente cindido anteriormente.

38 Sobre a cisão, cf. Joana Vasconcelos, *A cisão de sociedades*. Lisboa: Universidade Católica, 2001.

39 Impondo-se os limites do artigo 123º, atinentes ao valor do património da sociedade cindida e ao seu capital social, só podendo ser destacados o activo e o passivo referidos no artigo 124º. Cf. Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, I, cit., p. 1.136.

40 Sobre a inconstitucionalidade formal e material da alínea *p* do artigo 119º ao exigir que seja contemplado no processo de cisão 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, cf. Acórdão do TC nº 119/99, de 2 de março de 1999, disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php>. No que concerne à eventual inconstitucionalidade formal, por se tratar de legislação laboral, assim exigindo a intervenção das Comissões de Trabalhadores e Associações Sindicais, nos termos dos arts. 55º, alínea *d* e 57º, nº 2, alínea *a*, da Constituição da República Portuguesa (CRP), à data, actuais arts. 54º e 56º da CRP, o Tribunal considerou que a mesma não revestia a

Para tutela dos credores, está expressamente estabelecido no artigo 121º do CSC que as dívidas da sociedade cindida que sejam atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade não sofrem novação, sendo afirmada no artigo 122º do CSC a responsabilidade solidária da sociedade cindida pelas dívidas que, por força da cisão, tenham sido atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, de acordo com o disposto no artigo 12º do CSC.

O processo e a respectiva tramitação seguem, com as necessárias adaptações, normas sobre fusão, nos termos do artigo 120º do CSC.

V – ARTICULAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA TRANSMISSÃO DE ESTABELECIMENTO E OS PROCESSOS DE CISÃO E FUSÃO

Neste capítulo, pretendemos destacar alguns aspectos do regime da transmissão de estabelecimento que assumem particular relevância nos processos de fusão e cisão.

Começamos, por isso, por avaliar se há alguma intersecção com a tutela dos trabalhadores e do adquirente da transmissão.

Ora, considerando que o regime que rodeia os processos de fusão e cisão, nomeadamente os artigos 114º e 115º, que impõem a responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de administração e fiscalização pelos prejuízos causados aos sócios e credores por não terem observado a diligência de um gestor criterioso, bem como os apertados requisitos a que o processo de cisão está sujeito, como resulta dos elementos exigidos pelo artigo 119º do CSC e

natureza de norma laboral, sendo meramente informativa dos direitos e deveres dos participantes, uma vez que, nos termos do artigo 37º da LCT, em vigor à data, a posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmite-se ao adquirente, por qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua actividade, não se extinguindo os contratos de trabalho com a cisão, como referido na alínea *p*.

No que se refere à alegada inconstitucionalidade material, com fundamento na violação do princípio da segurança no emprego, por a referida norma autorizar a sociedade cindida a ordenar a mudança do trabalhador para a nova sociedade, o tribunal sustentou que uma norma que se limita a estabelecer a obrigatoriedade de fazer constar no projecto de cisão a indicação de quem passará a deter a posição contratual decorrente dos contratos de trabalho com a sociedade ou sociedades intervenientes e que expressamente determine que tais contratos de trabalho se não extinguem por força da cisão, não pode violar a garantia da segurança no emprego, tal como resulta da norma do artigo 53º da Constituição, já que, estando garantida, por força do artigo 37º da LCT, a manutenção dos contratos de trabalho, desta transformação da entidade empregadora apenas pode resultar a transmissão dos mesmos contratos ou de todos eles, no caso de a empresa cinditória se dissolver ou extinguir ou de parte para a ou para as novas empresas formadas pela cisão.

O Tribunal concluiu que a mera mudança de entidade patronal, continuando garantida a manutenção das relações laborais, nomeadamente, o direito à antiguidade, à retribuição e às regalias de que os trabalhadores gozavam, não violava a garantia de segurança no emprego previsto no artigo 53º da CRP.

das exigências previstas para cada uma das modalidades de cisão a que já nos referimos, a que ainda acresce a responsabilidade, afirmada no artigo 122º do CSC, da sociedade cindida pelas dívidas que, por força da cisão, tenham sido atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, bem como o afastamento da novação, no artigo 121º do CSC, das dívidas da sociedade cindida que sejam atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, mitiga os riscos associados à transmissão de estabelecimento, podemos concluir que reforça a tutela dos trabalhadores, enquanto credores, bem como a tutela do adquirente, a qual, como referimos, tem merecido pouca atenção do legislador português.

Contribui, igualmente, para a tutela dos trabalhadores, o regime especial de solidariedade pelos créditos laborais dos trabalhadores, quando o respectivo empregador esteja integrado num grupo societário, constante do artigo 334º do CT, na medida em que as operações de constituição ou de modelação de grupos societários podem envolver uma transmissão de empresa ou de estabelecimento, como é o caso de um grupo societário que se constitui através da cisão de duas sociedades.

Neste caso, os trabalhadores poderão recorrer, verificados os respectivos pressupostos, a qualquer um destes regimes de solidariedade⁴¹.

Também o dever de informação e consulta, previsto no artigo 286º, no cumprimento do processo de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores afectados por uma transmissão, imposto pelo artigo 7º da Directiva 2001/23/CE, assume relevância no âmbito do processo de fusão e cisão.

Este artigo faz recair sobre o transmitente e o adquirente um dever de *informação e consulta dos representantes dos trabalhadores*, a que são equiparadas as comissões de trabalhadores, as comissões sindicais e intersindicais e os delegados sindicais ou, na sua falta, os próprios trabalhadores⁴².

41 Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 814.

42 A informação directa aos trabalhadores, na ausência de representantes dos trabalhadores, resulta do artigo 7º, nº 6, da Directiva, sendo certo que como refere Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 111, n. 39, a lei parece estender este direito à informação a todos os trabalhadores.

Continua por transpor o artigo 7º, nº 4, da Directiva quando exige que as obrigações de informação e consulta se aplicam mesmo que a decisão de transmitir o estabelecimento tenha sido tomada por uma empresa de controlo. Cf. Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 470.

Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 812, considera que o carácter gravoso do regime de exclusão da transmissão, previsto no artigo 285º, nº 4, do CT, atribui especial relevância à participação dos trabalhadores no processo tendente à transmissão da empresa ou do estabelecimento consagrada no artigo 286º do CT.

No âmbito do direito de informação estão incluídas a data e os motivos da transmissão, as suas consequências jurídicas, económicas e sociais, assim como as medidas projectadas em relação aos trabalhadores.

Esta informação obedece a forma escrita, devendo ser prestada em tempo útil, o qual corresponde a um período mínimo de 10 dias de antecedência antes da consulta dos representantes dos trabalhadores, nos termos do artigo 286º, nº 2, do CT.

A doutrina exige que esta informação seja suficientemente completa e precisa para permitir uma negociação séria e o exercício de um direito de oposição à transmissão do contrato de trabalho sempre que este seja reconhecido, ainda que admitindo a imposição de limitações na divulgação de informações sempre que estas sejam sensíveis, o que pode suceder no âmbito dos processos de fusão ou cisão de uma empresa⁴³.

A consulta dos trabalhadores, prevista no artigo 286º, nº 3, do CT, na esteira do artigo 7º, nº 2, tem por finalidade a obtenção de um acordo sobre as medidas que pretendam aplicar aos trabalhadores na sequência da transmissão.

Este dever de consulta prévia e informação suscita problemas relativamente à confidencialidade dos dados, com especial acuidade em certos projectos de fusão ou cisão⁴⁴.

Com efeito, tal como sublinhado por Júlio Gomes, o regime de transmissão na Directiva não prevê, à semelhança da Directiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade, derrogações a esta obrigação de informação quando a sua natureza seja susceptível, segundo critérios objectivos, de afectar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento ou de a prejudicar.

No entanto, o legislador, na transposição da Directiva 2002/14/CE, estabeleceu, no artigo 459º do CT/2003, a que corresponde, sem alterações, o actual 412º do CT/2009, um dever de sigilo para os membros das estruturas de representação colectiva sempre que as informações sejam transmitidas com menção expressa da confidencialidade assim como exonera o empregador do

43 Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, cit., p. 112.

44 “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho”, cit., p. 112, n. 41. O artigo 412º, nº 3, do CT, no entanto, na transposição da Directiva 2002/14/CE, exonera o empregador do dever de prestar informações ou proceder a consultas cuja natureza seja susceptível de prejudicar ou afectar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento.

dever de revelar informações sempre que estas possam prejudicar o funcionamento da empresa ou do estabelecimento.

Por via de uma interpretação extensiva, justifica-se que a ratio do artigo 412º abranja o dever de confidencialidade dos membros de estruturas representativas relativamente a informações recebidas no âmbito da transmissão de estabelecimento, bem como a dispensa do adquirente e transmitente de revelarem informações que possam comprometer os processos de cisão e fusão.

A violação dos deveres constantes deste artigo constitui contraordenação leve, nos termos do artigo 286º, nº 5, do CT, parecendo que o seu incumprimento não compromete a viabilidade da transmissão⁴⁵.

Também no que diz respeito à ausência de acordo relativo às medidas a tomar em relação aos trabalhadores, acompanhamos Rosário Palma Ramalho quando, sublinhando o carácter consultivo da participação dos trabalhadores e das suas estruturas representativas neste processo, justifica, convocando o direito constitucional de livre iniciativa económica do empregador, que a falta de acordo não pode inviabilizar a transmissão⁴⁶.

O artigo 287º do CT, seguindo de perto o artigo 6º da Directiva, estabelece ainda regras referentes às estruturas de representação dos trabalhadores da unidade económica transmitida, bem como à tutela conferida aos representantes dos trabalhadores após a transmissão⁴⁷.

45 Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 812-813.

Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho”, cit., p. 113, questiona se a reacção “modesta” do ordenamento jurídico relativamente ao incumprimento do dever de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores, considerado fundamental pela Directiva, estará de acordo com esta. Também, Catarina de Oliveira Carvalho, “Algumas questões sobre a empresa e o direito do trabalho no novo Código do Trabalho”, *A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 470, em face da ausência de sanção para a violação do dever de consulta no artigo 320º, nº 3, do CT/2003, e da aplicação de uma contraordenação leve no caso da violação do dever de informação, problematiza se terá sido cabalmente cumprido o disposto no artigo 9º da Directiva.

46 Rosário Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 813.

47 Deixamos de lado, por extravasar o âmbito deste artigo, os efeitos da transmissão no instrumento de regulamentação colectiva do trabalho vigente na empresa ou no estabelecimento transmitido, previsto no artigo 498º do CT. Este normativo para concretizar salvaguardar a aplicação de um regime convencional nas situações de transmissão da titularidade da empresa ou do estabelecimento consagra *ope legis* a vinculação do adquirente ao instrumento de regulamentação colectiva do trabalho que vinculava o transmitente, o que configura uma excepção ao princípio da dupla filiação, até ao termo do respectivo prazo de vigência, ou pelo período de 12 meses. Admitindo, igualmente, que este instrumento de regulamentação colectiva seja substituído por outro.

Seguindo de perto, Luís Gonçalves, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do trabalho anotado*, 2016, cit., p. 1.041-1.042. Sobre este tema, cf. Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho”, cit., p. 102 e ss.

Ora, o tratamento dado às estruturas de representação dos trabalhadores da unidade económica no artigo 287º do CT, após a transmissão, em processos de cisão e fusão, tem suscitado dúvidas na doutrina e na jurisprudência, porquanto podem envolver mais do que uma comissão de trabalhadores.

Desde logo, é necessário definir o sentido que deve ser atribuído ao conceito de autonomia constante do artigo 287º do CT, uma vez que o regime jurídico aplicável varia em função do facto de a empresa, estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento manter ou não a sua autonomia, após a transmissão.

Com acerto, tem sido entendido que este conceito de autonomia não coincide com o de unidade económica autónoma, sob pena de violar os princípios da unicidade e da representação de todos os trabalhadores da mesma empresa que norteiam as comissões de trabalhadores⁴⁸.

Pedro Furtado Martins, neste sentido, associa esta noção de autonomia à possibilidade de a comissão de trabalhadores, em face das exigências legais, poder continuar em funções⁴⁹.

A comissão de trabalhadores, tendo presente o princípio da unicidade justificado pelo facto de ser um órgão representativo da colectividade dos trabalhadores da empresa, só poderá, legalmente, continuar em funções se o estabelecimento transmitido reunir condições para ser considerado uma entidade empregadora.

Assim, após o processo de fusão ou cisão-fusão, no que concerne às comissões de trabalhadores das sociedades incorporadas e às comissões de

48 Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 323.

O princípio da unicidade, patente no artigo 54º da CRP, está apoiado na natureza de órgão de colectividade dos trabalhadores da empresa, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República anotada*. Tomo I. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 718.

Este princípio está consagrado no artigo 461º, nº 1, do CT, que refere o direito dos trabalhadores criarem “em cada empresa uma comissão de trabalhadores”. Também o regime da constituição e eleição das comissões de trabalhadores, previsto no artigo 431º, aponta para existência, em cada empresa, de uma e apenas uma comissão de trabalhadores. Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 315-316.

49 Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 323.

trabalhadores da sociedade incorporante, só se poderá manter uma comissão de trabalhadores que respeite os pressupostos exigidos por lei⁵⁰.

O artigo 287º, nº 1, do CT, todavia, ao prever que não ocorre qualquer alteração ao nível do estatuto e das funções dos representantes dos trabalhadores afectados pela transmissão se a empresa, estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento mantiver a sua autonomia, suscita muitas dúvidas no âmbito dos processos de fusão e cisão-fusão, parecendo admitir, em violação do princípio da unicidade, a possibilidade de existir mais do que uma comissão de trabalhadores na mesma empresa perante a eventual existência nas sociedades incorporante e incorporada de uma comissão de trabalhadores⁵¹.

Seguindo de perto a solução propugnada por Pedro Furtado Martins, também consideramos que a resposta a este problema, considerando a Directiva 2001/23/CE e o regime jurídico das comissões de trabalhadores, pode ser extraída do nº 2 do artigo 287º do CT.

Com efeito, o nº 2 do artigo 287º do CT prescreve que no caso de a empresa ou estabelecimento transmitido incorporado na empresa adquirente perder a autonomia e não existir uma comissão de trabalhadores na empresa do adquirente, a comissão ou subcomissão de trabalhadores da empresa ou estabelecimento do transmitente continua em funções por um período de dois meses a contar da transmissão ou até que a nova comissão, entretanto eleita, inicie as respectivas funções ou, ainda, por mais dois meses, se a eleição for anulada⁵².

Assim, os trabalhadores podem optar por ter uma comissão de trabalhadores ou por não serem representados por comissão de trabalhadores.

50 Também o nº 1, do artigo 6º da Directiva, faz depender a manutenção em funções, da estrutura de representação dos trabalhadores, da conservação das condições necessárias à formação dessa mesma representação, onde necessariamente se tem de incluir o nível de representatividade dos trabalhadores. Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 324.

51 Como dá nota Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 326, já foi defendido que a comissão de trabalhadores da sociedade incorporada subsistiria, mas apenas como órgão representativo dos trabalhadores da unidade económica de que aquela era titular. Tal solução, todavia, não é viável, porque contraria o princípio da unicidade.

52 Tratando-se de uma sub-comissão de trabalhadores, esta passa a exercer os direitos, que a lei atribui às comissões de trabalhadores, durante o período em que continuar em funções representando os trabalhadores do estabelecimento transmitido. Os representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho afectos à entidade incorporada exercem os direitos próprios desta estrutura, conforme salvaguardado no artigo 287º, nº 3, alínea *b*, do CT.

Na primeira hipótese, a lei confere-lhes o prazo de dois meses para promover a criação de uma nova comissão que todos tenham a possibilidade de eleger e para qual todos se poderão fazer eleger, assim assegurando a representatividade de todos os trabalhadores.

Na segunda, a comissão anterior extingue-se, depois de decorrido o período de dois meses referido na lei.

O artigo 287º do CT, à semelhança do artigo 321º, não oferece nenhuma resposta para os casos em que já existe uma comissão de trabalhadores na empresa do adquirente.

Pedro Furtado Martins extrai do artigo 287º, mediante um argumento *a contrario*, que a estrutura representativa que existia na unidade transmitida extingue-se sem aguardar pelo período de dois meses⁵³.

No entanto, esta solução levanta dúvidas sempre que comissão de trabalhadores da empresa incorporada apresentar um nível de representatividade superior ou idêntico, dado o facto de o número de trabalhadores integrados se mostrar superior ou muito próximo.

Em ambos os casos, tal como refere Pedro Furtado Martins, não estão reunidas as condições legais para a manutenção de qualquer uma das estruturas representativas⁵⁴.

Em obediência ao princípio da unidade que rege as comissões de trabalhadores, justifica-se, na nossa opinião, a aplicação do artigo 287º, nº 2, do CT, de acordo com o qual os trabalhadores poderão, no prazo de dois meses, eleger uma comissão representativa de todos os trabalhadores ou optar por não ser representados, extinguindo-se as comissões de trabalhadores existentes ao fim do prazo de dois meses.

Em face do nº 4 do artigo 287º do CT, os membros dos órgãos representativos dos trabalhadores, cujo mandato cesse em resultado da incorporação na empresa do adquirente, continuam a beneficiar da protecção estabelecida nos nºs 3 a 6 do artigo 410º ou em instrumento de regulamentação colectiva

53 Por considerar que esta será a única solução compatível com o princípio da unicidade. Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 328-329.

54 Cf. Pedro Furtado Martins, “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, cit., p. 329.

de trabalho, em virtude do desempenho dessas funções, até à data em que o respectivo mandato terminaria.

Por último, assume, igualmente, relevância no âmbito dos processos de fusão e cisão, a proibição dos despedimentos, imposta pelo artigo 4º, nº 1, da Directiva, que tenham a sua causa na transmissão da unidade económica, em especial, nos casos de despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho⁵⁵.

A proibição que a transmissão constitua em si mesma fundamento de despedimento por parte do transmitente ou do transmissário visa prevenir que a protecção conferida pela Directiva ao trabalhador possa ser contornada⁵⁶.

Concordamos com Júlio Gomes quando refere que será defensável presumir que os despedimentos que se apresentam, em termos temporais, muito próximos da transmissão, não têm como causa a transmissão, tornando-a mais atractiva em função da redução dos custos com o trabalho⁵⁷.

No entanto, após certas transmissões, como observa Júlio Gomes, pode mostrar-se justificado o recurso ao despedimento colectivo ou à extinção do posto de trabalho, nomeadamente, perante a duplicação das funções e o excesso de pessoal decorrente de uma fusão⁵⁸.

Nesse sentido, importa atender ao citado artigo 4º, nº 1, da Directiva, quando exclui desta proibição os despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças da força de trabalho, ou seja, fundamentos que poderão estar presentes no despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho.

Assim, parece-nos que, tal como propõe Júlio Gomes, na esteira da solução propugnada pela doutrina e jurisprudência austríacas, os despedimentos colectivos e as extinções dos postos de trabalho não deverão ser liminarmente

55 Sobre esta matéria, cf. Cláudia Maria Monteiro Gomes de Sousa, “A fraude à lei e o despedimento colectivo na transmissão da unidade económica”, *Questões Laborais*, ano XVII, ns. 35 e 36, jan./dez. 2010, p. 158-202.

56 Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, cit., p. 115.

57 O que faria recair um “ónus de motivação particularmente agravado” sobre o transmitente que efectuasse despedimentos colectivos e por extinção de posto de trabalho pouco tempo antes da transmissão do estabelecimento. Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho*, cit., p. 116.

58 Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, cit., p. 117 e 118, refere igualmente, no âmbito da fusão por incorporação, o despedimento motivado pelo facto de os salários praticados na unidade incorporada serem manifestamente mais elevados, assim produzindo a manutenção de direitos um efeito nefasto nos trabalhadores.

proibidos, mas deverão ser especialmente escrutinados, em especial, sempre que ocorram num curto prazo de tempo a seguir à transmissão e envolvam um número elevado de trabalhadores do estabelecimento ou parte do estabelecimento transmitido⁵⁹.

Esta solução, enquanto assegura a tutela dos trabalhadores, salvaguarda a liberdade de iniciativa económica do empregador, onde, naturalmente, estão incluídos os poderes referentes à gestão de recursos humanos, aliás, subjacentes ao regime jurídico do despedimento colectivo e da extinção de posto de trabalho⁶⁰.

Também, nesta vertente do regime jurídico de transmissão, se impõe como princípio orientador a conciliação dos interesses dos trabalhadores e dos empregadores.

VI – CONCLUSÃO

O regime de transmissão de estabelecimento atende ao princípio de liberdade de negociação das empresas, acolhido pelo princípio constitucional da livre iniciativa económica, previsto no artigo 61º da CRP, enquanto ao mesmo tempo tutela os direitos dos trabalhadores.

Assim se justifica a sub-rogação *ex lege* do adquirente dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho existentes à data da transmissão, dispensando o consentimento dos trabalhadores.

A este propósito problematizamos a existência de um eventual direito de oposição do trabalhador à transmissão, que, de acordo com ambas as Directivas e a jurisprudência do TJ, concluímos não existir, muito embora tenhamos reconhecido o direito do trabalhador a fazer cessar o contrato através de denúncia ou resolução com justa causa objectiva, nos termos do artigo 394º, nº 3, do CT, desde que verificados os respectivos pressupostos e a resolução não tenha como fundamento a transmissão do estabelecimento. Não é, no entanto, reconhecido ao trabalhador o direito a indemnização.

Com efeito, apenas reconhecemos ao trabalhador o direito a indemnização, por via do direito a resolver o contrato com justa causa subjectiva, estribado na alínea e) do artigo 394º, nº 1, do CT, quando se apurasse que a transmissão

59 Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”, cit., p. 115.

60 Preocupação que parece estar subjacente ao artigo 4º, nº 1, da Directiva 2001/23/CE, quando admite o despedimento por razões económicas, técnicas ou de organização da força de trabalho.

tinha um intuito fraudulento, deixando o trabalhador desprotegido perante a falta de solvabilidade do adquirente.

Ainda no âmbito da transmissão de estabelecimento, apreciamos a exclusão dos trabalhadores, cujos contratos se mantêm, mas são transferidos do local de trabalho, com remissão para o regime jurídico da transferência de local de trabalho, previsto nos arts. 194º e segs. do CT.

Na esteira de Rosário Palma Ramalho, concluímos que há uma menor protecção de transferência colectiva de trabalhadores em comparação à transferência individual, dado que, nesta última, o trabalhador pode optar por conservar o contrato de trabalho com o primitivo empregador ou seguir o estabelecimento a transmitir, com a sub-rogação *ex lege* do adquirente na relação laboral.

A análise dos processos subjacentes à cisão ou à fusão permitiu-nos concluir que as especiais cautelas que rodeiam estes processos, com os interesses dos credores e dos sócios das sociedades a cindir e a fundir, reforçam a tutela dos trabalhadores, enquanto credores, e do adquirente do estabelecimento.

No que concerne ao adquirente do estabelecimento, sublinhamos que a exclusão do CT/2009 de uma norma de conteúdo idêntico à do artigo 319º, nº 4, do CT/2003, que reconhecia ao trabalhador a faculdade de colocar um aviso para os trabalhadores reclamarem créditos sob cominação dos mesmos não se transmitirem para o adquirente, veio dificultar o conhecimento por este do montante dos créditos laborais a transmitir, impedindo uma apreciação mais precisa dos termos do negócio.

Pese embora o carácter facultativo deste aviso, porque dependente do adquirente, entendemos desejável a sua previsão no CT/2009, sustentando a sua compatibilidade em face da Directiva que admite no artigo 3º, nº 2, que os Estados-Membros adoptem as medidas adequadas para assegurar que o cedente notifique o cessionário de todos os direitos e obrigações transferidos para este último.

Para colmatar a ausência de uma norma na Directiva 2001/23/CE, que à semelhança da Directiva 2002/14/CE exonere o adquirente e transmitente de revelarem informações que pudessem comprometer os processos de cisão e fusão, defendemos a interpretação extensiva do 412º do CT, de forma a vincular os membros de estruturas representativas ao dever de confidencialidade relativamente a informações obtidas no cumprimento do artigo 286º, bem como a admitir a dispensa do adquirente e transmitente de prestarem informações ou consultas que prejudiquem ou comprometam a transmissão do estabelecimento ou parte do estabelecimento.

Assim, justificamos legalmente que o dever de informação e consulta previsto no artigo 286º do CT possa sofrer limitações em face da existência de prejuízo grave para a transmissão, o que se pode apresentar com grande acuidade nas cisões e fusões.

A recondução da violação do dever de informação e consulta a uma contraordenação leve levou-nos a acompanhar a doutrina, nomeadamente Júlio Gomes e Catarina Carvalho, que questiona a correcta transposição deste dever para o nosso ordenamento.

Ainda no âmbito da articulação do regime da transmissão com os processos de cisão e fusão, abordamos as dificuldades resultantes da aplicação do regime previsto no artigo 287º, nº 1, do CT, para as estruturas de representação dos trabalhadores da sociedade adquiridas e adquirentes, tendo, na esteira da doutrina nacional, negado, em obediência ao princípio da unicidade, a possibilidade da coexistência de duas comissões, propondo como solução compatível, sempre que as comissões não reúnam condições legais para se manter, a aplicação do nº 2 do artigo 287º.

Por último, referimos a importância de conciliar a tutela dos trabalhadores com a liberdade de iniciativa económica do empregador sempre que na sequência da transmissão, em especial através de fusão, se justificar o recurso ao despedimento colectivo e por extinção de posto de trabalho.

Nesse sentido, acompanhamos Júlio Gomes, propondo, com apoio no artigo 4º, nº 1, da Directiva, que os despedimentos colectivos e por extinção do posto de trabalho, sempre que seja próxima temporalmente da transmissão e envolvam um número elevado de trabalhadores da unidade económica transmitida, sejam especialmente sindicados, assim, negando, a sua proibição absoluta.