

RODRIGO SERRA LOURENÇO

SOBRE O DIREITO DE OPOSIÇÃO  
DOS TRABALHADORES NA TRANSMISSÃO  
DO ESTABELECIMENTO OU EMPRESA



Separata da Revista da Ordem dos Advogados  
Ano 69, I/II — Lisboa, Janeiro-Junho 2009

## SOBRE O DIREITO DE OPOSIÇÃO DOS TRABALHADORES NA TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO OU EMPRESA

*Pelo Dr. Rodrigo Serra Lourenço*

O Jurista que seja, actualmente, questionado sobre a existência, âmbito e limites, no ordenamento jurídico português, de um direito de oposição dos trabalhadores à transmissão dos seus contratos de trabalho no âmbito de um processo de transmissão de estabelecimento ou empresa <sup>(1)</sup> ver-se-á em dificuldades para dar uma resposta clara e precisa. Desde logo, ver-se-á em dificuldades para dar uma resposta com o grau mínimo de previsibilidade que requer a preparação de um processo deste tipo, designadamente quanto a procedimentos a observar e obrigações e encargos a assumir, e isto quer seja na perspectiva do transmitente, do transmissário ou do trabalhador <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> É efectivamente nisto que consiste o problema, embora muitas vezes seja genericamente referido o direito de oposição à transmissão do estabelecimento, o que não se verifica, pois a transmissão do estabelecimento é um acto translativo de propriedade da empresa ou estabelecimento, que ocorre independentemente da vontade dos trabalhadores.

<sup>(2)</sup> Embora no direito comunitário seja usada a terminologia cedente/cessionário, por oposição à terminologia transmitente/transmissário usada no CT, opta-se, visando uma maior clareza de exposição, por utilizar no presente trabalho esta última terminologia, excepto em transcrições de documentos, também por se considerar que os conceitos são, substancialmente, equivalentes nesta matéria, reconduzindo-se, no fundo, a actos que afectam o domínio sobre a "empresa laboral", considerada por COUTINHO DE ABREU como "organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente continuado de uma actividade de produção, cujos trabalhadores estão sujeitos, individual e

Com estas linhas, procura demonstrar-se a dificuldade do percurso que conduz à obtenção de uma resposta a esta questão, analisando, com o auxílio da doutrina conhecida, o respectivo enquadramento legal e a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, e ainda a jurisprudência comunitária, em cuja interpretação radicam, na nossa opinião, tanto a génese como a solução do problema.

## 1. Enquadramento legal

A transmissão de estabelecimento ou empresa encontra-se regulada nos artigos 285.º a 287.º do Código do Trabalho (CT), na versão aprovada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. A nota dominante deste regime jurídico é a circunstância de a lei fazer transmitir a posição de empregador dos trabalhadores afectos a um estabelecimento ou empresa para o adquirente, em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa ou estabelecimento. Esta transmissão vem sendo considerada como operando por subrogação *ex lege*, pelo menos desde MOTA PINTO<sup>(3)</sup>. Porém, na verdade o fenómeno é mais abrangente do que a mera subrogação legal, pois, para além da posição de empregador nos contratos, o transmissário recebe ainda a responsabilidade pelo pagamento de coimas já aplicadas pela prática de contra-ordenações laborais, enquanto o transmitente também não se desonera completamente das obrigações relativas à sua posição, ao ficar solidariamente responsável, pelo período de um ano, pelas obrigações vencidas até à data da transmissão<sup>(4)</sup>. Podemos considerar então que este é um verdadeiro instituto de direito do trabalho, autonomizado, pelos fins e pelos meios, da subrogação legal enquanto instituto de direito privado comum, por ter especificidades próprias e não ser inteiramente reconduzível a este instituto. Uma destas especificidades será, precisamente, a existência ou não de um direito de oposição nos termos que aqui se analisam.

Ao regime da transmissão de estabelecimento são apontados dois objectivos<sup>(5)</sup>: por um lado, proteger a liberdade de iniciativa económica do empresário nos negócios que celebra com respeito à sua empresa; por outro lado, evitar que os trabalhadores sejam afectados na sua posição contratual por efeito da transmissão da empresa ou estabelecimento, mantendo-se as condições dos seus contratos. No tocante ao tema que agora nos ocupa, a lei não prevê expressamente qualquer direito específico de oposição dos trabalhadores à transmissão de estabelecimento, limitando-se a impor alguns deveres de informação (cfr. art. 286.º do CT).

Mas esta matéria é também objecto da Directiva 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. Esta Directiva, que substituiu a Directiva n.º 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, aplica a estas situações a mesma solução de *transmissão automática* da posição de empregador que já vigorava anteriormente no direito português, reforçada pela presunção (a nosso ver inilidível) de que a cessação do(s) contrato(s) de trabalho abrangidos pela transmissão, se existir, será da responsabilidade do empregador, quando tiver por base modificações substanciais da relação de trabalho que resultem dessa transmissão.

A Directiva n.º 2001/23/CE foi formalmente transposta para o direito interno português através do diploma que aprovou o Código do Trabalho<sup>(6)</sup>. O preâmbulo da Directiva refere, como seu fundamento e objectivos, os seguintes aspectos: *i*) a inevitabilidade da transferência de empresas como consequência da actividade económica; *ii*) a necessidade de proteger os trabalhadores nessas situações, especialmente assegurando a manutenção dos seus direitos; e *iii*) reduzir as diferenças existentes entre os Estados-membros no tocante à protecção dos trabalhadores neste domínio<sup>(7)</sup>. Com excepção da pretendida harmonização de legislações,

colectivamente, ao direito do trabalho" in *Da Empresariabilidade – As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 299.

<sup>(3)</sup> *Cessão da Posição Contratual*, reimp, Almedina, Coimbra, 1982

<sup>(4)</sup> Neste sentido, JOANA VASCONCELOS, *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, anotação ao artigo 318.º.

<sup>(5)</sup> Neste sentido, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 673

<sup>(6)</sup> Art. 2.º, al. g) da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

<sup>(7)</sup> Considerando serem muito modestos os objectivos da Directiva, por pretendem apenas a harmonização do nível de protecção concedido aos trabalhadores e não a

estes objectivos não diferem substancialmente, na nossa opinião, dos que são apontados ao regime da legislação portuguesa, que de resto incorpora a Directiva (8). É importante sublinhar que a Directiva não afecta, nos termos do seu artigo 8.º, a faculdade de os Estados-membros introduzirem disposições legais mais favoráveis aos trabalhadores.

Nem a Directiva n.º 2001/23/CE nem qualquer das Directivas que a antecederam nesta matéria prevêm expressamente qualquer direito de oposição dos trabalhadores à transmissão automática dos seus contratos para o transmissário da empresa ou estabelecimento (9).

## 2. A jurisprudência do TJCE a partir do Acórdão *Katsikas*

É pacificamente entendido, na doutrina nacional e estrangeira, que a questão da existência de um direito de oposição dos trabalhadores à transmissão da posição de empregador na sequência de transmissão de empresa, no âmbito da Directiva 77/187/CEE (2001/23/CE), é de criação jurisprudencial, tendo surgido pela primeira vez com o já famoso Acórdão *Katsikas* (10) do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), de 16 de Dezembro de 1992.

É importante para este tema, atendendo ao papel que nele desempenha o Acórdão *Katsikas*, fazer um breve enquadramento e

concessão de um nível de protecção substancial dos mesmos. JÚLIO GOMES, *O conflito entre a Jurisprudência Nacional e a Jurisprudência do TJCE em matéria de transmissão de estabelecimento no Direito do Trabalho*, RDES, Ano XXXVIII (1996), p. 90.

(8) Contra, reduzindo o objectivo da Directiva a evitar que a transmissão de estabelecimento possa causar a diminuição do nível de protecção social dos trabalhadores afectados. LIBERAL FERNANDES, *Transmissão do Estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do artigo 37.º da LCT conforme o direito comunitário*, Questões Laborais, Ano VI, n.º 14, 1999, p. 225.

(9) Para uma descrição exaustiva da evolução histórica destas Directivas e da jurisprudência do TJCE, bem como a análise de algum direito comparado, DAVID FIGUEIREDO MARTINS, *O Direito de oposição do trabalhador na transmissão do estabelecimento*, Relatório de Mestrado, 2007, Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa.

(10) Processos apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91.

análise deste aresto, em que foi Relator o Juiz Fernand Grévisse (11).

Deve começar-se por referir que o Acórdão *Katsikas* resulta de um pedido de reenvio prejudicial feito por tribunais alemães para o TJCE, sobre o alcance da Directiva 77/187/CEE. Na Alemanha, a jurisprudência reconhecia aos trabalhadores abrangidos por uma transmissão de estabelecimento o direito de oposição à transmissão dos seus contratos de trabalho para o transmissário, no que era aparentemente contrariado pela Directiva 77/187/CEE, que impunha essa transmissão de modo automático (12).

Assim, na questão decidenda, o Sr. Katsikas opunha-se à projectada transmissão do seu contrato de trabalho para o adquirente do restaurante onde trabalhava, pretendendo continuar a trabalhar noutro restaurante do seu empregador. Este, por seu turno, defendia que a Directiva 77/187/CEE impunha a transmissão do contrato de trabalho do Sr. Katsikas por mero efeito da transmissão do estabelecimento, não cabendo ali qualquer oposição. Em consequência, o Sr. Katsikas acabou por ser despedido. A grande questão subjacente ao pedido de reenvio prejudicial era, assim, a de saber se a construção jurisprudencial alemã do direito de oposição era ou não compatível com o regime de transmissão automática consagrado na Directiva 77/187/CEE, que havia sido invocado pelo cedente para afastar aquela oposição.

Deveria o artigo 3.º, n.º 1 da Directiva 77/187/CEE ser interpretado no sentido de um trabalhador se não poder opor à transferência automática do seu contrato de trabalho para o adquirente do estabelecimento ou empresa a que se encontra funcionalmente ligado, derogando o direito de oposição reconhecido pela jurisprudência alemã?

O Tribunal começou por sustentar ser jurisprudência constante do TJCE que o objectivo da Directiva 77/187/CEE, consistia em “assegurar a manutenção dos direitos dos trabalhadores em

(11) Pode ver-se também uma análise detalhada deste Acórdão, documentos complementares e posições institucionalmente adoptadas na produção do mesmo em JÚLIO GOMES, ob. cit., p. 127 ss.

(12) Em 2004, veio a consagrar-se expressamente no BGB o direito de oposição, que consta agora do § 613a, n.º 6 deste diploma.

caso de mudança de empresário, permitindo-lhes ficar ao serviço do novo empresário nas mesmas condições acordadas com o cedente" (sublinhado nosso).

Em seguida, defendeu que "sendo de ordem pública a protecção que a Directiva pretende garantir aos trabalhadores e, portanto, subtraída à vontade das partes no contrato de trabalho, as normas da Directiva devem ser consideradas como imperativas, no sentido de que não podem ser derogadas de forma desfavorável para os trabalhadores" (sublinhado nosso).

Sustentou ainda o TJCE que "(...) se a Directiva, que apenas procede a uma harmonização parcial da matéria em causa (...) permite que o trabalhador fique ao serviço do novo empresário nas mesmas condições que as acordadas com o cedente, não pode ser interpretada como obrigando o trabalhador a manter a relação de trabalho com o cessionário. Uma tal obrigação 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" (sublinhados nossos).

Por fim, o TJCE, em termos bastante ambíguos, concluiu que "as disposições do artigo 3.º, n.º 1 da Directiva não constituem obstáculo a que a que um trabalhador decida opor-se à transferência do seu contrato ou da sua relação de trabalho, e, deste modo, não beneficie da protecção que lhe concede a Directiva" (...), contudo, tal como decidiu o TJCE (...), a Directiva não visa manter o contrato ou a relação laboral com o cedente no caso do trabalhador empregado na empresa não pretender continuar ao serviço do cessionário" (sublinhados nossos).

Qual é, então, na perspectiva do TJCE, a consequência que uma correcta interpretação da Directiva 77/187/CEE atribui ao exercício desta oposição pelo trabalhador, uma vez que esta Directiva nada diz a esse respeito e que o TJCE entende que a Directiva 77/187/CEE não visa manter o contrato com o cedente? O TJCE absteve-se de se pronunciar, pelo menos de modo claro e imperativo, concluindo que "(...) na hipótese do trabalhador decidir, livremente, não continuar o contrato ou a relação de trabalho com o cessionário, a Directiva não obriga os Estados-membros a determinar que a relação de trabalho se mantenha com o cedente,

Nessa hipótese, compete aos Estados-membros decidir do destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho. Em particular, os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos, quer por iniciativa do empregado quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que a relação de trabalho se mantenha com o cedente."

Aparentemente, o TJCE entende serem possíveis, em abstracto, diversas soluções legais para assegurar ao trabalhador o seu direito a não continuar o contrato ou a relação de trabalho com o cessionário, enunciando algumas sem impor verdadeiramente nenhuma<sup>(13)</sup>. O que parece claro é que as específicas soluções legais que devem garantir este direito de oposição não integram o âmbito de aplicação da Directiva, estando para além dela, nas legislações nacionais dos Estados-membros. Se o efeito desta doutrina não levanta, em princípio, problemas de maior naqueles ordenamentos jurídicos, como o alemão, em que existia já um direito de oposição, o mesmo não ocorre naqueles ordenamentos jurídicos em que nada está previsto a esse respeito, como é o caso do português.

Com base na doutrina do Acórdão *Katsikas*, o TJCE proferiu, em 7 de Março de 1996, o Acórdão *Merckx*<sup>(14)</sup>, que não contribuiu, na nossa opinião, para esclarecer a questão dos contornos do direito de oposição nos países cujas legislações não o consagravam. Neste caso, o Sr. Merckx, vendedor de automóveis, queria opor-se à transmissão do seu contrato de trabalho juntamente com a transmissão da empresa para a qual trabalhava, alegando que o cessionário recusou garantir a manutenção da sua remuneração, que assentava no volume de negócios. Uma vez que o cedente não concordou, o Sr. Merckx rescindiu invocando justa causa, ao que o cedente se opôs.

Quanto à rescisão, o TJCE considerou que esta era legítima, atendendo ao artigo 4.º, n.º 2 da Directiva, que considera que, exis-

(13) Pelo facto de deixar esta matéria na disposição das várias e muito diferenciadas legislações dos Estados-membros, este acórdão foi já alvo de críticas severas, designadamente por JOHN McMULLEN, que se lhe referiu como "hugely disappointing". *The "right" to object to transfer of employment under TUPE*, Industrial Law Review, Oxford University Press, 2008, vol. 2.

(14) Processos apensos C-171/94 e C-172/94.

tindo modificações substanciais das condições do contrato com a transmissão, a rescisão se considera da responsabilidade da entidade patronal. No tocante ao direito de oposição, reafirmou que a Directiva não pode ser interpretada no sentido de obrigar o trabalhador a manter a relação de trabalho com o cessionário, o que poria em causa os seus direitos fundamentais, designadamente de escolher a sua entidade patronal. Quanto à questão do destino reservado à relação laboral, o TJCE voltou a decidir que “*competes aos Estados-membros decidir do destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho. Em particular, os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos, quer por iniciativa do empregado quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que a relação de trabalho se mantenha com o cedente (Acórdão Katsikas, já referido, nos. 35 e 36)*”. Esta doutrina foi integralmente reafirmada nos Acórdãos *Europièces* (15), de 12 de Novembro de 1998, e *Temco Service* (16), de 24 de Janeiro de 2002. Neste último caso, no entanto, o TJCE afirmou expressamente que “*a Directiva não obsta a que o contrato ou relação de trabalho dum trabalhador empregado pelo cedente à data da cessão da empresa subsista com o cedente, quando o referido trabalhador se opõe à cessão do contrato ou relação de trabalho ao cessionário*”. Porém, esta solução decorre, à semelhança das soluções dos Acórdãos anteriormente referidos, da compatibilidade da Directiva seja com a solução da continuidade, seja com a solução da rescisão do contrato, dependendo da específica legislação nacional. Assim, em nenhuma destas decisões vem o TJCE impor a continuidade da relação com o cedente ao abrigo da Directiva.

### 3. A doutrina nacional subsequente ao Acórdão Katsikas

A partir do Acórdão *Katsikas*, alguma doutrina passou a defender a necessidade da anuência do trabalhador para que se transfira a sua relação laboral para o transmissário na sequência da

(15) Processo C-399/96.

(16) Processo C-51/00.

transmissão de empresa. É o caso de JÚLIO GOMES (17), LIBERAL FERNANDES (18) e RITA GARCIA PEREIRA (19). Para JÚLIO GOMES, o respeito pela liberdade de escolha do outro contraente, que assiste ao trabalhador, deve prevalecer sobre o direito do empresário a celebrar negócios sobre a sua empresa dispensando o consentimento daquele. O eminente laboralista funda esta ponderação de interesses em duas ordens de razões. Em primeiro lugar, a prática é rica em casos em que o regime da transmissão automática dos contratos por efeito da transmissão da empresa é usado em prejuízo do trabalhador, designadamente através da transmissão para entidades sem real vontade de prosseguir a actividade da empresa, pelo que o direito de oposição dos trabalhadores seria o modo mais eficaz de tutela dos seus direitos nesta sede. Em segundo lugar, a admissão da transmissão automática dos contratos sem admitir a hipótese de recusa do trabalhador equivaleria a uma intolerável *capitis deminutio*, frontalmente ofensiva da sua dignidade pessoal e que o converteria “*numa espécie de servo da gleba, ou, neste caso, de estabelecimento*” (20).

Embora defendendo a existência, desde o Acórdão *Katsikas*, do direito de oposição dos trabalhadores à transmissão do seu contrato ou relação laboral por mero efeito da transmissão da empresa, JÚLIO GOMES reconhece a dificuldade em retirar do referido aresto um conteúdo específico para esse direito no plano do direito constituído, admitindo ser essa uma solução a criar principalmente pelo direito a constituir. No entanto, considera estar-se actualmente perante uma lacuna, que deve integrar-se nos termos gerais.

Nessa sede, admite serem defensáveis várias posições, aderindo àquela que advoga, ao abrigo da legislação actual e da interpretação da Directiva feita pelo TJCE, dever reconhecer-se ao trabalhador o direito a prosseguir a relação de trabalho com o

(17) Ob. cit., p. 166, e “*A Jurisprudência recente do TJCE em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento: inflexão ou continuidade?*” in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001.

(18) Ob. cit.

(19) *Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial*, Verbo Jurídico (www.verbojuridico.com), 20 de Janeiro de 2005.

(20) “*O conflito (...)*”, ob. cit., p. 173.

transmitente quando tal seja possível, primeiramente sugerida por LIBERAL FERNANDES. Quando tal não seja possível, por ter sido transmitido o único estabelecimento ou empresa do transmitente — ou, diremos nós, quando o estabelecimento ou empresa transmitido, não sendo o único do transmitente, apresente características materialmente diversas dos que permanecem na titularidade deste, v.g. correspondendo a uma área de negócio ou sector de actividade distinto, na qual o trabalhador não possa integrar-se — então dever-se-ia considerar extinto o contrato por caducidade, resultante de um facto — a transmissão de estabelecimento — “que impossibilita o recebimento da prestação que o trabalhador continua disposto a oferecer” (21).

LIBERAL FERNANDES encara a questão de forma diversa: partindo do mesmo postulado de que o Acórdão *Katsikas* consagrou um direito de oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato ou relação laboral para o transmissário, este autor entende que este direito de oposição deve equivaler à faculdade de continuar a relação laboral com o cedente e não a uma declaração de rescisão unilateral do contrato, já que considerá-lo desta última forma corresponderia a anular o conteúdo deste direito<sup>22</sup>. Esta solução é defendida mesmo para os casos em que o transmitente aliena o seu único estabelecimento, ficando comprometida a continuidade da relação laboral. O direito de oposição assim configurado fundamentar-se-ia nos princípios da autonomia contratual e da livre escolha de profissão, e também na circunstância de ser o meio mais adequado à protecção dos direitos dos trabalhadores, evitando prejuízos decorrentes da mudança de empregador, já que “mesmo que a oposição possa implicar um risco acrescido para o trabalhador de ser despedido por razões económicas, deve admitir-se, ainda assim, que é ele quem está em melhores condições de avaliar esse dano.”

(21) “A jurisprudência (...)”, ob. cit., p. 521. Embora avançada ainda na vigência da LCCT, cremos que esta solução não se altera com a entrada em vigor do CT, continuando a caber ao trabalhador uma indemnização, correspondente agora à que cabe ao despedimento colectivo.

(22) Ob. cit., p. 228.

Já RITA GARCIA PEREIRA realça, nesta matéria, as manobras fraudulentas a que as empresas muitas vezes recorrem, envolvendo a transmissão automática dos contratos de trabalho provocada pela transmissão da empresa ou estabelecimento, para prejudicar os direitos dos trabalhadores, *maxime* quanto à garantia dos seus créditos laborais. Fazendo apelo aos ditames da boa-fé e confiança contratuais, esta autora junta ainda aos argumentos dos autores anteriormente referidos que o trabalhador “goza de um feixe de direitos relacionados com a “ocupação efectiva”, entre os quais o direito à realização profissional, direito esse que pode ser irremediavelmente comprometido com a transferência de entidade patronal” (23). A tutela dos direitos associados à ocupação efectiva seria assim, também, um fundamento do direito de oposição dos trabalhadores à transmissão do seu contrato ou relação laboral. Uma vez exercido este direito de oposição, o transmitente deveria tomar medidas no sentido de assegurar a continuidade do vínculo laboral noutra empresa, e apenas no caso de demonstrar não ser possível esta solução haveria lugar a rescisão com justa causa, pelo trabalhador.

Contra a vigência de um direito de oposição nos moldes que defendem os autores anteriormente referidos pronunciou-se PEDRO FURTADO MARTINS (24). Este autor sustenta que a doutrina do TJCE subsequente ao Acórdão *Katsikas* é perfeitamente compatível com o entendimento tradicional da transmissão de estabelecimento, segundo o qual o trabalhador, não querendo que o seu contrato ou relação laboral se transmita para o transmissário, “terá, em regra, de lançar mão da denúncia do respectivo contrato, mediante o aviso prévio normalmente exigido”, admitindo ainda que o trabalhador faça prova de factos constitutivos de justa causa de rescisão contratual. Aos argumentos de violação de direitos fundamentais do trabalhador pela imposição de uma relação contratual com quem não escolheu, responde este autor que, “antes pelo contrário,

(23) Ob. cit., p. 9.

(24) “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do CT e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, in Memórias dos IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2007, p. 329.

*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”.*

#### 4. A Jurisprudência nacional relativa ao direito de oposição

Antes do Acórdão *Katsikas*, não temos notícia de qualquer questão relativa ao direito de oposição à transmissão do contrato ou relação laboral associada à transmissão da empresa ou estabelecimento que tenha produzido jurisprudência em Portugal. Em bom rigor, o quadro legal vigente não contemplava este direito, o que pode justificar que a questão nem sequer se colocasse. Diversamente, JÚLIO GOMES <sup>(25)</sup> defende que o direito de oposição poderia ser deduzido pelos tribunais dos princípios gerais de direito civil e laboral, sem necessidade de disposição legislativa expressa. Fora do quadro do Acórdão *Katsikas*, não podemos, porém, concordar com este entendimento, pois existia norma expressa impondo o contrário, ou seja, a transmissão *ope legis* da posição de empregador como meio de tutela dos direitos dos trabalhadores. Pensamos que, sendo assim, os tribunais só poderiam impor uma solução diferente através do recurso a institutos que afastassem excepcionalmente a aplicação dessa norma, como o abuso de direito ou o negócio em fraude à lei, e não pelo recurso a princípios gerais de direito, o que lhes estaria vedado, sob pena de se incorrer em interpretação abrogante <sup>(26)</sup>.

Já posteriormente ao Acórdão *Katsikas*, e num primeiro momento, a jurisprudência começou por aderir integralmente, e em termos por vezes bastante rígidos, à concepção tradicional da transmissão de estabelecimento ou empresa, segundo a qual os

<sup>(25)</sup> “A jurisprudência (...)”, p. 519.

<sup>(26)</sup> Questão diferente seria o recurso, pelos trabalhadores envolvidos, à resolução com justa causa, o que, ontem como hoje, lhes é possível fazer.

contratos de trabalho acompanham os estabelecimentos ou empresas transmitidos.

São exemplos deste entendimento e momento específico os Acórdãos do STJ de 9 de Novembro de 1994 e de 24 de Maio de 1995 <sup>(27)</sup>. Muito embora não fosse nestes Acórdãos analisada qualquer pretensão de oposição à transmissão, neles se disserta sobre a natureza jurídica da transmissão de estabelecimento ou empresa em direito laboral, que se reconduz à sub-rogação legal, “*sem necessidade da anuência do trabalhador*”. Aponta-se, como justificação deste regime, os já conhecidos objectivos de garantir a continuidade da actividade produtiva e de protecção dos trabalhadores, sem o que as relações de trabalho em causa ficariam na dependência da vontade do adquirente. Acrescenta-se, ainda, o argumento de que “*o nosso ordenamento jurídico-laboral insere-se na teoria da empresa, nos termos da qual o trabalhador se encontra menos ligado à pessoa do empresário do que à empresa; os contratos de trabalho são instrumentos integradores da empresa, o que os expõe à sorte desta*”.

Pronunciando-se já sobre uma situação em que os trabalhadores pretendiam ver reconhecido o exercício do direito de oposição à transmissão dos seus contratos de trabalho, e invocando expressamente o Acórdão *Katsikas*, o Acórdão do STJ de 30 de Junho de 1999 <sup>(28)</sup> concluiu pela inexistência desse direito, afirmando que a Directiva 77/187/CEE não criou para os Estados-membros qualquer obrigação de prever um direito de oposição dos trabalhadores nesta matéria. Este aresto transcreve mesmo o segmento decisório do Acórdão *Katsikas*, concluindo que o mesmo não obriga os Estados-membros a prever que, em caso do trabalhador decidir livremente não manter a relação laboral com o cessionário, o contrato se mantenha com o cedente, pelo que em nada contende com a solução da transmissão automática sem necessidade do acordo dos trabalhadores que se entendia vigorar então ao abrigo do artigo 37.º da LCT, e hoje do artigo 285.º do CT. Este Acórdão foi

<sup>(27)</sup> Em ambos sendo relator DIAS SIMÕES – disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e comentados por JÚLIO GOMES em “*O conflito (...)*”, p.166 ss.

<sup>(28)</sup> Tendo por Relator MANUEL PEREIRA, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); comentado por LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*



alvo de uma importante crítica de LIBERAL FERNANDES<sup>(29)</sup>, que havia juntado ao mesmo um parecer de sentido oposto, nos termos já enunciados *supra*. Parece-nos que esta crítica — e à distância de cerca de dez anos sobre o momento em que mesma foi elaborada, com o benefício de todos os desenvolvimentos entretanto ocorridos — parte de um incorrecto enquadramento do Acórdão *Katsikas*, já que faz equivaler o direito de oposição que o mesmo consagraria à manutenção da relação contratual com o transmitente, o que nos parece um passo que o Acórdão não permite dar. Com efeito, o próprio Acórdão *Katsikas* considera serem admissíveis várias soluções para enquadrar o direito de oposição, tarefa que remete para o direito interno de cada Estado-membro. A manutenção da relação laboral com o transmitente é apenas uma delas, sendo também expressamente referido que, “(...) os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos”. LIBERAL FERNANDES, porém, considera que desta remissão para o direito nacional não pode resultar a solução de rescisão unilateral do contrato, “sob pena de anular-se o conteúdo do direito de oposição”<sup>(30)</sup>. Parece-nos uma posição defensável no plano do direito a constituir, mas não no plano do direito actualmente vigente e aplicável, pois se, como o próprio autor reconhece, o direito de oposição nasce do direito comunitário, através da jurisprudência vinculativa do TJCE, e este órgão admite que o mesmo pode ser tutelado pelos Estados-membros não só através da manutenção da relação laboral com o cedente, mas também através da rescisão unilateral dos contratos, é forçoso concluir que esta última hipótese não anula o direito de oposição.

Porém, a jurisprudência nacional haveria de inverter-se, passando a aderir às teses de LIBERAL FERNANDES. Em Acórdão de 27 de Maio de 2004<sup>(31)</sup>, o STJ sustentou que “os princípios da autonomia contratual e da livre escolha de profissão justificam a possibilidade do trabalhador se opor à transferência, sem que tal

<sup>(29)</sup> Ob. cit.

<sup>(30)</sup> Ob. cit., p. 230.

<sup>(31)</sup> Tendo por Relator VITOR MESQUITA, com voto de vencido de FERNANDES CADI  
LHA, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

possa ser interpretado como 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 organização do trabalho que o cessionário adopta, 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”. Mesmo reconhecendo a existência e plena vigência de um direito de oposição dos trabalhadores à transmissão do seu contrato ou relação laboral, este Acórdão não chega a definir qual o destino a dar ao contrato do trabalhador oponente. Enunciando as várias teses existentes sobre esta matéria, designadamente as de JÚLIO GOMES e LIBERAL FERNANDES, o Acórdão queda-se no conforto de uma decisão formal, por considerar ter o trabalhador exercido o seu direito “numa ocasião em que as posições da cedente, da cessionária e do trabalhador se haviam já consolidado na esfera jurídica de todos os sujeitos envolvidos”, pelo que a oposição não pôde ser atendida.

Um pouco mais longe foi o Acórdão do STJ de 29 de Junho de 2005<sup>(32)</sup>. Este aresto, tal como o anteriormente referido, reconheceu a existência do direito de oposição, fundado na jurisprudência do TJCE e decorrente do respeito pela dignidade da pessoa humana, acabando por não o reconhecer no caso concreto pelo seu exercício intempestivo. Porém, sustentou que, em condições normais, os trabalhadores nessa situação poderiam opor-se à transferência, “rescindindo o contrato de trabalho, e considerando-se esta rescisão da responsabilidade da entidade empregadora”. Embora pareça apontar no sentido da desnecessidade de prova, pelo trabalhador, de modificações na relação laboral após a transmissão para tornar a entidade empregadora responsável pela rescisão, com a consequente obrigação de indemnização<sup>(33)</sup>, o Acórdão

<sup>(32)</sup> Sendo Relatora LAURA LEONARDO, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>(33)</sup> Questão a que voltaremos adiante é a de saber se o facto de se considerar a rescisão da responsabilidade da entidade empregadora a qualifica como justa causa subjectiva de rescisão, nos termos do n.º 2 do artigo 394.º do CT, com direito à respectiva indemnização, ou se estaremos antes perante uma situação de justa causa objectiva de rescisão, sem direito a indemnização, nos termos do n.º 3 do artigo 394.º do CT.

não é totalmente explícito a esse respeito. No entanto, ao enquadrar na rescisão o direito de oposição, afasta decididamente a hipótese de continuação potestativa da relação com o cedente.

Não obstante dever reconhecer-se a existência de diversa e rica jurisprudência sobre este tema, a verdade é que a mesma configura também uma inquietante oposição de julgados, que é urgente sanar para garantia da melhor aplicação do direito.

### 5. Apreciação crítica: a lacuna do direito de oposição

Tal como a notícia da morte de Mark Twain, também os efeitos do Acórdão *Katsikas* poderão ter sido algo exagerados. Parece-nos que, analisando-se com rigor este aresto, se verifica serem demasiado ambiciosas muitas das interpretações que dele têm sido feitas, sendo bastante mais modesto o seu alcance. ao ponto de VALDES DAL RÉ ter afirmado que “a força da doutrina *Katsikas*, se é que a tem, é demonstrar os limites da harmonização parcial efectuada pelo Direito Comunitário em matéria de transferência de estabelecimentos.”<sup>(34)</sup>

Do ponto de vista do direito português, a questão do direito de oposição surge com o Acórdão *Katsikas* do TJCE, sendo perfeitamente pacífica a interpretação do direito anterior a este Acórdão no sentido da inexistência do direito de oposição, quando a questão nem sequer se colocava<sup>(35)</sup>. Tal como é concebido pela doutrina que hoje o defende, o direito de oposição é sempre um direito potestativo, seja de modificar a relação laboral no sentido de seguir o transmitente, seja de rescindir unilateralmente o contrato, o que manifestamente não encontra correspondência expressa na nossa legislação. Assim, justifica-se a análise das condições específicas que determinaram a prolação do Acórdão *Katsikas*, do sentido da interpretação que deu à Directiva 77/187/CEE e do poder vinculativo desta interpretação.

<sup>(34)</sup> “Transfer of undertakings: an experience of clashes and harmonies between Community Law and National Legal systems”, in SCIARRA et al., “Labour Law in the courts”, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 198.

<sup>(35)</sup> Ver, no entanto, a posição de JÚLIO GOMES referida no ponto 4 e nota 23 supra.

Em primeiro lugar, importa não perder de vista que o Acórdão *Katsikas* emerge de uma questão relativa à compatibilidade da Directiva 77/187/CEE com o direito interno de um Estado-Membro, neste caso a Alemanha. Foi relativamente ao direito alemão, e não ao direito de outros Estados-membros, que a questão se colocou, o que não é despiciendo, atendendo à enorme diversidade de soluções que neste domínio existem no âmbito das legislações nacionais<sup>(36)</sup>. No caso concreto, o direito alemão previa o direito de oposição, a que um determinado empregador queria eximir-se por força da aplicação imperativa do regime da Directiva 77/187/CEE, que importaria a transmissão automática.

A nosso ver, o Acórdão *Katsikas* pronuncia-se antes de mais no sentido de que a Directiva consagra um regime de *tutela mínima* dos direitos dos trabalhadores em caso de transmissão de estabelecimento ou empresa, consistindo na transmissão automática dos contratos de trabalho para o transmissário, que não impede a existência de regimes complementares no direito interno dos Estados-membros que com ela sejam compatíveis, como o direito de oposição reconhecido no direito alemão. Com efeito, só assim se compreendem as referências feitas pelo Tribunal ao facto de que “a Directiva, (...) apenas procede a uma harmonização parcial da matéria em causa”, e que “a Directiva não obriga os Estados-membros a determinar que a relação de trabalho se mantenha com o cedente. Nessa hipótese, compete aos Estados-membros decidir do destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho.”

O TJCE admitiu, assim, que o regime da Directiva 77/187/CEE estabelece uma tutela mínima de protecção dos trabalhadores, a qual, apesar de imperativa, pode ser integrada por disposições de direito interno que imponham uma solução diferente, desde que não contendendo com a tutela conferida pela Directiva no sentido da transmissão dos contratos para o cessionário, se o trabalhador não se opuser.

Porém, se a questão pudesse ser reduzida a estes termos, seria forçoso subordinar a existência e efeitos deste direito de oposição às disposições relevantes do direito interno de cada Estado-membro. Se este direito existisse, os trabalhadores poderiam recorrer a

<sup>(36)</sup> Neste sentido, McMULLEN, ob. cit., p. 2.

ele, desde que não contrariasse a tutela mínima da Directiva 77/187/CEE; se não existisse, os trabalhadores teriam apenas a tutela mínima da Directiva para sua protecção. Mas o TJCE não foi por este caminho, pois, se assim fosse, teria afirmado que o direito de oposição se enquadrava nas disposições mais favoráveis dos Estados-membros que o artigo 8.º da Directiva prevê, tal como sugeriu um dos tribunais alemães que formulou o pedido de reenvio prejudicial.

Ora, o TJCE, afastando esta sugestão do tribunal alemão, afirmou expressamente que *“as disposições do artigo 3.º, n.º 1 da Directiva não constituem obstáculo a que a que um trabalhador decida opor-se à transferência do seu contrato ou da sua relação de trabalho, e, deste modo, não beneficie da protecção que lhe concede a Directiva.”* É, assim, na própria Directiva que radica o direito do trabalhador se opor à transferência do seu contrato ou relação laboral para o cessionário, e não nas disposições mais favoráveis eventualmente existentes na legislação de cada Estado-membro. Somos, assim, pela existência de um direito de oposição fundado na interpretação da Directiva feita pelo TJCE, que se impõe a todos os Estados-membros e de que podem beneficiar todos os trabalhadores destes Estados, em virtude do efeito directo das Directivas e do primado do Direito Comunitário sobre o direito nacional<sup>(37)</sup>. Se dúvidas existirem quanto à génese jurisprudencial deste direito de oposição, note-se que o próprio TJCE dá a esta sua solução um fundamento exterior ao regime da Directiva 77/187/CEE, que se resume a considerar que a imposição da continuação da relação com o cedente *“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.”* Fundamentos muito louváveis e dos quais ninguém discordará, mas que se situam claramente além dos objectivos e soluções da Directiva interpretada, em direitos fundamentais cuja fonte não se especifica.

Mas, na nossa opinião, é este o limite da doutrina do Acórdão *Katsikas*, pelo que subscrevemos inteiramente as palavras de VAL-

<sup>(37)</sup> Quanto a este ponto, ver LIBERAL FERNANDES, ob. cit., p. 234, que se acompanha.

DES DAL RÉ no sentido do limite da harmonização parcial operada pela Directiva 77/187/CEE. O TJCE dá o direito de oposição, mas não o seu conteúdo, que terá de ser procurado no direito interno dos Estados-membros. Este claro convite a legislar tem vindo a ser seguido, tendo já os ordenamentos jurídicos alemão e britânico passado recentemente a prever o direito de oposição em termos expressos<sup>(38)</sup>, o que antes não sucedia, sendo mesmo afastado no caso britânico. De forma que bem ilustra o que acaba de dizer-se, as soluções adoptadas por estes dois Estados-membros não são coincidentes, admitindo o direito alemão que o trabalhador siga o cedente nalguns casos, enquanto o direito britânico enquadra a oposição na rescisão sem direito a indemnização. Ambas as opções se enquadram nas vias de realização do direito de oposição apontadas no próprio Acórdão *Katsikas*: *“Em particular, os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos, quer por iniciativa do empregado quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que a relação de trabalho se mantenha com o cedente.”*

O que parece inquestionável é que o TJCE consagrou expressamente um direito de oposição dos trabalhadores à transmissão das suas relações laborais para o cessionário, directamente emergente da Directiva 77/187/CEE e não de disposições mais favoráveis dos Estados-membros, cujo conteúdo se poderá traduzir na rescisão do contrato de trabalho, com ou sem indemnização, na continuidade da relação com o cedente ou ainda noutra solução eventualmente encontrada pelos legisladores nacionais, desde que garantido aos trabalhadores o mesmo resultado, ou seja, o direito de não trabalharem para o cessionário. Este direito é, na nossa opinião, próprio do instituto justlaboral da transmissão de estabelecimento, e não reconduzível às causas gerais de cessação dos contratos de trabalho, como a rescisão ou a denúncia, que poderão também (ou não) aplicar-se se estiverem preenchidos os respectivos requisitos.

<sup>(38)</sup> Designadamente no § 613a, n.º 6 do BGB e no Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006.

Assim, não podemos concordar com PEDRO FURTADO MARTINS<sup>(39)</sup>, quando afirma que a doutrina do Acórdão *Katsikas* é perfeitamente compatível com a concepção tradicional, segundo a qual o direito de oposição deveria ser enquadrado na denúncia ou resolução com justa causa, quando fundamentada. Esta é uma solução que, sendo adaptada, encontra desde logo dificuldades práticas, como as eventuais incompatibilidades entre os prazos da denúncia e os prazos da informação aos trabalhadores da projectada transmissão. Com efeito, o trabalhador, ainda que sendo informado da transmissão nos prazos devidos e mesmo que denunciando logo o contrato, pode ver-se na contingência de ter de trabalhar para o cessionário, por ser superior o prazo de aviso prévio a que está legalmente obrigado, o que nos parece contrariar o direito de oposição tal como gizado pelo TJCE. Por outro lado, o artigo 4.º da Directiva 77/187/CEE estabelece que, se o contrato for rescindido “*pelo facto da transferência implicar uma modificação das relações de trabalho em detrimento do trabalhador; a rescisão do contrato considera-se da responsabilidade do empregador*”. Ora, esta protecção é maior do que a concedida pelas normas relativas à resolução com justa causa pelo trabalhador no artigo 394.º do CT, onde é necessário que a alteração das condições de trabalho seja “substancial e duradora” e apreciada nos termos do artigo 351.º do CT, ou seja, que pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Mas, se não se adere a esta tese minimalista do direito de oposição, também não concordamos com as teses que, avançadas pelos autores supra referidos e aceites pelo Supremo Tribunal de Justiça, encontram no Acórdão *Katsikas* configurações bem definidas do que seja o direito de oposição, que vigorariam e se aplicariam sem mais no direito português. Na verdade, a doutrina do Acórdão *Katsikas* tem um alcance necessariamente mais limitado, que passa pela opção do TJCE em não se imiscuir no que seja o respectivo conteúdo, impondo apenas aos Estados-membros uma obrigação de resultado no sentido de garantir ao trabalhador que

(39) *Op. cit.*

não terá de trabalhar para o cessionário se não o desejar. Compreende-se, até, que assim seja, pois qualquer opção de conteúdo que o TJCE tomasse entraria no campo do direito interno dos Estados-membros relativo aos despedimentos, podendo ter efeitos de escala não desejados pelo TJCE<sup>(40)</sup>. Pensamos, assim, que existe uma lacuna na legislação nacional face ao direito comunitário, emergente da interpretação feita pelo TJCE da Directiva 77/187/CEE, que importará, a bem da certeza e segurança jurídica, quer integrar no plano do direito constituído, quer preencher no plano do direito a constituir.

## 6. Integrar, no plano do direito constituído

Partindo do princípio que a Directiva 77/187/CEE garante aos trabalhadores o direito de se oporem à transmissão do seu contrato de trabalho para o cessionário, no sentido de, por algum meio, não chegarem a ter de manter com ele uma relação laboral, haverá que averiguar se o direito português, ao não prever nem regular expressamente esse direito, os deixa absolutamente sem a protecção que ele visa garantir, mesmo na medida mínima de atingir o fim visado por esse direito. Aqui, pensamos que não se verifica esta situação de desprotecção absoluta. Com efeito, o trabalhador pode recorrer aos institutos da denúncia do seu contrato de trabalho, prevista nos artigos 400.º do CT, ou da resolução do contrato com justa causa, prevista no artigo 394.º do CT. Não sendo esta a solução mais desejável, pelos motivos expostos supra, é uma solução que garante o fim visado pelo direito comunitário, tal como interpretado pelo TJCE, i.e., que trabalhador e cessionário não cheguem a manter uma relação de trabalho, se o primeiro o não quiser. Assim, tendo sido cumprido o dever de informação relativo à transmissão, conforme previsto no artigo 286.º do CT, o trabalhador, entendendo que não está prevista nem se verificará automaticamente em função da transmissão uma alteração das condições de trabalho

(40) Nesse sentido, SYLVAINÉ LAFFONT, “*The ECJ in the dialogue on transfers of undertakings*”, in SCHARRA et al., “*Labour Law in the courts*”, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 173.

que o prejudique, mas não querendo trabalhar para o cessionário, poderá lançar mão da denúncia do seu contrato de trabalho, comunicando-o ao cedente. Pensamos que, neste caso, verificando-se a impossibilidade de cumprir o aviso prévio de 30 ou 60 dias que a lei prevê para a denúncia, por se prever ocorrer primeiro a transmissão, o cessionário não poderá invocar esse facto contra o trabalhador, para efeitos da indemnização prevista no artigo 401.º do CT. É que a denúncia, neste caso, estará funcionalmente ligada à transmissão de estabelecimento, sendo um remédio imposto pela Directiva 77/187/CEE e não um simples acto *ad nutum* do trabalhador, pelo que a protecção da Directiva 77/187/CEE imporá que se afaste a aplicação do artigo 401.º nestes casos.

Entendendo, na sequência do cumprimento do dever de informação previsto no artigo 286.º do CT, que está prevista, em função da transmissão, uma alteração das condições de trabalho que o prejudique, ou que esta se verifica por mero efeito da transmissão<sup>(41)</sup>, o trabalhador poderá resolver, com justa causa, o seu contrato de trabalho. Recorde-se que o artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE dispõe que "*Se o contrato de trabalho ou relação de trabalho forem rescindidos pelo facto da transferência implicar uma modificação das relações de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato considera-se da responsabilidade do empregador*", e que as normas do CT relativas à resolução pelo trabalhador não consagram nada de semelhante. Assim, pensamos que, nestes casos, a protecção da Directiva 77/187/CEE impõe que se interprete o artigo 400.º do CT no sentido do referido artigo 4.º, n.º 2 da Directiva, exigindo-se apenas que o trabalhador prove a existência da previsão de modificações das relações de trabalho em seu prejuízo.

Cabe aqui a questão de saber se esta resolução configura uma situação de justa causa subjectiva, nos termos do artigo 400.º, n.º 2 do CT, com direito à respectiva indemnização, ou antes uma situação de justa causa objectiva, nos termos do n.º 3 da mesma norma, sem direito a indemnização. Pensamos que, por força do

(41) Por exemplo, o titular do estabelecimento ou empresa passará a ser uma entidade de tendência oposta à do trabalhador, ou alguém com quem o trabalhador tem litígios pessoais.

artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE, haverá que distinguir entre modificações da relação de trabalho que se traduzem num prejuízo para o trabalhador e modificações da relação de trabalho que não prejudicam a posição contratual deste. É que enquanto o artigo 400.º, n.º 3 do CT não distingue entre estas situações, reconduzindo todas as situações de alteração das condições de trabalho, implicando ou não prejuízos para o trabalhador — desde que lícitas — à justa causa objectiva, sem direito a indemnização, o artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE prevê expressamente que a rescisão em virtude da "*modificação das relações de trabalho em detrimento do trabalhador*" se considera da responsabilidade do empregador, do que haverá que retirar as necessárias consequências. Estas serão, na nossa opinião, considerar que, fazendo o trabalhador prova da existência de prejuízos para si em consequência da alteração das condições de trabalho pelo transmissário, ficará abrangido pela protecção do artigo 4.º, n.º 2 da Directiva, que estatui a responsabilidade do empregador nestes casos, o que deverá traduzir-se no pagamento de indemnização pela cessação do contrato.

Se a Directiva atribui, nos casos em que as modificações representam uma deterioração da posição contratual do trabalhador, a responsabilidade da cessação do contrato ao empregador, é com certeza com o intuito de distinguir essas situações daquelas em que essas modificações não se traduzem em prejuízos para o trabalhador, e protegê-lo desses prejuízos que lhe são impostos, o que, no caso da legislação portuguesa (CT), passará por atribuir à cessação do contrato uma indemnização, nos termos do artigo 396.º<sup>(42)</sup>. É a solução que consideramos mais adequada em face do primado do direito comunitário e da distinção nele operada (*ubi lex distinguit...*).

Não concordamos, assim, com aqueles que defendem que a própria transmissão representaria uma modificação das condições

(42) De resto, o próprio CT contempla desvios a esta dicotomia entre justa causa subjectiva e objectiva, ao prever, para os casos de resolução pelo trabalhador fundada em transferência legítima de local de trabalho pelo empregador, mas que acarrete prejuízo sério (justa causa objectiva), o direito a indemnização pela cessação do contrato — cfr. artigo 315.º, n.º 4 do CT.

de trabalho justificativa da resolução com direito a indemnização, sem necessidade de mais indagações. A própria Directiva 77/187/CEE, como se viu, é mais exigente para com os trabalhadores, o que nos parece ser exigido também pela boa-fé. Pensemos em trabalhadores que não estão satisfeitos com a sua situação profissional por razões que nada têm a ver com a identidade do titular da empresa ou estabelecimento, ou que planeiam dedicar-se a um novo rumo profissional, ou transferir-se para uma outra empresa ou empregador, tudo situações em que a desvinculação não lhes traria qualquer vantagem patrimonial. Ocorrendo uma transmissão de estabelecimento, a não ter de provar a justa causa de resolução, estes trabalhadores poderão naturalmente aproveitar o ensejo para auferir a respectiva indemnização, sem nada terem de específico contra a transmissão, o que nos parece contrariar a finalidade da Directiva 77/187/CEE. Assim, defendemos a necessidade de o trabalhador provar a existência de modificações previstas em seu prejuízo para recorrer à resolução com justa causa e indemnização.

Este recurso à resolução com justa causa corresponderia ainda ao direito de oposição à transmissão, quando exercido antes desta. Com efeito, o TJCE pronunciou-se já no sentido de que as normas da Directiva 77/187/CEE são de ordem pública e irrenunciáveis, pelo que o direito de oposição deve ser exercido até à transmissão. Porém, pensamos que nada obsta a que esta interpretação do artigo 396.º do CT conforme ao artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE valha mesmo fora do quadro do direito de oposição, quando a transmissão já ocorreu, para as situações em que, não se opondo à transmissão, o trabalhador vem afinal a confrontar-se com modificações das condições de trabalho em seu prejuízo, que não lhe foram comunicadas ou contrariam as comunicações feitas. Aqui haverá que distinguir entre modificações causadas pela transmissão — causa essa que terá de ser provada pelo trabalhador, mas que se afigura não ser de especial dificuldade<sup>(43)</sup> — e modificações

(43) Como refere LIBERAL FERNANDES, "Para avaliar, segundo o Tribunal, se os despedimentos se ficaram a dever exclusivamente à transferência da empresa impõe-se analisar as circunstâncias objectivas em que tiveram lugar, designadamente se os seus efeitos se produziram em data próxima à da transferência da empresa e se os trabalhadores despedidos foram readmitidos pelo cessionário" (Harmonização Social no direito

supervenientes, surgidas no quadro da relação laboral já transmitida. Pensamos que apenas no caso das primeiras o trabalhador beneficiará da interpretação mais favorável do artigo 396.º do CT, já que, nos restantes casos, as modificações surgem já no contexto de uma normal relação laboral. Mas, para as primeiras, estar-se-ia ainda no âmbito da protecção concedida pelo artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE.

## 7. Preencher, no plano do direito a constituir

Como foi visto, o TJCE remeteu para os Estados-membros a tarefa de regular o direito de oposição que entendeu estar consagrado na Directiva 77/187/CEE, indicando ser possível que este passe: *i)* por considerar rescindidos os contratos, opção que veio a ser seguida pelo direito britânico; *ii)* por considerar que a relação laboral se mantém com o cedente, o que já era contemplado pela jurisprudência alemã e veio a ser consagrado na legislação alemã; *iii)* por qualquer outra via que garanta a tutela deste direito de oposição tal como é configurado pelo TJCE, i.e., que o trabalhador tem a opção de não chegar a ter de trabalhar para o transmissário.

Como fundamento deste direito, o TJCE refere apenas que a imposição da transferência da relação laboral para o transmissário "*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.*" É decerto consensual a preocupação de não adoptar soluções legislativas que contemplem o *trabalho forçado*, que não corresponde ao estado actual de desenvolvimento das sociedades assentes no respeito pela dignidade da pessoa humana.

comunitário: a Directiva 77/187/CEE, in *Ab Uno Ad Omnes*, 75 anos da Coimbra Editora, 1998, p. 1342). Concorda-se com este entendimento, sendo no entanto de atribuir à jurisprudência, em primeira linha, a tarefa de desenvolver e consagrar os critérios e bordões procedimentais que permitam filiar, ou não, a modificação das condições de trabalho na transferência da empresa.

Mas em toda a relação contratual há que respeitar compromissos assumidos, pelo menos na medida que permita organizar e desenvolver actividades económicas complexas com um mínimo de previsibilidade. É fácil concordar com o argumento adiantado por JÚLIO GOMES no sentido de ser a transmissão do contrato de trabalho para o transmissário — ao fim e ao cabo um terceiro para a relação laboral — *sem hipótese de recusa* uma restrição injustificada da liberdade contratual do trabalhador<sup>(44)</sup>. Mas daqui não se segue, na nossa opinião, que a transmissão do estabelecimento ou empresa deva ser encarada, quanto às relações laborais que lhe estão funcionalmente ligadas, como um acto naturalmente agressivo da posição jurídica do trabalhador, e justificativo, de *per se*, da cessação da relação laboral. Nesta situação não podem também desconsiderar-se os direitos dos titulares da empresa e estabelecimento a transmitir, temporária ou definitivamente, a sua posição jurídica sobre esta, que corresponde, não o esqueçamos, ao exercício do direito constitucional à iniciativa económica<sup>(45)</sup>. Ora, seria desnecessário e até fastidioso discorrer aqui sobre a importância da transmissão do estabelecimento ou empresa para o comércio jurídico, que é por demais notória e evidente. Será que a ponderação dos interesses que subjazem a este conflito de direitos impõe a sublimação do vínculo do trabalhador à pessoa do empregador<sup>(46)</sup>, em termos tais que considerem ser a alteração desta pessoa causa justa e suficiente de resolução do contrato? Tornando incomensuravelmente mais difícil e gravosa para o titular do estabelecimento ou empresa a celebração de qualquer negócio jurídico sobre esta? Estamos em crer que esta ponderação de interesses impõe antes uma solução que permita o exercício, na maior medida possível, de todos os direitos aqui presentes, quer os dos trabalhadores, quer os dos titulares do estabelecimento ou

(44) Ponto 3 e Nota 17 supra.

(45) Neste sentido, e abordando especificamente a questão, BERNARDO LOBO XAVIER, "A Constituição Portuguesa como fonte de direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores", in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem a Manuel Alonso Olea, Almedina, Coimbra, 2004.

(46) Pessoa que, como se sabe, pode bem ser apenas jurídica, como tenderá a suceder na maioria dos casos.

empresa, que se crê não estarem aqui numa relação de mútua exclusão. De resto, a nossa lei não é, nem podia ser, alheia às necessidades de previsão e planeamento das empresas e empregadores: própria lei impõe sanções ao trabalhador que não respeite o prazo de aviso prévio de denúncia, equilibrando liberdade com responsabilidade, e garantindo quer a liberdade do trabalhador se desvincular, quer a do empregador em ter condições para dirigir a sua empresa e cumprir as suas obrigações, tendo um período mínimo para tomar medidas visando suprir a falta do trabalhador denunciante.

No tocante à transmissão de estabelecimento ou empresa, estamos em crer que, na maior parte dos casos, será indiferente para os trabalhadores a identidade do titular, pelo que se justifica plenamente a transmissão automática dos contratos como regime-regra, pois é a solução que mais protege os direitos dos trabalhadores na maioria das situações. Com efeito, sem esta transmissão automática dos contratos, os trabalhadores ficariam sujeitos ao arbítrio do cessionário no tocante às condições e mesmo à continuidade das suas relações laborais. Assim, entendemos que o direito de oposição deve ser visto como a excepção a este regime, disponível para situações em que o trabalhador pura e simplesmente não quer ter uma relação laboral com o cessionário, no uso da sua vontade livre e esclarecida.

Os autores que defendem um direito de oposição reconhecido em termos mais amplos, como JÚLIO GOMES, LIBERAL FERNANDES e RITA GARCIA PEREIRA, apontam-lhe também finalidades de protecção dos interesses colectivos dos trabalhadores, como meio mais eficaz de defesa contra certas manobras fraudulentas, que utilizariam o instituto da transmissão de estabelecimento com o intuito de prejudicar os trabalhadores, v.g. transmitindo a empresa ou estabelecimento para "testas de ferro" ou entidades inidóneas.

Julgamos, no entanto, que esta é uma finalidade que o direito de oposição não deve ter. Em primeiro lugar, a Directiva não o prevê, cingindo-se à defesa dos direitos fundamentais de cada trabalhador. Depois, porque a oposição não será a forma mais adequada de reagir contra suspeitas de comportamento fraudulento de transmitente e transmissário. Se existem essas suspeitas ou indícios

de se estar perante uma situação de abuso de direito, negócio em fraude à lei ou outra que acarrete a invalidade do negócio, o mais indicado será o recurso à tutela judicial, em sede comum ou cautelar, para reagir contra essa situação. Isto permitirá que um tribunal se pronuncie sobre os referidos indícios, determinando a invalidade da transmissão ou impedindo a sua verificação. Com a oposição, o negócio ocorre na mesma, apenas não se transmitindo as relações laborais dos oponentes, o que, convenhamos, deixa um pouco a desejar em termos de defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores. Ainda que concebendo que a oposição corresponderia à manutenção da relação com o cedente, o trabalhador, afastado do estabelecimento ou empresa à qual estava funcionalmente ligado, vendo-se num limbo de emprego sem trabalho, não teria razões para estar muito confiante na protecção que a oposição lhe dispensara. Haverá, aqui, que separar bem as águas, e não confundir a oposição individual dos trabalhadores à transmissão, decorrente dos seus direitos fundamentais, com a defesa de manobras fraudulentas envolvendo a transmissão.

O direito de oposição corresponde, assim, àquele espaço de ineliminável liberdade individual de trabalhar ou não para uma determinada entidade, física ou jurídica, que se substitui àquela que foi inicialmente aceite. O direito de oposição deve assim fazer parte do instituto juslaboral da transmissão de estabelecimento, como tutela da liberdade de um dos seus intervenientes, o trabalhador. A melhor veste para este direito seria, na nossa opinião, a previsão expressa de um período, até à data da transmissão, durante o qual o trabalhador poderia resolver unilateralmente o contrato, sem direito a indemnização, que coexistiria com a possibilidade de o trabalhador resolver o contrato com direito a indemnização, quando fizesse prova de modificações das condições de trabalho ocorridas em consequência da transmissão que o prejudicassem. Não somos da opinião que a mudança de entidade patronal justifique, sem mais, o direito do trabalhador a uma indemnização. Nesta matéria, importa ter presente que a realização de negócios relativos ao estabelecimento ou empresa corresponde não só a uma parte importante de toda a actividade económica como ao exercício da liberdade de iniciativa económica do respectivo titular, garantido pela Constituição da República Portuguesa. Como

referiu ORLANDO DE CARVALHO, "*a empresa é a ocasião, o lugar e o produto da decisão empresarial*"<sup>(47)</sup>. Pensamos que o direito de oposição deve ser enquadrado em termos que contendam o menos possível com a liberdade de realizar negócios sobre o estabelecimento ou empresa, sempre garantindo, no entanto, a liberdade do trabalhador de não vir a ter de trabalhar para um qualquer cessionário. Assim se permitirá, na medida correcta, a coexistência de direitos de trabalhador e de empresário.

Não nos parece que a concepção do direito de oposição que permite a continuidade do trabalhador oponente ao serviço do cedente seja aquela a seguir nesta matéria. Em primeiro lugar, porque criará, na maior parte das vezes em que o direito de oposição seja exercido, uma bizarra situação de empregados sem posto ou local de trabalho, e que conduzirá quase inevitavelmente à cessação dos respectivos contratos. Extinção essa a que caberá ainda a respectiva indemnização, nos termos gerais, quando o empregador se limitou a transmitir o estabelecimento ou empresa, tendo sido o trabalhador quem deu causa à cessação do contrato. Mas há ainda que considerar que a transmissão da empresa corresponde também à forma normal do empregador se desvincular da empresa. Com efeito, a lei não permite ao empregador que se desvincule da sua posição por simples acto de vontade. Quando já não encontra ânimo ou não vê futuro no negócio, ou necessita de realizar capital, o empregador recorre normalmente à alienação da empresa, realizando a mais-valia final que corresponde ao produto das suas decisões e gestão ao longo do tempo. É admissível que os trabalhadores não pretendam trabalhar para quem surge como seu sucessor, e até recebendo por isso uma indemnização, embora não se concorde com esta ideia particular, quando seja só por isso. Mas que os trabalhadores possam seguir o empregador mesmo quando este se desfaz daquilo que era a causa da sua relação, já não parece corresponder ao desígnio de garantir um espaço de liberdade pessoal ao trabalhador oponente, mas antes de restringir excessivamente a do empregador transmitente.

(47) "Empresa e Lógica empresarial", Coimbra, 1997, p. 14.



Pela importância prática desta questão, importaria que esta lacuna fosse preenchida pelo legislador com a maior brevidade, pois o actual estado de indefinição tem levado às maiores disparidades de entendimento, mesmo no seio do Supremo Tribunal de Justiça, tornando muito difícil o caminho que se procurou aqui trilhar.