

RIDT

ANO I / 2021 / Nº 1

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO



idt

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





idT

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



FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

Diretores

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora

Cláudia Madaleno

Secretária-Geral

Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta

Maria Leonor Ruivo

Propriedade

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

Morada IDT / Sede

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

Periodicidade

Semestral

Nº Registo ERC

127529

Conceção Gráfica e Paginação

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

Directors

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Assistant Director

Cláudia Madaleno

Secretary-General

Sara Leitão

Deputy Secretary-General

Maria Leonor Ruivo

Ownership

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

Address IDT / Head Office

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

Periodicity

Semiannual

ERC Registration No.

127529

Graphic Design and Pagination

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.



FRAGMENTAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NA TRANSMISSÃO DE EMPRESA OU ESTABELECIMENTO: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO ISS FACILITY SERVICES V. GOVAERTS E ATALIAN NV

FRAGMENTATION OF THE EMPLOYMENT AGREEMENT IN THE TRANSFER OF UNDERTAKING OR ESTABLISHMENT: COMMENTARY TO CASE ISS FACILITY SERVICES V. GOVAERTS AND ATALIAN NV

André Pestana Nascimento e Liliana Silveira de Freitas*

Sumário: 1. Introdução; 2. Os factos na origem do litígio e a questão submetida à apreciação do TJUE; 3. O nexo entre a Trabalhadora e a parte da empresa transferida - *conditio sine qua non*; 4. Decisão do TJUE; 5. Apreciação crítica; 5.1 Cisão do contrato: do tempo parcial ao prejuízo sério; 5.2 critérios de afetação; 5.3 (In)compatibilização dos deveres de lealdade e outras dificuldades práticas; 5.4 Ponderação de interesses entre os direitos do trabalhador e os interesses do adquirente; 6. Conclusão

Resumo:

A recente jurisprudência europeia em matéria de proteção do emprego na eventualidade de transmissão de empresa ou estabelecimento, vertida no caso *ISS Facility Services v. Govaerts*, abriu a porta à possibilidade de fragmentação do contrato de trabalho em caso de transmissão para mais do que um adquirente. O presente artigo debruça-se sobre as dúvidas suscitadas pela decisão adotada, procurando antever algumas implicações práticas da mesma, mormente à luz do ordenamento jurídico nacional.

* Advogados da Uría Menéndez Proença de Carvalho.

Abstract:

The recent case law on protection of employees on transfer of undertakings, determined by the case *ISS Facility Services v. Govaert*, has opened the door to the possibility of the fragmentation of the employment agreement in case of transfer of business to more than one transferee. The present article reflects on the doubts raised by the ECJ decision and seeks to foresee some of its practical implications, notably in light of the Portuguese labour legal framework.

1. Introdução

No passado dia 26 de março de 2020¹, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”)² produziu inovadora jurisprudência no quadro da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001 (doravante, “Diretiva”), relativa à aproximação 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, que, entre nós, se encontra transposta nos artigos 285.º *et seq.* do Código do Trabalho³.

¹ Acórdão do TJUE, 26.03.2020, Processo n.º C-344/18, *Iss Facility Services NV v. Govaerts e Atalian NV*, disponível em <https://curia.europa.eu>. Justamente o mesmo dia em que, em Portugal, era publicado o Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, que estabeleceu uma medida excepcional e temporária de proteção dos postos de trabalho, no âmbito da pandemia COVID-19 (comumente conhecido como regime do *lay-off* simplificado).

² No presente artigo, referir-nos-emos indistintamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia - que até à revisão do Tratado da União Europeia, operada pelo Tratado de Lisboa, era designado por Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias -, independentemente da sua designação à data de prolação dos acórdãos citados.

³ O regime constante dos artigos 285.º *et seq.* do Código do Trabalho foi recentemente alterado pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março. Sobre uma análise deste novo regime, em particular a consagração expressa de um direito de oposição dos trabalhadores *vide* PEDRO ROMANO MARTINEZ / PEDRO MADEIRA DE BRITO, ‘O novo regime da transmissão da unidade económica introduzidos pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março’, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 59, n.º 1-4, 2018, pp. 7-86; ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, ‘Alguns aspectos do novo regime

Este acórdão gera um conjunto de dúvidas relacionadas com o cumprimento dos desígnios que a própria Diretiva visa alcançar - mormente, a proteção dos direitos dos trabalhadores abrangidos pela transferência - e pode trazer relevantes consequências práticas para empregadores e trabalhadores.

Na decisão em apreço, o TJUE entendeu que “perante uma transferência de empresa que implique vários cessionários, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva (...), deve ser interpretado no sentido de que os direitos e as obrigações emergentes de um contrato de trabalho são transferidos para cada um dos cessionários⁴, na proporção das funções exercidas pelo trabalhador em causa, desde que a cisão do contrato de trabalho daí resultante seja possível e não implique uma deterioração das condições de trabalho nem afete a manutenção dos direitos dos trabalhadores garantida por esta diretiva” (destacados nossos).

Adiantou ainda o TJUE que, se essa fragmentação contratual for “impossível de realizar ou afetar os direitos do referido trabalhador,

jurídico-laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento’, *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53, Julho-Dezembro, 2019, pp. 7-41; JOÃO LEAL AMADO, ‘Transmissão da empresa e contrato de trabalho: algumas notas sobre o regime jurídico do direito de oposição’, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 147.º, n.º 147.º, pp. 290-300; DAVID FALCÃO / SÉRGIO TOMÁS: ‘Algumas notas sobre o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março’, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Volume 2018-I, 2018, pp. 105-116; DAVID CARVALHO MARTINS: ‘Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas’, *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol.2018 *Prontuário de Direito do Trabalho*, Volume 2018-I, 2018, pp. 117-158; MELANIE OLIVEIRA NEIVA SANTOS / SUSANA FERREIRA DOS SANTOS: ‘O (novo) direito de oposição em caso de transmissão de empresa ou estabelecimento’, *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53, Julho - Dezembro, 2018, pp. 65-87.

⁴ Os artigos 285.º e ss. do Código do Trabalho utilizam a expressão “transmitente” e “adquirente”, ao passo que a Diretiva se refere a “cedente” e “cessionário”. Neste trabalho, faremos indistintamente referência às expressões utilizadas em ambos os diplomas.

a eventual rescisão da relação de trabalho daí resultante seria considerada, por força do artigo 4.º da referida diretiva, como ocorrida devido ao ou aos cessionários, ainda que essa rescisão tivesse ocorrido por iniciativa do trabalhador” (destacados nossos).

Mas vejamos, em primeiro lugar, os factos que estiveram na origem do litígio que motivou o reenvio prejudicial para o TJUE, os fundamentos com que o órgão jurisdicional sustentou a sua posição e, por fim, as dúvidas e perplexidades que a decisão proposta nos suscita.

2. Os factos na origem do litígio e a questão submetida à apreciação do TJUE

A sociedade ISS Facility Services, entidade empregadora de Sonia Govaerts, prestava serviços de limpeza e manutenção em alguns edifícios pertencentes ao município de Gent, distribuídos por três lotes. Por sua vez, S. Govaerts era responsável pelos serviços administrativos e de coordenação dos serviços de limpeza dos três referidos lotes.

Na sequência de um concurso público, promovido em meados de 2013 pelo município de Gent, a ISS Facility Services perdeu a concessão dos aludidos serviços, tendo os mesmos passado a ser prestados pelas empresas Atalian (quanto aos Lotes 1 e 3) e Cleaning Masters (quanto ao Lote 2).

Atenta a circunstância de que S. Govaerts desempenhava, predominantemente, a sua atividade nos Lotes 1 e 3, a ISS Facility Services comunicou, quer à trabalhadora, quer à Atalian, que aquele

contrato de trabalho se havia transmitido *ope legis* para esta última entidade, por força das competentes disposições de direito belga aplicáveis⁵.

Considerando que a Atalian não aceitou essa transmissão, S. Govaerts intentou uma ação contra ambas as empresas (transmitente e adquirente), reclamando o pagamento de uma indemnização por incumprimento do prazo de aviso prévio devido em caso de despedimento e outros créditos laborais.

Em primeira instância, a ISS Facility Services veio a ser condenada pelo despedimento ilícito de S. Govaerts, com o fundamento de que os normativos invocados para a transmissão do contrato não seriam aplicáveis à relação de trabalho existente, já que esta prestava serviços administrativos e de coordenação e não de limpeza dos edifícios, não tendo, por isso, sido abrangida pelo fenómeno transmissivo da empresa. Concomitantemente, o tribunal considerou a ação contra a Atalian inadmissível.

Contudo, em sede de recurso, a ISS Facility Services sustentou, uma vez mais, que o contrato de S. Govaerts se encontrava efetivamente abrangido pela transferência da empresa, pelo que o respetivo vínculo laboral se tinha transmitido na sua totalidade para a Atalian, ou, a título subsidiário, em 85% para a Atalian e em 15% para a Cleaning Masters, entendimento que veio a ser acolhido pelo Tribunal Superior do Trabalho de Gent.

⁵ A convenção coletiva de trabalho n.º 32 *bis*, de 7 de junho de 1985, relativa à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de mudança de entidade patronal na sequência de uma transferência convencional de empresa e que regula os direitos dos trabalhadores integrados em caso de retoma do ativo após insolvência ou acordo judicial por cessão do ativo, sucessivamente alterada.

Neste contexto, e em sede de reenvio prejudicial, o órgão jurisdicional belga questionou o TJUE sobre o que sucede ao contrato de trabalho no caso de transmissão de empresa para mais do que um adquirente: deve apenas transmitir-se o contrato para o adquirente para o qual o trabalhador exerce as suas funções a título principal ou deve o contrato transmitir-se para os vários adquirentes, na proporção da afetação do trabalhador às unidades económicas que foram transmitidas? Ou deve antes considerar-se que, numa situação como a dos autos, ou quando não seja possível determinar a proporção da afetação do trabalhador a cada um dos estabelecimentos transferidos, o contrato não se transfere para qualquer um dos adquirentes?

Sabendo-se que o Tribunal de Justiça privilegiou a segunda das três alternativas apresentadas pelo tribunal belga - a da possibilidade de transmissão do contrato para vários adquirentes - em detrimento das demais, percorramos os fundamentos que presidiram à adoção da decisão.

3. O nexu entre a trabalhadora e a parte da empresa transferida - *conditio sine qua non*

Em primeiro lugar, vale a pena debruçarmo-nos sobre as conclusões apresentadas pelo Advogado Geral, Maciej Szpunar, que permitem uma melhor compreensão do *iter* prévio à decisão alcançada. Considerou o Advogado Geral que a trabalhadora foi efetivamente abrangida pela transferência, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva, de acordo com o qual “é considerada

transferência, (...) a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objetivo de prosseguir uma atividade económica, seja ela essencial ou acessória”.

Esclareça-se, a este respeito, que a noção de transferência acolhida pela Diretiva é bastante *flexível* ou ampla, abrangendo, de acordo com a jurisprudência consolidada do TJUE, “todas as hipóteses de mudança, no âmbito de relações contratuais, da pessoa singular ou coletiva responsável pela exploração da empresa, que contrai obrigações de entidade patronal perante os empregados da empresa”⁶ (destacados nossos).

Por outras palavras, esta aceção “prescinde da continuidade contratual (i.e., de um negócio translativo) entre transmitente e adquirente, bastando-se com a verificação de que a unidade económica detida ou explorada pelo primeiro «mantém a sua identidade» na esfera do segundo - como tipicamente sucede nas situações de reversão da exploração para o cedente e de cessões de exploração a sucessivos cessionários a que se aplica”⁷.

Tendo isto por assente, e embora seja matéria que cumpra ao órgão nacional decidir (*in casu*, o Tribunal Superior de Trabalho de Gent), como salienta o Advogado Geral, a própria trabalhadora entendia que não deveria considerar-se afeta à transferência do(s)

⁶ V. o Acórdão do TJUE, 07.03.1996, Processo n.º C-171/94 e C-172/94, *Merckx-Neuhuys v. Ford Motors Company*, pt. 28, e, ainda, o recente Acórdão do mesmo tribunal, 19.10.2017, *Securitas - Serviços e Tecnologia de Segurança v. ICTS Portugal - Consultadoria de Aviação Comercial*, pt. 23, disponíveis em <https://curia.europa.eu>.

⁷ V. anotação de JOANA VASCONCELOS ao artigo 285.º do Código do Trabalho, em PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, Código do Trabalho. Anotado, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 676-677.

estabelecimento(s), já que, sendo trabalhadora dos serviços administrativos da empresa não estava “permanente e especificamente afeta a um ou vários dos serviços transferidos, [donde] não fazia parte da entidade económica que foi objeto de uma transferência de empresa” (cf. ponto 47 das Conclusões).

A este respeito, o Advogado Geral recorda que o critério decisivo para que se considere se há ou não transferência no sentido da Diretiva “é o de saber se a entidade em questão mantém a sua identidade, o que resulta, nomeadamente, do prosseguimento efetivo da exploração ou da sua retoma”, devendo tomar-se em consideração o já conhecido método indiciário adotado pelo TJUE⁸, trazendo outrossim à colação os ensinamentos do Acórdão Süzen⁹. Neste aresto, o TJUE decidiu que “na medida em que, em certos sectores nos quais a atividade assenta essencialmente na mão-de-obra” - como é o caso dos serviços de limpeza -, o “conjunto de trabalhadores que executa de forma durável uma atividade comum

⁸ Como resulta dos múltiplos acórdãos do TJUE sobre a matéria, v., por todos, o fundador acórdão *SPJKERS*, no qual o Tribunal ensaiou a seguinte proposição: “para determinar se estas condições estão reunidas, convirá tomar em consideração o conjunto de circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais figuram, designadamente, 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 da duração de uma eventual suspensão destas actividades. Convirá, todavia, precisar que todos estes elementos não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente” - Acórdão do TJUE, 18.03.1986, Processo n.º 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gehroeders Benedik Ahattoir CV* e o, pt. 13, disponível em <https://curia.europa.eu>.

⁹ Acórdão do TJUE, 11.03.1997, Processo n.º C-13/95, *Ayse Süzen v. Zehacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhauservice*, disponível em <https://curia.europa.eu>.

pode corresponder a uma entidade económica, [pelo que] é forçoso admitir que essa entidade é suscetível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limita a prosseguir a actividade em causa, mas também retoma uma parte essencial, em termos de número e de competências, dos efectivos que o seu predecessor afectava especialmente a essa missão”¹⁰.

Ora, no caso vertente, S. Govaerts coordenava o setor da empresa relativo aos três lotes que foram objeto de transmissão, fazendo, por isso, parte do grupo autónomo de trabalhadores transferidos.

Por conseguinte, o Advogado Geral veio a concordar com a interpretação do órgão jurisdicional belga, advertindo, contudo, que diferente seria a conclusão caso a trabalhadora “não tivesse realizado a maioria das suas atividades no quadro da entidade económica em questão, mas «tivesse sido colocada num serviço administrativo da empresa que não tivesse sido transferido e tivesse realizado certas tarefas em benefício da parte transferida»”¹¹ (sublinhado nosso).

Para tal, o Advogado Geral socorre-se do entendimento preconizado no Acórdão Botzen¹², onde se dilucidava se se encontravam abrangidos pela transferência os trabalhadores que *não pertencessem à parte transferida da empresa*, mas que “exerciam

¹⁰ V. pt. 21 do Acórdão Süzen, cit.

¹¹ Pt. 54 das Conclusões do Advogado-Geral, MACIEJ SZPUNAR, de 26.11.2019, Processo n.º C-344/18, disponível em <https://curia.europa.eu>.

¹² Acórdão do TJUE, 07.02.1985, Processo n.º 186/83, *Arie Botzen e o. v Rotterdamsche Droogdok Maatschppij BV*, disponível, na versão inglesa, em <https://curia.europa.eu>.

certas atividades que implicavam a utilização e meios de produção ligadas à parte transferida daquela ou que, estando ligados a um serviço administrativo da empresa que não tinha sido transferido, executavam certas tarefas em benefício da parte transferida”¹³ (destacados nossos), concluindo o TJUE que tais contratos de trabalho não eram transferidos para o cessionário.

Com efeito, nesse processo, valendo-se do critério segundo o qual “a relação de trabalho é caracterizada essencialmente pelo nexo que existe entre o trabalhador e a parte da empresa ou do estabelecimento à qual aquele está afeto para desempenhar as suas funções”, o TJUE concluiu pela não aplicação da Diretiva a tais trabalhadores, por não se encontrarem adstritos à parte da empresa transferida, ainda que com a sua atividade beneficiassem essa mesma parte transferida¹⁴.

Donde, *mutatis mutandis*, conclui o Advogado Geral que encontrando-se estabelecido o *nexo* entre a trabalhadora S. Govaerts e a parte da empresa transferida (contrariamente ao que sucedia no Acórdão Botzen), há lugar à transmissão *ipso iure* do respetivo contrato de trabalho, sendo irrelevante, para efeitos de aplicação da Diretiva, que tal transferência tenha ocorrido para mais do que um adquirente.

Aliás, no recente Acórdão Piscarreta Ricardo (reenviado por um tribunal português), o TJUE já se havia pronunciado no sentido de que a Diretiva contempla situações em que a entidade económica é

¹³ Tradução retirada do pt. 66 das Conclusões do Advogado-Geral, cit.

¹⁴ Como é bom de ver, as soluções encontradas num e noutro caso deixam bem patentes as dificuldades relacionadas com a delimitação da afetação funcional dos trabalhadores dos serviços centrais e administrativos.

parcialmente transmitida para duas entidades. Efetivamente, e embora neste caso não tenha sido abordada a questão da afetação do trabalhador às entidades adquirentes, foi decidido pelo TJUE que a Diretiva abrange “uma situação em que uma empresa municipal, cujo único acionista é um município, é dissolvida por decisão do órgão executivo desse município, e cujas atividades são parcialmente transferidas para esse município, para serem exercidas diretamente por este último, e parcialmente para outra empresa municipal reconstituída para esse fim, da qual o mesmo município é igualmente o único acionista, desde que a identidade da empresa em causa seja mantida após a transferência, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar”¹⁵ (apócrifos nossos).

4. Decisão do TJUE

Aqui chegados, e ultrapassadas as questões de saber se (i) a trabalhadora havia sido abrangida pela transferência da unidade económica e (ii) a circunstância de essa unidade económica ter sido transferida para mais do que um adquirente obstava à aplicação da Diretiva (cujo entendimento preconizado pelo TJUE vai ao encontro das conclusões apresentadas pelo Advogado Geral, *supra* citadas), entendemos que o TJUE assentou a sua decisão em três proposições fundamentais:

– A primeira, recorda o TJUE, é a de que não se pode perder de vista que a Diretiva, conforme versado no seu Considerando 3.º, visa

¹⁵ Acórdão do TJUE, 20.07.2017, Processo n.º C-416/16, *Piscarreta Ricardo v. Portimão Urbis e outros.*, disponível em <https://curia.europa.eu>.

“assegurar a manutenção dos direitos de trabalhadores em caso de mudança de empresário, permitindo-lhes ficar ao serviço da nova entidade patronal nas mesmas condições que as acordadas com o cedente (...) a fim de impedir que os trabalhadores em causa sejam colocados numa posição menos favorável apenas por causa dessa transferência”.

– A segunda, a de que a Diretiva não pode, do mesmo passo, ser invocada “para obter uma melhoria das condições de remuneração ou de outras condições de trabalho”.

– Por fim, a Diretiva não tem apenas por objetivo salvaguardar os interesses dos trabalhadores, mas “pretende assegurar um justo equilíbrio entre os interesses destes últimos, por um lado, e os do cessionário, por outro”, o que decorre da jurisprudência firmada nos acórdãos Werhof e Alemo-Herron¹⁶.

Partindo destas premissas, o TJUE afastou preliminarmente a última hipótese aventada pelo tribunal Belga - a da desaplicação da Diretiva num caso como o dos autos -, pois tal solução, *in casu*, impediria o primeiro dos objetivos visados por aquele instrumento, isto é, o da manutenção do posto de trabalho.

Por sua vez, considera o Tribunal não poder também colher a tese segundo a qual o contrato se transmitiria para o adquirente a que a trabalhadora se encontrava preponderantemente afeta, já que isso equivaleria a “abstrair-se dos interesses do cessionário, que vê transferir-se para ele os direitos e as obrigações de um contrato a

¹⁶ Acórdão do TJUE, 09.03.2006, Processo n.º C-499/04, *Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*, e Acórdão do TJUE, 18.07.2013, Processo n.º C-426/11, *Mark Alemo-Herron e o. v. Parkwood Leisure Ltd*, disponíveis em <https://curia.europa.eu>.

tempo inteiro, sendo que o trabalhador em causa apenas exerce as funções para ele a tempo parcial”.

Neste particular, tenha-se presente que o artigo 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva impede os Estados-Membros de excluírem do âmbito de aplicação os contratos de trabalho ou relações de trabalho exclusivamente por motivo do número de horas de trabalho prestadas ou a prestar.

Vale dizer, de acordo com o entendimento sufragado pelo Tribunal, a *cisão* ou *fragmentação* do contrato de trabalho não é impedida, justamente, por força do comando normativo *supra* aludido.

Por sua vez, partindo do princípio de que a transferência para os vários adquirentes é *possível*, o TJUE não é taxativo no que diz respeito ao critério de afetação a observar, relegando para o órgão nacional de reenvio a responsabilidade de discernir as “modalidades de uma eventual partilha do contrato”. De todo o modo, avança com a possibilidade de poder ser tomado em consideração quer o valor económico dos lotes a que a trabalhadora está afeta quer, alternativamente, o tempo de trabalho que consagra efetivamente a cada lote.

Por fim, a par das considerações tecidas pelo Advogado Geral, determina o TJUE que “incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio ter em conta as implicações práticas desta *cisão* do contrato de trabalho à luz dos objetivos prosseguidos pela Diretiva”, reforçando que esta “não pode ser invocada para deteriorar as condições de trabalho do trabalhador afetado por uma transferência de empresa”.

Nesse contexto, remata o Tribunal, “se a cisão do contrato de trabalho se revelar impossível ou implicar uma deterioração das condições de trabalho e dos direitos do trabalhador garantidos pela Diretiva 2001/23, esse contrato pode ser rescindido, devendo considerar-se, por força do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2001/23, que a rescisão ocorreu devido ao ou aos cessionários, ainda que esta rescisão tenha ocorrido por iniciativa do trabalhador”.

5. Apreciação crítica

5.1. Cisão do contrato: do tempo parcial ao prejuízo sério

A posição plasmada pelo TJUE no acórdão *sub judice*, longe de colocar um ponto final na *vexata quaestio* do destino a dar aos contratos de trabalho em caso de transferência de empresa para múltiplos adquirentes, suscita-nos dúvidas de monta no que respeita ao efetivo prosseguimento dos objetivos definidos pela Diretiva, quando confrontados com as consequências práticas emergentes da solução adotada.

Em primeiro lugar, se a decisão aparenta ancorar-se nos princípios ou objetivos propugnados pela Diretiva, tais como a proteção dos direitos dos trabalhadores, não é líquido que a jurisprudência ora firmada tenha contribuído para cumprir esse desiderato no caso vertente e, ainda que assim não se entenda, que possa ter esse alcance em situações semelhantes. Com efeito, temos dúvidas de que a solução encontrada permita encontrar um critério norteador de interpretação da lei, valendo, nesta sede, as palavras

de Monteiro Fernandes: “[n]outros pontos, porém, as decisões do TJUE - sempre norteadas pela preocupação de garantir os fins da diretiva - derivam para a petição de princípio e perdem, com isso, aptidão regulatória efetiva”¹⁷.

Tenha-se presente que a mesma questão de que ora curamos já havia merecido reflexão por parte de Júlio Gomes, referindo este Autor que “uma outra questão, cuja solução não se afigura fácil é a que respeita à identificação dos trabalhadores abrangidos pela transferência de uma empresa ou estabelecimento. O problema coloca-se sobretudo quanto a trabalhadores que realizam a sua prestação de trabalho tanto naquela como noutras partes do estabelecimento ou empresa, bem como, de trabalhadores de serviços centrais ou que realizam funções que beneficiam indistintamente as várias partes de uma empresa ou estabelecimento. Não podemos deixar de manifestar o nosso ceticismo quanto a certas soluções que foram ensaiadas como, por exemplo a imposição de contratos de trabalho a tempo parcial (...) É, no mínimo, duvidoso que esta transmissão parcial do contrato de trabalho proteja eficazmente o trabalhador”¹⁸ (apócrifos nossos).

¹⁷ ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, Alguns aspectos do novo regime, cit, p. 27.

¹⁸ O Autor referia-se, em particular ao aresto emanado pela Cour de Cassation, no âmbito de um litígio no qual se discutia o destino a dar ao contrato de diretora de serviços jurídicos da sociedade “Sonauto”, que se dedicava à distribuição de veículos de várias marcas, no contexto em que uma delas retomou a distribuição dos seus próprios veículos. Dedicando a trabalhadora 40% da sua atividade a tal marca, o tribunal francês considerou que o seu contrato se havia transmitido parcialmente para esta empresa - V. JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 819-820.

A pertinência desta crítica, volvida mais de uma década, ressalta da circunstância de, no processo *ISS Facility Services v. Govaerts* sob análise, a trabalhadora ter sustentado, a título principal, não ter sido abrangida pela transmissão ou, a título subsidiário, que tendo-o sido, apenas se encontraria afeta a uma das adquirentes, a Atalian, justamente aquela que ganhou a concessão dos Lotes 1 e 3, onde a S. Govaerts desempenhava, predominantemente, a sua atividade. Numa palavra, a trabalhadora deverá ter entendido, como Júlio Gomes, que “difícilmente se pode pretender que um contrato de trabalho a tempo completo equivale a dois contratos a tempo parcial”¹⁹.

Em segundo lugar, cabe questionar se a solução encontrada teria sido a mesma se, contrariamente ao sucedido, a ISS Facility Services não tivesse perdido a concessão de exploração dos três lotes, mas apenas de um, nomeadamente aquele a que a trabalhadora apenas dedicava 15% da atividade prestada. Nesse caso, considerar-se-ia, à luz da Diretiva, que o contrato de trabalho se deveria fragmentar em dois ou, pelo contrário, manter-se-ia a unicidade do contrato de trabalho na esfera do empregador originário?

Por outras palavras, também nesse cenário - de transmissão de uma parte da empresa a que o trabalhador se encontrava minoritariamente afeto - teria o TJUE considerado que a cisão do contrato iria ao encontro dos objetivos fixados na Diretiva? Em caso afirmativo, um trabalhador colocado nessa situação poderá ver o seu

¹⁹ Debruçando-se, *en passant*, sobre o mesmo tema mas no âmbito de um outro estudo, v. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, ‘Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho’, *Questões Laborais*, Ano XV, n.º 32 - Julho/Dezembro, 2008, p. 149.

contrato, originariamente a tempo completo, fracionar-se paulatinamente, tantas as vezes quantas o empregador for alienando partes dos seus negócios²⁰, na medida em que tal transferência se revele *possível*. E, por outro prisma, ainda que se entenda que essa transferência contende com a manutenção dos direitos do trabalhador e este resolva o contrato a tempo parcial com o adquirente, ou com os sucessivos adquirentes, na linha do consignado no acórdão, tal não afetará o contrato com o transmitente com o qual conserva ainda um vínculo, mas agora a tempo parcial.

Não olvidamos as desvantagens que a solução oposta poderia encerrar na esfera do trabalhador, nomeadamente as apontadas por Júlio Gomes na reflexão que seguimos de perto, onde se pode ler que o “lado negativo da solução proposta é o de que os trabalhadores dos serviços centrais ou administrativos que, de acordo com esse raciocínio não estão especialmente afetados a uma ou outra parte da empresa, podem vê-la desaparecer por «segmentos» sem nunca terem a possibilidade de acompanhar as partes cedidas: com a previsível consequência de que ficarão a fazer parte de um corpo sobredimensionado para a realidade da entidade económica que restar depois de sucessivas transmissões de partes desta”²¹.

Por sua vez, e regressando à decisão *sub judice*, poderíamos ser tentados a concluir que, à luz da legislação portuguesa, a posição do trabalhador encontrar-se-ia acautelada por força do direito de oposição ou do direito a resolver o contrato de trabalho com o

²⁰ Ou, no caso de transferências indiretas, sempre que as diversas unidades económicas a que o trabalhador se encontrar afeto forem transferidas para terceiros adquirentes.

²¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 820.

adquirente, expressamente reconhecidos na lei por força das alterações introduzidas ao Código do Trabalho pela Lei n.º 14/2018, de 26 de março²².

Contudo, também neste domínio, têm-se suscitado algumas dúvidas sobre o verdadeiro alcance do direito de oposição, que, porém, não cuidaremos de desenvolver no presente trabalho²³.

Em todo o caso, como aponta Palma Ramalho, o conceito de prejuízo sério na aceção da nova lei “não se reporta à vida pessoal

²² Dispõe o novo artigo 286.º-A do Código do Trabalho que “o trabalhador pode exercer o direito de oposição à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho em caso de transmissão (...), quando aquela possa causar-lhe prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou, ainda, se a política de organização do trabalho deste não lhe merecer confiança”. Por seu turno, o direito a resolver o contrato, também com fundamento em prejuízo sério resultante da transmissão do contrato de trabalho para o adquirente decorre do artigo 394.º, n.º 3, al. d) do Código do Trabalho.

²³ Os trabalhos doutrinários produzidos desde a entrada em vigor da mencionada lei têm-se dividido entre aqueles que consideram existir dois diversos e independentes fundamentos (um de cariz objetivo - prejuízo sério - e outro de cariz subjetivo - o juízo de valor do trabalhador sobre a confiança que a política de organização de trabalho do adquirente lhe possa merecer) que o trabalhador poderá invocar indistintamente para recusar a transferência e os que entendem que ambas as hipóteses constituem um afloramento do requisito material de fundo - a existência de prejuízo sério - de que depende o exercício do direito de oposição. Fazendo uma resenha da doutrina que se pronunciou neste último sentido, e manifestando-se contra esta mesma corrente, v. JOÃO LEAL AMADO, ‘Transmissão de unidade económica e dos contratos de trabalho: oposição *ma non troppo?*’, *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53 Julho-Dezembro, 2019, pp. 58 e ss. Em 07.05.2020, foi proferido acórdão pelo Tribunal da Relação de Guimarães (ANTERO VEIGA), no âmbito do Processo n.º 5670/18.0T8BRG-A.G1, contra o carácter subjetivo deste direito. Com efeito, refere aquele tribunal que “[q]uanto à falta de confiança na política de organização de trabalho, [o trabalhador] deve invocar e demonstrar factos de que possa resultar num critério objetivo e razoável, tendo em conta a perspectiva de um trabalhador médio (...), a não confiabilidade da política de organização de trabalho da adquirente. Não se trata, pois, no que tange à confiança, como invoca o recorrente, de algo na livre disponibilidade do trabalhador, de algo que não pode ser contestado, de algo dependente do puro arbítrio do trabalhador, sem possibilidade de contraprova. Se assim o tivesse pretendido a lei, bastava conceder ao trabalhador o direito de rescindir pelo simples facto da transmissão, o que não acontece”.

ou familiar do trabalhador (como sucede, por exemplo, no caso da transferência de local de trabalho - art. 194.º), mas sim à situação financeira ou económica do adquirente da unidade económica e aos eventuais efeitos prejudiciais que essa situação possa vir a ter para o trabalhador no futuro. (...) [F]ica a dúvida de saber se, no caso de a transmissão do contrato causar, de facto, um prejuízo sério à vida pessoal ou familiar do trabalhador (ou seja, um prejuízo sério no sentido tradicional do termo, usado pelo art. 194.º), esse prejuízo sério também poderá sustentar o direito de oposição do trabalhador” (destacados nossos)²⁴. Admitimos, perante a interpretação aduzida pelo TJUE no caso em apreço, que esta possa vir a ser a interpretação dos tribunais nacionais, pelo menos no que às resoluções fundadas na *cisão* do contrato de trabalho diz respeito²⁵.

5.2. Critérios de afetação

Já no que tange aos critérios de afetação dos trabalhadores, consideramos outrossim que se podem suscitar diversas dificuldades

²⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 694.

²⁵ O que permitiria a um trabalhador colocado nesta situação exercer o direito de oposição ou, já na esfera do cessionário, o direito de resolução, com fundamento, por exemplo, em prejuízo sério resultante da dificuldade em observar os novos horários de trabalho devido às deslocações entre empregos, em conciliar a vida pessoal com a vida profissional, etc. Aliás, no que aos horários de trabalho diz respeito, e considerando que o contato de trabalho originário se fragmenta em vários vínculos, cabe perguntar como é que os empregadores e trabalhador coordenam a definição dos diferentes horários, sendo certo que na maior parte dos casos, como já referimos, estas situações terão maior tendência para ocorrer no quadro de transferências indiretas, onde os empregadores não estão sequer relacionadas contratualmente.

práticas. Recorde-se que o TJUE sugeriu que o mesmo poderia resolver-se por referência ao valor económico dos lotes ou ao tempo efetivamente dedicado pelo trabalhador à unidade económica transferida.

Em primeiro lugar, ressalve-se que da leitura da decisão não é claro o que se deva entender por “valor económico dos lotes”. Se o valor económico se reportar ao valor dos imóveis aos quais a trabalhadora se encontrava afeta, parece-nos que o critério não deverá proceder, pois se, por absurdo, o valor dos lotes for materialmente discrepante, v.g., em razão da sua localização mais ou menos próxima do centro da cidade, a sorte do contrato de trabalho ficará dependente de razões totalmente externas ao trabalhador e ao próprio exercício das funções²⁶. Se, por outra banda, por valor económico se considerar o preço pago pelo município pelos serviços de limpeza de cada lote, o qual pode ser efetivamente diferente em razão das especificidades do serviço a prestar, o problema já se coloca sob outro prisma, podendo a repartição do contrato - *rectius*, das responsabilidades remuneratórias - em função do tempo dedicado não se ajustar à prestação em causa. Considere-se a situação em que determinado trabalhador presta a sua atividade numa mesma empresa, mas em dois segmentos de negócio distintos, distribuindo equitativamente o seu tempo por ambos, existindo, no entanto, uma assinalável diferença ao nível do valor acrescentado gerado por uma e outra atividade, que se reflete necessariamente no salário do trabalhador.

²⁶ O mesmo vale para outros critérios como o centro de imputação dos custos do trabalhador, que pode obedecer única e exclusivamente a uma lógica contabilística interna.

Ora, se os serviços forem externalizados e o contrato cindido na proporção do tempo dedicado a cada atividade, repartindo-se equitativamente as responsabilidades pela retribuição do trabalhador entre os dois adquirentes, o adquirente do serviço com menor valor acrescentado ver-se-á na obrigação de suportar metade de um salário que, em rigor, se encontra incrementado em função da outra atividade anteriormente prestada pelo trabalhador, do passo que o segundo adquirente sairá beneficiado.

De todo o modo, entendemos que, na generalidade dos casos, a divisão do contrato em função do tempo dedicado à atividade prestada corresponderá ao critério mais objetivo e relevante²⁷.

5.3. (In)compatibilização dos deveres de lealdade e outras dificuldades práticas

Na perspetiva dos empregadores, colocam-se inúmeras dúvidas quanto à exequibilidade prática desta solução, designadamente no que respeita à articulação do dever de o trabalhador guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios, perante os novos empregadores.

Não se vê, por exemplo, como poderá um diretor de vendas que, à luz desta jurisprudência do TJUE, veja o seu contrato transferido para duas ou mais empresas concorrentes (por força da transmissão

²⁷ Sem prejuízo de, em determinados casos, dever ser analisado em conjunto com outros critérios que se afigurem igualmente relevantes e objetivos.

de duas ou mais unidades económicas dentro do departamento de vendas), exercer as suas atividades em cumprimento dos deveres de lealdade, num contexto em que terá inevitavelmente acesso a informação sensível suscetível de beneficiar (ou prejudicar) qualquer uma das suas demais entidades empregadoras. Como facilmente se depreende, a questão será ainda mais delicada quanto a determinadas posições altamente qualificadas e técnicas (v.g., engenheiros, consultores jurídicos e financeiros, entre outros) em setores marcados pela existência de concursos (públicos ou privados) para a prestação dos serviços a que a empresa se dedica.

Servem os exemplos que antecedem para ilustrar as dificuldades práticas que esta solução poderá trazer, sublinhando-se que o acórdão *sub judice* fará, naturalmente, sentir o seu maior impacto nas transmissões indiretas, i.e., naquelas em que transmitente e adquirente não têm qualquer relação contratual entre si e, por isso, o destino dos contratos escapa *in totum* à vontade das partes, como sucedeu no caso em apreço.

Subsiste, em todo o caso, a questão de saber se esta jurisprudência se aplicará aos trabalhadores dos serviços centrais, aqueles que ocupem funções transversais na empresa cedente, beneficiando as suas várias partes, sem se encontrarem especialmente afetos a qualquer uma destas (pense-se, a título de exemplo, num diretor financeiro ou num trabalhador do departamento de recursos humanos). Como atrás mencionado, o Advogado-Geral, invocando a antiga jurisprudência Botzen, deixou antever que a resposta encontrada poderia ser diferente nesses casos, ou seja, que os contratos de trabalho não se transmitiriam

para o(s) cessionário(s). Mas seria esta mesma conclusão válida se o cedente alienasse todos os seus ativos e deixasse, por esse facto, de existir? Dito de outro modo: numa situação em que o cedente transmita todos os seus ativos, deve privilegiar-se o carácter formal do *nexo* estabelecido entre trabalhador e parte transmitida, ou deve procurar-se um critério de afetação dos trabalhadores que não se encontravam afetos a qualquer das unidades de negócio, tendo em vista a manutenção dos seus postos de trabalho (recorde-se, o desiderato último da diretiva)? A nosso ver, a jurisprudência firmada (ainda) não oferece resposta a esta questão.

A cisão do contrato levanta, ainda, a questão de saber de que forma se repartirá a responsabilidade pela retribuição e, em particular, pelas prestações em espécie, os designados *fringe benefits*, como sejam a atribuição de veículos, telemóvel, seguros de vida e de saúde, quilómetros, entre outros²⁸. É certo que as dificuldades apontadas não são exclusivas da transmissão em que

²⁸ V., JULIO MANUEL VIEIRA GOMES: Direito do Trabalho, cit., p. 829. O Autor evidencia que a manutenção dos direitos dos trabalhadores “nem sempre é possível, pelo menos *in natura*, colocando-se a questão da sua substituição por equivalente económico: para dar um exemplo, uma companhia aérea pode proporcionar aos seus trabalhadores um certo número de milhas ou de viagens gratuitas, mas se uma parte do seu pessoal de terra passa para uma outra sociedade de prestação de serviços no âmbito de um processo de externalização e se pode afirmar, no caso concreto, a existência de uma transmissão, será praticamente impossível ao cessionário manter essa regalia, pelo menos *in natura*, já que o encargo económico para o cessionário poderia ser completamente distinto e muito maior”. Também debruçando-se sobre a questão, MILENA SILVA ROUXINOL, ‘XIX. Transmissão de unidade económica’, in *Direito do trabalho. Relação individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 869 e 870. A Autora refere que “[e]ste problema assume particular sensibilidade, não só por contender com o imperativo genérico de conservação das condições contratuais, como, muito facilmente, com o princípio da irredutibilidade da retribuição, a respeito de componentes da retribuição em espécie”.

haja lugar à cisão do contrato, mas não é difícil antever que neste plano se farão sentir ainda com maior acuidade.

Com efeito, existem benefícios cuja própria razão de ser dificilmente se compadece com a sua divisibilidade - como a utilização pessoal de viatura de serviço, ginásio ou da creche, ou a atribuição de seguro de saúde.

Uma vez mais, estas dúvidas colocar-se-ão sobretudo naqueles casos em que a transmissão (de parte) do contrato operará independentemente da existência de uma negociação prévia entre as partes.

Por fim, voltando ao caso em apreço, cremos que a decisão do TJUE, ao determinar que “a eventual rescisão da relação de trabalho daí resultante seria considerada, por força do artigo 4.º da referida diretiva, como ocorrida devido ao ou aos cessionários”²⁹, não esclarece se o trabalhador também teria possibilidade de resolver o contrato de trabalho perante o cedente, caso o vínculo entabulado entre as partes, agora em regime de tempo parcial, tivesse subsistido - note-se que, no caso vertente, o contrato de trabalho de S. Govaerts transmitiu-se na sua totalidade para dois adquirentes, o que poderia não ter sucedido se, por hipótese, a ISS Facility Services tivesse ganho o concurso na parte relativa a algum dos lotes.

Ora, o artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva, de acordo com o qual “se o contrato de trabalho ou a relação de trabalho for rescindido pelo facto de a transferência implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da

²⁹ Cf. pt. 38 do Acórdão *ISS Facility Services v. Govaerts*, cit.

responsabilidade da entidade patronal”, não foi decerto pensado para este tipo de situações. Fica, assim, por responder se, em consequência da cisão do seu contrato original, o trabalhador apenas tem direito a resolver os vínculos que são criados com os cessionários ou se pode utilizar esta mesma jurisprudência para resolver o contrato que subsista com o cedente, mas em cuja manutenção tenha perdido o interesse por se tratar, agora, de um contrato a tempo parcial³⁰.

5.4. Ponderação de interesses entre os direitos do trabalhador e os interesses do adquirente

Como alertámos, estas situações de pluriemprego superveniente, advenientes da aplicação da Diretiva, poderão, em última instância, implicar a integração de trabalhadores no quadro de empresas concorrentes - o que, recorde-se, seria à partida vedado ao trabalhador por via da imposição do dever de lealdade e de não concorrência na pendência do contrato, conforme decorre do artigo 128.º, n.º 1, al. f) do Código do Trabalho.

Esta solução comporta, por conseguinte, uma (acrescida) compressão da liberdade de gestão empresarial (refração do princípio da liberdade de iniciativa privada, consignado no artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa)³¹. Ora, se o tema poderá

³⁰ E, se a resposta for afirmativa, se também se deve considerar que essa resolução é da responsabilidade do cedente, que pode ter-se limitado a perder uma concessão, sendo-lhe, por isso, completamente alheia a cisão do contrato do trabalhador.

³¹ Sobre as várias dimensões da liberdade de iniciativa privada, v. anotação III ao artigo 61.º, J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República*

não suscitar especiais reservas na maior parte dos casos, o mesmo não sucederá quando possam estar em causa legítimos interesses de conservação de segredos de negócio por parte dos empregadores, nomeadamente porque os trabalhadores cujos contratos são fracionados ocupam posições chave e tiveram acesso a informação sensível ou confidencial relevante.

Nessa medida, questiona-se se a consideração aduzida pelo TJUE de que, não obstante a preponderância da proteção dos interesses dos trabalhadores, as decisões alcançadas devem procurar um justo equilíbrio entre os interesses destes e os dos adquirentes, também se aplicará nesta sede e em que medida. A resposta não se afigura fácil.

Por um lado, por força do princípio do primado, o direito da União deve prevalecer sobre as normas jurídicas nacionais, independentemente da sua natureza - aqui se incluindo as constitucionais -, conforme entendimento firmado no acórdão *Costa v. Enel*, de 15 de julho de 1964³².

Aliás, como foi recentemente afirmado pelo TJUE, a propósito da dialética entre a Diretiva e as normas nacionais, *maxime* o artigo 47.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, “os Estados-Membros transferiram as suas competências para a União, (...) em matéria de manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresa”, donde não pode resultar para estes uma

Portuguesa Anotada, Volume I - Artigos 1.º a 107.º, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

³² Acórdão do TJUE, 15.07.1964, Processo n.º 6/64, *Faminio Costa v. Enel*, disponível em <https://curia.europa.eu>.

privação da “proteção que lhe[s] confere o direito da União em vigor nesse domínio”³³.

No plano interno, e estribando-se no entendimento sufragado no acórdão *Correia Moreira* (citado no parágrafo anterior), veio também o Supremo Tribunal de Justiça dirimir quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de invocação de preceitos constitucionais para o afastamento da Diretiva³⁴.

³³ Acórdão do TJUE, 13.07.2019, Processo n.º C-317/18, *Cátia Correia Moreira v. Município de Portimão*, disponível em <https://curia.europa.eu>. Neste caso, a trabalhadora havia sido contratada pela Portimão Urbis ao abrigo de um contrato de trabalho em regime de comissão de serviço e, a dado momento, e após concurso público para o efeito, as suas funções foram internalizadas no Município de Portimão. No âmbito da relação contratual com o Município, os trabalhadores que haviam sido internalizados, como a Autora, foram informados que lhes seria aplicável o primeiro escalão da função pública, por um período mínimo de 10 anos, o que, quanto à Autora, comportaria a diminuição da retribuição. O TJUE, não obstante o preceito constitucional que determina que “todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade, em regra por via de concurso” e, bem assim, das regras constantes da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, determinou que a Diretiva “deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê que, em caso de transferência, na aceção desta diretiva, e por o cessionário ser um município, os trabalhadores em causa devem, por um lado, submeter-se a um processo de concurso público e, por outro, sujeitar-se a um novo vínculo com o cessionário”.

³⁴ V. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (FERREIRA PINTO), 11.09.2019, Processo n.º 2743/15.5T8LSB.L1.S1, disponível em <https://www.dgsi.pt>, no qual se pode ler o seguinte: “O facto de não haver uma disposição expressa sobre o princípio do primado do direito comunitário no Tratado de Lisboa não compromete a sua existência nem a jurisprudência do Tribunal de Justiça. (...) Acresce que o primado do direito comunitário sobre o direito nacional está consagrado na Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 8º, n.º 4. Dispõe o citado artigo que: (...) As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Daqui se conclui que o Direito derivado de normas emanadas no exercício das competências das instituições da União são aplicáveis na ordem interna, nos termos por ela definidos, desde que respeitem os princípios fundamentais (o seu núcleo, a sua essência) do Estado democrático português.

Assim sendo, os princípios fundamentais do Estado de direito funcionam como uma espécie de cláusula de salvaguarda ou garantia constitucional contra eventuais disposições do direito da UE suscetíveis de pôr em causa os valores

Do exposto deflui que uma eventual apreciação da (in)constitucionalidade da solução pugna pelo TJUE se encontra, a nosso ver, definitivamente arredada.

De um ponto de vista prático pode ser difícil compreender como é que o almejado *justo equilíbrio de interesses* a que o tribunal alude, numa situação como a que se equaciona, pode ser encontrado. Com efeito, o trabalhador ver-se-á colocado numa posição em que incumprirá, *ipso facto*, o seu dever de lealdade perante qualquer das entidades empregadoras (pelo menos na perspetiva de não concorrência) e, por seu turno, estas dificilmente poderão controlar um aproveitamento de informação sensível ou confidencial por parte do trabalhador em benefício da entidade concorrente.

Como é consabido, à luz do princípio constitucional da segurança no emprego, plasmado no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa, os despedimentos sem justa causa são proibidos, donde

fundamentais do Estado de direito, tais como a soberania popular, o pluralismo político, os direitos e liberdades fundamentais, a separação de poderes e a independência dos tribunais (artigo 2.º, da CRP).

Todo o direito da UE, primário e secundário, acaba por vincular os Estados-membros, não podendo o direito interno constituir um obstáculo à vigência do direito da UE na ordem interna ou ser declarado inconstitucional ou ainda ser desaplicado por alegada desconformidade com normas de direito interno.

A primazia do direito da UE acaba por afastar as normas de direito interno incompatíveis com o direito da UE e tornar inválidas ou, pelo menos ineficazes e inaplicáveis, as normas subsequentes que o contrariem.”

Por fim, traz-se à colação o recentíssimo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 422/200, 15.07.2020, Processo n.º 528/2017, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, no qual, a propósito do alcance do artigo 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal se considerou incompetente para apreciar a compatibilidade das normas de direito da União Europeia (“DUE”) com a Constituição, “sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE (segundo os meios contenciosos previstos no DUE)”.

resulta que os trabalhadores só podem ser despedidos nas hipóteses taxativamente previstas na lei . Ora, não estamos em crer que, mesmo num quadro de impossibilidade prática do referido cumprimento do dever de guardar lealdade, possam estar reunidos os pressupostos de despedimento por causas objetivas (extinção de posto de trabalho ou despedimento por inadaptabilidade), restando nesse contexto a um dos empregadores a faculdade de, mediante processo disciplinar instaurado para o efeito, proceder ao despedimento do trabalhador com justa causa - o que pressuporia passar pelo crivo geral do artigo 351.º, n.º 1 do Código do Trabalho³⁵.

Poderá, eventualmente, equacionar-se a hipótese de, como no caso *Alemo-Herron*, o *justo equilíbrio* de interesses ter por referência uma leitura da Diretiva à luz da liberdade de empresa, consagrada no artigo 16.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia³⁶ e, como naquele caso, perguntar se a “liberdade

³⁵ Segundo o qual “[c]onstitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Naturalmente, o simples facto de o trabalhador desempenhar funções para a empresa concorrente que adquiriu a unidade negócio transmitida não poderia fundamentar a instauração de processo disciplinar por violação do dever de lealdade, na medida em que falta desde logo a existência de um comportamento ilícito e culposo. No entanto, se um dos empregadores conseguir demonstrar que o trabalhador utiliza, em benefício de outro empregador, informação sensível ou confidencial, poderão existir motivos para sancionar disciplinarmente o trabalhador de acordo com a gravidade da infração.

³⁶ Ora, naquele caso, colocava-se a questão de saber se a Diretiva permitia a um Estado Membro prever que as cláusulas contratuais de reenvio para convenções coletivas com carácter dinâmico (isto é, cláusulas apostas ao contrato de trabalho que remetem algumas condições do mesmo, como a retribuição, para as decorrentes de uma determinada convenção coletiva, não apenas nos termos aplicáveis à data da celebração do contrato, mas também dos termos que forem posteriormente acordados no âmbito dessa convenção) são oponíveis ao adquirente após a transmissão da empresa, numa situação em que o adquirente, que era uma empresa privada, havia comprado uma empresa pública e, por conseguinte, não tinha possibilidade, enquanto entidade empregadora, de participar no organismo

contratual do referido cessionário é seriamente reduzida a ponto de tal limitação poder prejudicar a própria substância do seu direito à liberdade de empresa”, nos casos em que não seja razoável impor aos adquirentes, no quadro da sua gestão empresarial, que se vejam confrontados com a possibilidade de ter, no seio da sua organização, alguém que poderá ilegitimamente aproveitar-se dos segredos de negócios em proveito de um concorrente.

De todo o modo, a ponderação destes interesses e dos direitos em colisão não deve olvidar a assimetria que existe na relação entre trabalhador e empregador.

Conclui-se, perguntando se - no quadro de aplicação da Diretiva, assegurando-se, por um lado, a manutenção dos postos de trabalho e, por outro, o *justo equilibrio* entre os legítimos interesses daqueles e do(s) cessionário(s) -, um órgão jurisdicional nacional poderá pronunciar-se no sentido da *impossibilidade* (prática) da cisão do contrato numa circunstância em que seja razoável supor que o trabalhador não poderá cumprir com o seu dever de lealdade e de não concorrência perante os (um dos?) novos empregadores,

de negociação coletiva em causa. O Tribunal entendeu que a Diretiva se opõe a uma tal legislação que preveja que as cláusulas de reenvio dinâmico são oponíveis ao cessionário quando este não pode participar do processo de negociação das convenções coletivas após a transferência. Criticando de forma mordaz a solução adotada neste aresto, v. JOSÉ AMORIM MAGALHÃES / PAULO PICHEL, ‘Reflexões em torno das cláusulas contratuais de reenvio dinâmicas no contexto da transmissão da unidade económica a propósito do Acórdão do TJUE Mark Alemo-Herron e o. contra Parkwood Leisure, Ltd (Processo C-426/11)’, *Questões Laborais*, n.º 42, 2014, pp. 689-712. Como os Autores salientam, “não deixa de ser irónico que, numa relação contratual caracterizada pela assimetria entre trabalhador e empregador, seja o empregador a prevalecer-se de normas cuja finalidade são a proteção do trabalhador, para contrariar o princípio elementar de direito civil *pacta sunt servanda*. A autonomia privada também deverá valer para o trabalhador que, perante a transmissão de uma unidade económica a que é alheio, vê o conteúdo do seu contrato de trabalho ser unilateralmente modificado” (v. p. 706).

determinando, nesse caso, a transmissão do contrato para apenas um dos adquirentes, nomeadamente aquele a que o trabalhador dedique a maior parte da sua atividade.

Independentemente da resposta à questão anterior, na ausência de um critério norteador mais claro, o certo é que o risco correrá necessariamente por conta dos adquirentes, os quais deverão dar particular atenção, de ora em diante, à possibilidade de transferência parcial para os seus quadros de trabalhadores cuja afetação funcional pode não ser totalmente evidente. Em última instância, e no que às transmissões indiretas diz respeito, este aspeto terá, por um lado, de ser avaliado pelo cessionário no momento da apresentação de uma proposta e, por outro lado, em caso de adjudicação, poderá levar a uma necessária cooperação entre dois adquirentes (ou concorrentes) para o alcance de uma solução prática que respeite a manutenção dos direitos dos trabalhadores³⁷.

6. Conclusões

A decisão do TJUE no caso ISS Facility Services vem abrir a porta à fragmentação do contrato de trabalho em caso de transmissão de empresa ou estabelecimento, contanto que tal cisão seja possível e assegure a manutenção dos direitos dos trabalhadores.

Adicionalmente, assume um papel relevante nos ordenamentos jurídicos em que o direito de oposição à transmissão do contrato não se encontre consagrado, esclarecendo que, perante a transmissão do

³⁷ Recorde-se o exemplo supra sobre a necessária definição dos horários de trabalho entre todas as partes.

contrato de trabalho que implique uma modificação substancial do mesmo, poderá o trabalhador resolver o contrato considerando-se que a responsabilidade procede do ou dos adquirentes.

As questões ou perplexidades acima suscitadas colocam-se sobretudo a respeito dos trabalhadores de serviços centrais ou administrativos (i.e., os trabalhadores que em regra beneficiam as várias unidades económicas de uma empresa).

Não obstante, a resposta jurisprudencial alcançada poderá ter impacto na forma como os agentes económicos perspetivarão as potenciais contingências associadas à transferência de partes de empresa e estabelecimentos e, bem assim, à forma como os trabalhadores sindicarão os seus direitos neste contexto - não se perdendo de vista que, tendo em conta o amplo alcance da Diretiva, a transmissão pode ocorrer, como é consabido, por imposição de circunstâncias externas ao cedente, como é o caso de perda de exploração de um serviço.

Longe de encerrar a discussão em torno da possível afetação dos trabalhadores a mais do que um adquirente, parece-nos que a decisão acrescenta um novo patamar às incertezas emergentes do regime consagrado na Diretiva, cabendo, no futuro, aos órgãos jurisdicionais nacionais avaliar em que medida tal cisão será possível, no quadro de uma justa ponderação de interesses da manutenção dos direitos dos trabalhadores e dos interesses legítimos dos adquirentes.

Bibliografia citada e consultada e jurisprudência citada

António de Lemos Monteiro Fernandes, 'Alguns aspectos do novo regime jurídico-laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento', *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53, Julho-Dezembro, 2019, pp. 7-41.

David Carvalho Martins: 'Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas', *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol.2018 *Prontuário de Direito do Trabalho*, Volume 2018-I, 2018, pp. 117-158.

David Falcão / Sérgio Tomás: 'Algunas notas sobre o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março', *Prontuário de Direito do Trabalho*, Volume 2018-I, 2018, pp. 105-116.

J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I - Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

Joana Simão, 'A transmissão de estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional', *Questões Laborais*, Ano IX, n.º 20, 2002, pp. 203-220.

Joana Vasconcelos, 'A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho', *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º 71, Maio-Agosto, 2005, págs. 73-93.

Joana Vasconcelos, em Pedro Romano Martinez *et al.*, *Código do Trabalho. Anotado*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 671-682.

João Leal Amado, ‘Transmissão de unidade económica e dos contratos de trabalho: oposição *ma non troppo?*’, *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53 Julho-Dezembro, 2019, pp. 43-64.

José Amorim Magalhães / Paulo Pichel, ‘Reflexões em torno das cláusulas contratuais de reenvio dinâmicas no contexto da transmissão da unidade económica a propósito do Acórdão do TJUE Mark Alemo-Herron e o. contra Parkwood Leisure, Ltd (Processo C-426/11)’, *Questões Laborais*, n.º 42, 2014, pp. 689-712.

Júlio Manuel Vieira 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?’, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Volume I*, 2001, pp. 481-525.

Júlio Manuel Vieira Gomes, ‘Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho’, *Questões Laborais*, Ano XV, n.º 32 - Julho/Dezembro, 2008, p. 141-167.

Julio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019.

Melanie Oliveira Neiva Santos / Susana Ferreira dos Santos: ‘O (novo) direito de oposição em caso de transmissão de empresa ou estabelecimento’, *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53, Julho - Dezembro, 2018, pp. 65-87.

Milena Silva Rouxinol, 'XIX. Transmissão de unidade económica', in *Direito do trabalho. Relação individual*, Almedina, Coimbra, 2019.

Pedro Furtado Martins, 'Duas Questões a Propósito dos Efeitos da Transferência do Estabelecimento nas Relações de Trabalho: Artigo 321.º do Código do Trabalho e Oposição do Trabalhador à Transmissão do Contrato de Trabalho', in *IX e X Congressos nacionais de Direito do trabalho. Memórias*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 307-334.

Pedro Romano Martinez / Pedro Madeira de Brito, 'O novo regime da transmissão da unidade económica introduzidos pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março', *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 59, n.º 1-4, 2018, pp. 7-86.

Acórdão do TJUE, 15.07.1964, Processo n.º 6/64, *Flaminio Costa v. Enel*, disponível em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do TJUE, 18.03.1986, Processo n.º 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gehroeders Benedik Ahattoir CV e o*, disponível em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do TJUE, 07.02.1985, Processo n.º 186/83, *Arie Botzen e o. v Rotterdamsche Droogdok Maatschppij BV*, disponível, na versão inglesa, em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do TJUE, 07.03.1996, Processo n.º C-171/94 e C-172/94, *Merckx-Neuhuys v. Ford Motors Company*, pt. 28, e, ainda,

Acórdão do TJUE, 19.10.2017, *Securitas - Serviços e Tecnologia de Segurança v. ICTS Portugal - Consultadoria de Aviação Comercial*, pt. 23, disponíveis em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do TJUE, 11.03.1997, Processo n.º C-13/95, *Ayse Sützen v. Zehnacker Gebaudereinigung GmbH Krankenhausservice*, disponível em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do TJUE, 09.03.2006, Processo n.º C-499/04, *Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*.

Acórdão do TJUE, 18.07.2013, Processo n.º C-426/11, *Mark Alemo-Herron e o. v. Parkwood Leisure Ltd*, disponíveis em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do TJUE, 20.07.2017, Processo n.º C-416/16, *Piscarreta Ricardo v. Portimão Urbis e outros.*, disponível em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do TJUE, 13.07.2019, Processo n.º C-317/18, *Cátia Correia Moreira v. Município de Portimão*, disponível em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do TJUE, 26.03.2020, Processo n.º C-344/18, *Iss Facility Services NV v. Govaerts e Atalian NV*, e respetivas conclusões do Advogado Geral Maciej Szpunar, disponíveis em <https://curia.europa.eu>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Ferreira Pinto), 11.09.2019, Processo n.º 2743/15.5T8LSB.L1.S1, disponível em <https://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (Antero Veiga), 07.05.2020, Processo n.º 5670/18.0T8BRG-A.G1, disponível em <https://www.dgsi.pt>.

Tribunal Constitucional n.º 422/200, 15.07.2020, Processo n.º 528/2017, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.



WWW.IDT.FDULISBOA.PT



REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

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