

TRANSMISSÃO DE EMPRESAS NO DIREITO LABORAL DA UNIÃO EUROPEIA: NOVOS DESAFIOS NA DELIMITAÇÃO CONCEPTUAL DE UNIDADE ECONÓMICA

Por Pedro Oliveira(*)

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. Direito da União Europeia.** **3. Algumas notas de direito comparado:** *a)* Alemanha; *b)* Bélgica; *c)* Itália. **4. Direito português.** **4.1.** Noção de transferência. **4. 2.** Conceito de unidade económica — o *quid* a transmitir. **5. Conclusão.**

1. Introdução

Mecanismo corrente da realidade económica, a transmissão de empresas vem conhecendo uma expansão considerável nas últimas décadas, reflectindo (e informando) dinamismos complexos e em contínua mutabilidade que trazem novos (ou renovados) desafios ao Direito. A «banalização» do fenómeno não deve escamotear, todavia, a sua importância social, nem esconder os delicados problemas que se colocam à mediação normativa, em que se destaca o ordenamento laboral. Na ver-

(*) Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais (Menção em Direito Laboral) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutorando em Direito Público (Direito da União Europeia) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Bolseiro da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (SFRH/BD/146029/2019); Membro da Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional (Cielo).

dade, as empresas não são compostas apenas por bens materiais, como computadores, secretárias, máquinas, ou bens incorpóreos, como as marcas, logotipos, a clientela, os fornecedores, etc. Nelas (e no volume dos seus custos económicos) integra-se, de modo decisivo em incontáveis casos, um elemento humano específico: os trabalhadores⁽¹⁾. Em face, quer do aumento numérico das transmissões, quer, sobretudo, do crescente desdobramento das formas transmissivas, torna-se (ainda mais) necessária a clareza normativa na tradução das políticas sociais, mormente quanto à tutela das pessoas abrangidas na e pela transmissão⁽²⁾.

De entre a panóplia de nódulos problemáticos implicados por aquele mecanismo jurídico, encontra-se a determinação de um conceito definitivo de unidade económica. Se é certo que num passado recente a questão já se colocava, não é menos verdade que a emergência da era digital (e sobretudo a busca por tecnologias de ponta) replicou estas dificuldades quase de forma irreprimível. Efectivamente, fenómenos como o *outsourcing* ou o *insourcing* têm provocado mutações profundas nos quadros de todos os tecidos empresariais, com vista a adaptarem-se a uma economia cada vez mais globalizada. Verifica-se assim uma desmaterialização das empresas hodiernas, as quais são compostas por unidades produtivas mais reduzidas, mais adaptáveis, que actuam de forma coordenada dentro de uma estratégia comum. Não se estranhará, pois, que a matéria da transmissão de unidade económica, de modo particular, as suas dimensões laborais, venham assumindo um relevo crescente na regulação normativa: haja em vista o

(1) Não podemos olvidar, todavia, a circunstância de o hodierno paradigma da indústria 4.0 se estar a repercutir na caracterização conceptual (e sociológica) de trabalhador, colocando, pois, ingentes desafios jurídicos. Conforme sublinham JEREMIAS PRASSL/JUDITH FREEDMAN/ABI ADAMS, «Rethinking legal taxonomies for the gig economy», *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 34, n.º 3, 2018, p. 479, «technological change has reduced economies of scale and alleviated transactional failures, reducing costs to self-employment and making it easier for firms and workers to choose their legal form to better align with their preferences, to minimize their tax burden, and for employers to limit their exposure to employment law. Online gig-economy applications ('apps') facilitate the efficient matching of engagers and labour suppliers. The provision of rating systems and the constant stream of data on individual performance that is provided by platforms are said to have created new mechanisms for control and provision of incentives beyond those found in traditional contracts of employment». Sobre este ponto, cf. ainda M. RISAK, «Uber, TaskRabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork», *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 37, 3, p. 619 ss; J. LEAL AMADO/TERESA MOREIRA, «A Lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções», *Prontuário do Direito do Trabalho*, 2019-I, p. 81 ss.

(2) Os trabalhadores não devem ser meros destinatários das decisões das suas entidades patronais, dos actuais titulares das empresas e daqueles que as adquirem. O trabalhador é irredutível a qualquer meio produtivo e os mecanismos de negociação sobre as unidades económicas não podem obscurer essa diferença essencial. A despeito disso, não são raros os negócios transmissivos que têm no seu horizonte intencional a fuga às garantias laborais.

desenvolvimento no contexto da União Europeia, tanto no plano das intenções políticas, como nas suas traduções normativas (Directiva 2001/23/CE, de 12 de Março), bem como a profunda esfera de actuação (conformadora) do Tribunal de Justiça. Aliás, as opções tomadas sobre os efeitos laborais da transmissão de um estabelecimento são um bom «barómetro» das tensões que se enfrentam no campo da política social europeia, da tutela efectiva dos direitos fundamentais num espaço de mercado único (que nasce como corolário de uma «fé liberal»), concorrencialmente eficaz e competitivo, mas que se assume (também) como «espaço de liberdade, justiça e segurança»⁽³⁾.

No presente estudo, buscamos reflectir sobre um tema específico que tem sofrido a irradiação dos recentes fenómenos do empreendedorismo empresarial: a definição de unidade económica no contexto do instituto jurídico-laboral da transmissão. Fazemo-lo em três momentos: no primeiro, considerando os *apports* da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (=TJ); num segundo, convocando algumas das soluções de outros ordenamentos jurídicos europeus, em brevíssimas notas de direito comparado; num terceiro, analisando a questão no contexto da ordem jurídica nacional.

2. Direito da União Europeia

O núcleo essencial da Directiva n.º 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001⁽⁴⁾, vem enunciado no seu art. 3.º, n.º 1: «os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por este facto, trans-

⁽³⁾ Com efeito, é, pois, nesta linha tensional (e de compromisso) entre *employment protection* e *employment flexibility* que se deve perspectivar não apenas o texto originário da Directiva e sucessivas emendas, mas ainda a abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça em torno da sua aplicação nos contextos domésticos. Nas palavras de SIÓFRA O'LEARY, *Employment Law at the European Court of Justice Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 243: «traces of the tension between the Directive's social and economic facets can be found throughout the case-law of the Court of Justice which has been called upon, essentially, to balance the employment protection objectives of the Directive with the need to ensure that there are no untoward disincentives to transferring business in an increasingly integrated and globalised European market».

⁽⁴⁾ Directiva relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou estabelecimentos ou de partes de empresas ou estabelecimentos (Jornal Oficial L 82, de 22.03.2001, pp. 16-20. Esta Directiva codificou as versões anteriores (Directivas 77/187/CEE e 98/50/CEE).

feridos para o cessionário». Nestes termos, havendo lugar à transmissão, o transmissário sub-rogar-se de forma automática nos vínculos laborais previamente pactuados pelo transmitente, salvaguardando-se assim a posição jurídica dos trabalhadores transferidos.

Isto dito, importa conhecer em que circunstâncias este normativo poderá efectivar-se, ou seja, saber qual é o seu âmbito objectivo de aplicação. Neste cenário, o tratamento dado pelo legislador comunitário ao conceito axial de «transferência de empresa ou estabelecimento» mostra-se particularmente impressivo. Omissa por inteiro da Directiva inicial, que confiava o enquadramento normativo daquele problema às leis domésticas⁽⁵⁾, a situação foi corrigida com a segunda Directiva (98/50)⁽⁶⁾, que na esteira de relevante jurisprudência do TJ, desde o acórdão de 1986 sobre o caso *Spijkers*⁽⁷⁾, dispôs no art. 1.º, n.º 1, al. b): «é considerada transferência, na acepção da presente Directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória».

(5) O n.º 1 do art. 1.º referia somente os casos de cessão convencional e de fusões. Vejam-se as observações críticas de PAUL DAVIES, «Transfer of Undertakings. Part I. Preliminary Remarks», in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 136, a esta omissão conceptual no texto da Directiva, com tanto relevo em matéria de subcontratação (*contracting out*). Não se estranham, pois, as múltiplas tomadas de posição do Tribunal de Justiça sobre este nódulo problemático. «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão das empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos: inflexão ou continuidade?», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho 1*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 481 ss.; «Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho», in: *Novos estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 89 ss.; F. LIBERAL FERNANDES, «Harmonização social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português», in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998; DAVID CARVALHO MARTINS, *Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013.

(6) O que não eliminou, porém, as dúvidas em matéria de subcontratação, como sublinha ANTONIO LO FARO, «Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-community Institutional Dialogues: How to Define a “Legal Transfer”?», in *Labour Law in the Courts*, cit. p. 222 ss.

(7) Na decisão do Processo 24/85 (caso *Spijkers*), o Tribunal frisava que «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» (n.º 13 do Acórdão). Esta jurisprudência seria reiterada pelo Tribunal nos casos *Redmond Stichting* (Processo C-29/91), n.º 24) e *Sizen* (Processo C-13/95), n.º 14.

A formulação normativa, como se compreende, não pode por si só dirimir a multiforme surpresa que diariamente os problemas da vida prática colocam. E nesta matéria têm sido muitos os litígios suscitados nos âmbitos domésticos e, por força do reenvio, trazidos à decisão do areópago do Luxemburgo. Aliás, e como se sabe, o labor jurisprudencial do TJ neste ponto tem continuado a assumir um papel ímpar na *realização do direito*, entendido não somente por referência ao texto da norma, mas estendendo-se às *leituras* que sobre ele o Tribunal estabelece⁽⁸⁾.

No tema que nos ocupa, pode dizer-se que foi sendo desenvolvido um conceito mais flexível de unidade económica, diferente daquele que rege o direito comercial – com a consequência directa de se impor às judicaturas nacionais o recurso a métodos indiciários, mensurando casuisticamente os elementos de que dispõem para este efeito, e valorando a sua suficiência para afirmar, *in casu*, a manutenção da identidade da unidade económica. Note-se, inclusive, que poderá haver hipóteses em que mesmo sem se verificar a transmissão de activos e bens corpóreos, como por exemplo os prédios ou edifícios, a Directiva seja aplicável. Neste sentido se pronunciou o TJ no caso *Schmidt*⁽⁹⁾, ao considerar que a transferência de uma actividade assente apenas ou de modo essencial em mão-de-obra, como ocorria na situação *sub judice* (actividade de limpeza), pode ser suficiente para caracterizar uma «parte de estabelecimento», subsumindo-se assim ao normativo legal.

Na importante decisão do caso *Temco*, estabeleceu-se que o critério decisivo para determinar a existência de uma transferência, na acepção da Directiva, é o de saber «se a entidade em questão mantém a sua identidade [...] A transferência deve, pois, ter por objecto uma entidade económica organizada de modo estável, cuja actividade se não limite à execução de

(8) Para A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos do novo regime jurídico laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento», *Questões Laborais*, n.º 53, 2018, p. 27, «esta formulação tem servido de suporte a uma jurisprudência, nem sempre linear, mas analiticamente muito esforçada, do Tribunal de Justiça. Nalguns aspectos, essa jurisprudência parece contrariar o sentido normal das palavras, em nome de um pragmatismo e ao serviço de uma perspectiva teleológica que levam a interpretação das normas a extremos verdadeiramente “reconstrutivos”».

(9) Processo C-392/92. Na fundamentação, o Tribunal volta a socorrer-se do «método indiciário», usado em arestos anteriores: «o argumento [...] da não transferência de elementos activos também não pode ser acolhido. A circunstância de a jurisprudência do Tribunal de Justiça citar a transferência desses elementos entre os diferentes critérios a tomar em conta pelo juiz nacional para, no âmbito da avaliação global de uma operação complexa, apreciar a realidade de uma transferência de empresa não permite concluir que a sua falta exclui a existência de uma transferência. Com efeito, a manutenção dos direitos dos trabalhadores que, segundo o seu próprio título, é o objecto da directiva, não pode depender apenas da tomada em consideração de um factor que o Tribunal, aliás, já referiu não ser, só por si, determinante».

uma obra determinada [...]. O conceito de entidade remete assim para um conjunto organizado de pessoas e de elementos que permitam o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio»⁽¹⁰⁾.

Estas formulações, desenhadas a partir de (e tendo em vista) casos concretos, com contornos muito precisos, vão sendo ajustadas e afinadas à medida que novas situações confrontam a aplicação dos normativos comunitários⁽¹¹⁾. Neste horizonte, deve recordar-se o acórdão *Securitas*, de 19 de

⁽¹⁰⁾ Caso *Temco*, Processo C-51/00. O Tribunal anota ainda: «em certos sectores nos quais a actividade assenta essencialmente na mão-de-obra, um conjunto de trabalhadores que executa de forma durável uma actividade comum pode corresponder a uma entidade económica. Tal entidade é, por conseguinte, susceptível 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».

⁽¹¹⁾ Sobre a evolução jurisprudencial nesta matéria, e além dos já citados casos *Temco* e do caso *Securitas*, referidos em texto, vejam-se os arestos *Rygaard*; *Hernandez Vidal e outros* (processos apensos C-127/96, C-229/96 e C-74/97); *Allen e outro* (Processo C-234/98); *Abler e outro* (Processo C-340/01); *Klarenberg* (Processo C-466/07); *Juuri* (Processo C-396/07); *UGT-FSP* (Processo C-151/09); *CLECE SA* (Processo C-463/09); *Ferreira da Silva e Brito* (Processo C-160/14); *ADIF* (Processo C-509/14); *Unionen* (Processo C-36/15); *Piscarreta Ricardo* (Processo C-416/16); *Cátia Correia Moreira* (Processo C-317/18). Um panorama atento sobre a jurisprudência comunitária pode ver-se nos importantes estudos de JÚLIO GOMES, «O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no direito do trabalho: o art. 37.º da LCT e a Directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 11 (1996), p. 77 ss.; *Idem*, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão das empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos: inflexão ou continuidade?», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho* 1, 2001, p. 481 ss.; *Idem*, «Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho», in: *Novos estudos de Direito do Trabalho*, 2010, p. 89 ss.; *Idem*, «ADIF e Asklepios — algumas notas sobre dois Acórdãos do TJ em matéria de transmissão de unidade económica», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, LVIII, 2017, p. 107 ss. Para mais desenvolvimentos, veja-se ainda F. LIBERAL FERNANDES, «Harmonização social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português, in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, 1998, p. 1323 ss.; VIVIEN SHRUBSALL, «Competitive Tendering, Out-sourcing and the Acquired Rights Directive», *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1998, p. 85 ss.; SYLVAIN LAULON, «The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?», in *Labour Law in the Courts*, *cit.*, p. 145 ss.; FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, «Transfers of Undertakings: an Experience of Clashes and Harmonies Between Community Law and National Legal Systems», in *Labour Law in the Courts*, *cit.*, p. 182 ss.; MANUEL BAPTISTA, «A jurisprudência do Tribunal de justiça da União Europeia e a defesa dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas ou estabelecimentos», *Revista do Ministério Público*, n.º 62, 1995, p. 89 ss.; CATARINA CARVALHO, «Admissibilidade de um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão de contratos de trabalho», *Questões Laborais*, 10, n.º 21, 2003, p. 99 ss.; JOHN McMULLEN, «Recent CJEU Case Law on the Transfer of Asset-Reliant Undertakings», *Industrial Law Journal*, 45, n.º 3, 2016, p. 455 ss.; *Idem*, «Transfer of Undertakings: The Purposeful Approach», *Industrial Law Journal*, Vol. 48, n.º 2, 2019, p. 317 ss.; DAVID FALCÃO/SÉRGIO TENREIRO TOMÁS, «Transmissão da Unidade Económica e suas Implica-

Outubro de 2017: no reenvio, apreciou-se a conformidade comunitária de um preceito constante da Convenção Colectiva de Trabalho portuguesa aplicável ao sector e que dispunha: «não se enquadra no conceito de transmissão de empresa ou estabelecimento a perda de cliente por parte de um operador com a adjudicação de serviço a outro operador». Para o Tribunal de Justiça, o art. 1.º, n.º 1, da Directiva 2001/23 «deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal», considerando abrangido, portanto, no conceito de transferência, «uma situação em que um contratante resolveu o contrato de prestação de serviços de vigilância e de segurança das suas instalações celebrado com uma empresa e, em seguida, para a execução dessa prestação, celebrou um novo contrato com outra empresa, que recusa integrar os trabalhadores da primeira, quando os equipamentos indispensáveis ao exercício da referida prestação foram retomados pela segunda empresa»⁽¹²⁾. Extrai-se do exposto que a inexistência de vínculo contratual entre as duas empresas para as quais a actividade de vigilância foi sucessivamente confiada é irrelevante para determinar a aplicabilidade da Directiva⁽¹³⁾.

Outro elemento a considerar, é o da ligação entre o trabalhador e a unidade económica, visto que, no plano dos grupos empresariais, é comum que um trabalhador seja destacado para outro estabelecimento — embora neste caso concreto tal trabalhador não tenha como seu verdadeiro empregador a entidade onde presta a sua actividade, assume com ela uma relação de trabalho não contratual⁽¹⁴⁾, hipótese que é expressamente consagrada na Directiva («contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho»).

Por outro lado, nas dimensões funcionais que não assentem prioritariamente na mão-de-obra (como ocorre, v. g., em cantinas, actividades de limpeza ou de segurança) e exijam, portanto, um conjunto de meios corpóreos sem o qual tal função surgiria descaracterizada, deverá, para ser abrangido pela Directiva, não apenas transmitir-se os membros efectivos, mas ainda aqueles bens. É o que sucede, por exemplo, na hipótese das car-

ções no Contrato de Trabalho: Jurisprudência do TJUE e Jurisprudência Nacional», *Questões Laborais*, n.º 50, 2017, p. 19 ss.; DAVID CARVALHO MARTINS, *Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho*, 2013, p. 184 ss.; *Idem*, «Transfer of an economic unit: Requirements, effects and recent CJEU ruling», *European Labour Law Journal* 9, 2018, p. 24 ss.; A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos», *cit.*, p. 21 ss.

⁽¹²⁾ Caso *Securitas* (Processo C-200/2016), n.º 39. Veja-se ainda o Acórdão de 11 de Julho de 2018, processo C-60/2017, *Angel Somoza Hermo contra Ilusión Seguridad, S.A. e Esabe Vilancia, S.A. Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*.

⁽¹³⁾ N.º 24.

⁽¹⁴⁾ Sobre este aspecto, veja-se a interessante e concisa análise de JÚLIO GOMES, «Albran Catering e a relação laboral sem contrato», *Questões Laborais*, n.º 39, 2012, p. 127 ss.

reiras de autocarros, sem os quais a manutenção identitária da unidade económica poderá ser posta em causa. Por último, também não caem no âmbito da Directiva, casos em que haja mera sucessão na actividade⁽¹⁵⁾.

Para além de tudo, há que salientar ainda a inaplicabilidade do diploma comunitário aos casos em que o escopo da transmissão seja unicamente o de contornar o regime de protecção dos trabalhadores nela consagrado. A questão foi aflorada pelo TJ num recentíssimo acórdão⁽¹⁶⁾. Precisa o tribunal: «o princípio geral de direito da União segundo o qual a aplicação da regulamentação da União não pode ser alargada ao ponto de cobrir operações realizadas com o objetivo de beneficiar fraudulenta ou abusivamente das vantagens previstas no direito da União. Daqui decorre que o benefício das disposições do direito da União deve ser recusado quando estas são invocadas, não para realizar os objetivos dessas disposições, mas com o objetivo de beneficiar de uma vantagem do direito da União, quando as condições para beneficiar dessa vantagem apenas estão formalmente preenchidas»⁽¹⁷⁾.

Estas diferenciadas opções tomadas em sede da Directiva n.º 2001/23/CE são um bom «barómetro» das tensões que tocam na complexa interacção entre o direito do trabalho comunitário e nacional⁽¹⁸⁾, a qual, saliente-se, apesar de não se circunscrever a este domínio jurídico, nele revela uma ambiguidade genética e cristalina, decorrente, em certa medida, do próprio horizonte de fundo pretendido, ou seja, de promover

⁽¹⁵⁾ Para uma reflexão problematizante deste ponto, cf. JÚLIO GOMES, «Comentário de urgência ao Acórdão do TJCE, de 20 de novembro de 2003», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 45, 2004, p. 213 ss.

⁽¹⁶⁾ Acórdão de 13 de Junho de 2019, Processo C-664/17, *Ellinika Nafpigeia AE contra Panagiotis Anagnostopoulos e o.*

⁽¹⁷⁾ N.ºs 50 e 51. No mesmo sentido foram as conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar que, além de sublinhar a singularidade do caso em virtude de ter sido o empregador e não os trabalhadores a invocar a Directiva, defendeu que esta «não deve ser aplicada caso se apure que o objetivo prosseguido com a transferência da entidade económica não era manter a atividade económica em causa, mas contornar os deveres de proteção dos trabalhadores consagrados no ordenamento jurídico nacional».

⁽¹⁸⁾ Como sublinhou FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, «Transfers of Undertakings», p. 180: «Community law on transfers of undertakings offers an excellent observatory from which to appraise, in all their complexity, the structure and functioning of the Community legal order itself, its relations with national legal orders and the reciprocal influences between the two. The chequered history of the Directive's reception into domestic legal systems illustrates the strength and the limits both of the principles of legal ranking of the Community system of sources (supremacy and direct effect) and of Commission monitoring of the fulfilment by Member States of their Community obligations. The equally chequered experience of the ECJ, for its part, in the interpretation of the Directive likewise demonstrates the difficulties to be surmounted in the real and effective construction of what has been called the 'symbiotic relationship'».

uma estratégia de *harmonização parcial*⁽¹⁹⁾, como aliás, tem sido reiteradamente invocado e teorizado na casuística do TJ sobre a transmissão de unidade económica. Dele resulta, aliás, um cenário heterogéneo no que diz respeito à mediação da Directiva pelas legislações domésticas. Um estudo comparatístico aturado traria, por certo, um horizonte mais aprofundado sobre o conceito de unidade económica; não sendo possível fazê-lo nesta sede⁽²⁰⁾, vale a pena, de todo o modo, recordar algumas soluções que se perfilam no panorama europeu.

3. Algumas notas de direito comparado

a) Alemanha

No contexto germânico, à imagem da Directiva n.º 2001/23/CE, um negócio transmissivo para fins de aplicação do §613a do BGB poderá incidir quer sobre a totalidade da unidade funcional (*Funktionseinheit*), quer ainda sobre parte desta. Para tal, o intérprete-julgador deverá aferir casuisticamente a preservação identitária da unidade no transmissário com base nos sete elementos indiciários supramencionados, emergentes do caso *Spijkers*.

Saliente-se, no entanto, que a jurisprudência do *Bundesarbeitsgericht* considera não haver transmissão da unidade funcional nas hipóteses de *outsourcing* quando não se der a transferência dos efectivos da empresa

⁽¹⁹⁾ Sobre o ponto, v. AMANDINE GARDE, «Partial Harmonisation A Case Study on the Acquired Rights Directive», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 5 (2002-2003), pp. 173 ss; CATHERINE BARNARD/SIMON DEAKIN, «Negative and Positive Harmonization of Labour Law in the European Union», *Colum. Journal European. Law* 8 (2002), p. 389 ss. As tensões entre a ordem comunitária e as ordens domésticas alargam-se, aliás, a outros pontos, como o da articulação entre os distintos regimes nacionais, designadamente em matéria de lei aplicável no caso de transmissão transfronteiriça de empresas. Sobre o ponto, v. DIANA NIKSOVA, «Cross-Border Transfers of Undertakings», in *Stakeholder Protection in Restructuring: Selected Company and Labour Law Issues* (eds. Erika Kovács, Martin Winner), Nomos Baden-Baden, 2019, p. 201 ss; e JÚLIO GOMES/ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, «Algumas questões — e poucas respostas — sobre a transmissão transfronteiriça de unidade económica», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018-II, p. 131 ss. Para mais desenvolvimentos, v. o relatório da Comissão Europeia intitulado «Study on the application of Directive 2001/23/EC to Cross Border Transfers of Undertakings», disponível em linha (<http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/documentation_en.htm>). *Transfer of Business and Acquired Employee rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (eds. Jens kirchner/Sascha Morgenroth/Tim Marshall), Springer, Berlin, 2016.

⁽²⁰⁾ Para uma visão alargada da situação internacional, v. *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (eds. Jens Kirchner/Sascha Morgenroth/Tim Marshall), 2016.

beneficiária, nem dos seus instrumentos de trabalho, afastando-se nesta medida da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁽²¹⁾.

b) Bélgica

A transmissão de empresa ou estabelecimento nos termos da legislação belga (Convenção Colectiva n.º 32*bis*) deve envolver uma unidade técnica (*unité technique d'entreprise, technische bedrijfseenheid*) que mantenha a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela principal ou acessória.

A definição de unidade técnica assenta num critério económico e noutro social, os quais permitem avaliar, respectivamente, se as funções desta têm autonomia económica — independente de outra parte da empresa — e/ou constitui uma unidade com autonomia social — que congrega trabalhadores de outras partes da empresa. Quando o intérprete-julgador é confrontado com dúvidas acerca da subsunção de tais critérios definitórios no caso *sub judice*, o critério social sempre prevalece⁽²²⁾.

c) Itália

No direito italiano, os elementos essenciais da transmissão de empresa referem-se à «pré-existência de uma entidade organizada capaz de produzir bens ou fornecer serviços, bem como à manutenção da identidade desta na esfera jurídica do transmissário» (art. 2112.º do Código Civil). Após a transmissão, o adquirente é «livre para modificar a organização produtiva» e, eventualmente, «integrá-la naquela que já detinha». Estas condições são exigidas para evitar casos de fraude, designadamente aqueles nos quais o transmitente cria uma filial com a pretensão específica de que ela seja transferida, ou altera a organização e funcionamento de uma filial pré-existente para depois a transmitir, em detrimento dos trabalhadores por ela afectados. Além disso, actividades acessórias sem autonomia organizativa não se enquadram na tipologia de parte de empresa para efeitos do preceito italiano⁽²³⁾.

(21) Sobre este ponto, cf. J. KIRCHNER/S. MORGENROTH, in: *Transfer of Business, cit.*, p. 208 ss.

(22) Para mais desenvolvimentos, v. E. LIEVENS, in *Transfer of Business, cit.*, p. 68 ss.

(23) Nestes termos, F. MORELLI, in *Transfer of Business, cit.*, p. 264.

4. Direito português

4.1. Noção de transferência

O instituto da transmissão vem consignado nos arts. 285.º a 287.º do Código do Trabalho, e abrange uma modalidade de negócios jurídicos muito diversificada, em sintonia com a noção lata de transferência da legislação e jurisprudência da União Europeia. Isso resulta, com clareza, do teor normativo: «em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento, ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento» (art. 285.º, n.º 1). Com efeito, ao empregar a oração «por qualquer título», contemplam-se aí todas as alterações definitivas da unidade económica, como por exemplo, o trespasse, a venda judicial, a fusão ou a cisão de uma sociedade, a doação, etc. O regime abarca ainda aquelas alterações na gestão empresarial que embora sejam estáveis, não são definitivas, máxime a cessão da exploração: «o disposto no número anterior é igualmente aplicável à transmissão, cessão ou reversão da exploração de empresa, estabelecimento ou unidade económica» (art. 285.º, n.º 2)⁽²⁴⁾.

No entanto, a singeleza do regime «esconde» vários problemas prático-jurídicos. Conforme salienta Monteiro Fernandes, «nem sempre a dinâmica dos negócios se processa de modo a produzir fenómenos tão claramente desenhados como os que a lei identifica. E, mesmo dentro do perímetro da previsão legal, há porventura que jogar com subespécies talvez carecidas de enfoques jurídicos distintos», e, conclui o autor, que a dificuldade principal «é que a caracterização do próprio conceito jurídico de transmissão depende menos do modo porque se processa o “trânsito jurídico” entre transmitente e adquirente — ou seja, dos perfis próprios do mecanismo translativo — do que da determinação do seu objecto, isto é, daquilo que se transmite»⁽²⁵⁾.

4.2. Conceito de unidade económica — o *quid* a transmitir

O conceito de unidade económica assume particular relevância nesta temática, uma vez que, como se referiu, ele informa um dos requisitos de

⁽²⁴⁾ Esta solução constituiu uma importante alteração do regime em face do disposto na LCT e do entendimento dominante na jurisprudência, mesmo após a Directiva 77/187/CEE. Sobre o ponto, veja-se, JOANA VASCONCELOS, «A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 71, 2005, p. 80. Com desenvolvimentos sobre as hipóteses abarcadas pelo regime em vigor, v. entre outros, A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos», *cit.*, p. 23 ss.

⁽²⁵⁾ A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos», *cit.*, pp. 21-22.

aplicabilidade do instituto. A delimitação de um conceito operatório capaz de responder aos interesses em jogo (ligados ao binómio empregador e trabalhador) conta-se entre os temas mais complexos em torno da figura transmissiva⁽²⁶⁾. Pois bem: tal como a representação do substrato que compõe o estabelecimento como um todo (o uno) implica complexos problemas definitórios, também o seu desmembramento em subunidades (partes do estabelecimento) que mantenham, porém, uma qualquer estrutura identitária, parece multiplicar de forma irreprimível aquelas dificuldades na juslaboralística⁽²⁷⁾.

Efectivamente, já em 1996, Júlio Gomes defendia que «o conceito de estabelecimento relevante para o Direito do Trabalho, em matéria de transmissão de estabelecimento, não tem, necessariamente, que coincidir com o conceito de estabelecimento adoptado pela doutrina comercialística⁽²⁸⁾. No seu importante estudo, o autor dava notícia da jurisprudência comunitária, a qual, como vimos, desenvolveu uma noção ampla do conceito no contexto da Directiva 77/187/CEE e diplomas sucessivos⁽²⁹⁾. Ainda nas palavras deste autor, «o que importa ter em conta é que — desde logo à luz da aplicação da directiva — o art. 37.º da LCT deve aplicar-se, não só quando se transmite um estabelecimento, mas também nas hipóteses em que se opera a transmissão de uma parte de estabelecimento, devendo entender-se, por tal, qualquer unidade mínima de produção capaz de operar com alguma autonomia»⁽³⁰⁾.

(26) Para um problema assaz conexo, recorde-se a advertência metódico-dogmática de ORLANDO DE CARVALHO, (*Critério e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios*, I, 1967, *passim*) insistindo que a sua resolução não se bastava com juízos meramente intuitivos ou mesmo com definições legislativas, podendo a lei, quando muito, oferecer-nos índices sintomáticos de tal recorte ou definição.

(27) O art. 37.º da LCT era muito vago a este propósito, pois apenas fazia referência à transmissão «por qualquer título» de um estabelecimento. Coube, por isso, à jurisprudência, de forma decisiva, a conformação deste preceito, que durante as décadas de 70 e 80, foi restritivamente interpretado, baseando-se num conceito atomístico importado do direito comercial e que, deste modo, entendia ser a regra aplicável apenas se o estabelecimento fosse transmitido globalmente, ou seja, somente nas hipóteses de trespasse ou próximas deste. Sobre este ponto, veja-se por exemplo o Acórdão do STJ n.º 78/1998.S1, de 24 de Fevereiro de 2010.

(28) JÚLIO GOMES, «O conflito», *cit.*, p. 162. No mesmo sentido, ainda no contexto da LCT, cf. FABRÍCIA ALMEIDA HENRIQUES, «Transmissão do estabelecimento e flexibilização das relações de trabalho», *Revista da Ordem dos Advogados*, 61, 2001, pp. 975-6.

(29) De novo, JÚLIO GOMES, «Novas, novíssimas e não tão novas», *cit.*, p. 92: «desenvolveu-se, assim, uma tendência que ainda está em curso para uma certa desmaterialização do conceito de unidade económica ou, pelo menos, para uma compreensão mais flexível desse conceito».

(30) JÚLIO GOMES, «O conflito», *cit.*, p. 162. Veja-se também JOANA VASCONCELOS, «A transmissão», *cit.*, p. 80 ss. e JOANA SIMÃO, «A transmissão de estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitária e nacional», *Questões Laborais*, 9, 2002, p. 204 ss.

Aos poucos, a jurisprudência nacional foi-se orientando nesse sentido. Destaque-se o acórdão de 24 de Maio de 1995 no qual o STJ, invocando algumas posições doutrinárias, sobretudo a consignada num parecer de Vasco Xavier⁽³¹⁾, considerou que o «conceito de estabelecimento deve ser entendido em sentido amplo de modo a abranger a “organização afectada ao exercício de um comércio ou indústria”, os “conjuntos subalternos”, que correspondam a uma “unidade técnica de venda, de produção de bens, ou de fornecimento de serviços”, desde que a unidade destacada do estabelecimento global seja “dotada de uma autonomia técnico-organizativa própria”, constituindo uma “unidade produtiva autónoma”, com “organização específica”»⁽³²⁾.

Entre nós, o alargamento expresso do regime legal verifica-se a partir do Código do Trabalho de 2003 (por via da transposição da Directiva 2001/23/CE): o texto legal passou a fazer referência a «parte de empresa ou estabelecimento» (art. 318.º, n.º 1), consagrando-se, assim, o entendimento já admitido por alguns sectores doutrinários⁽³³⁾. Em sintonia, o n.º 4 do art. 318.º vinha, no sentido da Directiva, preencher o conceito de unidade económica: «considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados com o objectivo de exercer uma actividade económica, principal ou acessória».

No entanto, esta definição não foi suficiente para conter as vozes dissonantes perante uma formulação normativa algo vaga⁽³⁴⁾, a necessitar, pois, de critérios mais precisos de delimitação. Por outro lado, o conceito não é equiparável ao que possa decorrer usando os critérios operatórios

(31) VASCO LOBO XAVIER, «Substituição da empresa fornecedora de refeições e situação jurídica do pessoal utilizado no local: inaplicabilidade do art. 37.º da LCT (Parecer)», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 28 1986, p. 443 ss.

(32) Acórdão STJ de 24 de Maio de 1995. Anteriormente, no Acórdão de 14 de Fevereiro de 1991, o STJ havia definido o conceito de estabelecimento: entendido como toda a organização produtiva, de natureza comercial, industrial ou agrícola, de meios materiais e humanos articulados para o exercício de uma actividade.

(33) Recorde-se ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura*, cit., p. 606, ao criticar aqueles que identificavam o “estabelecimento como um todo” com a “totalidade do estabelecimento”, ou, ainda, COUTINHO DE ABREU, «A Empresa e o Empregador em Direito do Trabalho (Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro), 1982, p. 48, que, e para efeitos laborais, note-se, defendia já perante o art. 37.º da LCT a possibilidade de transferências parciais de empresa ou de estabelecimento.

(34) Neste sentido, v. M. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II — Situações Laborais Individuais*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 646. Para mais desenvolvimentos sobre o ponto, no âmbito do anterior figurino normativo, v. JOANA SIMÃO, «A transmissão», cit., p. 204 ss.; CATARINA CARVALHO, «Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho no novo Código do Trabalho», in *A reforma do Código do Trabalho*, 2004, p. 461; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 786; A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 386 e DAVID CARVALHO MARTINS, «Transfer of an economic», cit., pp. 27-8.

específicos do direito comercial: sem que se defenda uma compartimentação estanque entre os vários domínios do jurídico e seus conceitos integrantes, não se pode esquecer a teleologia própria do direito laboral⁽³⁵⁾.

De todo o modo, não será audacioso afirmar que este desiderato, mormente quando esteja em causa a parte de uma empresa ou estabelecimento, máxime, da unidade económica, constitui um dos pontos que mais tem conduzido a um tortuoso debate doutrinário e jurisprudencial por conta dos problemas prático-jurídicos que dele resultam.

Aqui, como em tantos outros lugares, a realidade foge ao espartilho da definição e é tudo menos simples discernir entre o que é *substancial* e *acidental*, ainda que se combine uma tipologia exemplificativa com cláusulas abertas, ou se faça apelo a uma teoria de elementos «essenciais» ou de *conditio sine qua non*⁽³⁶⁾.

Como bem ensina João Reis, é manifesto que «a noção de unidade económica não é simples nem segura. Estamos perante uma noção fluida, de “geometria variável”, que faz apelo a critérios que parecem confundir requisitos e consequências da transferência»⁽³⁷⁾, e em que a transmissão de parte da empresa, por força da indefinição do âmbito de unidade económica pode configurar «uma operação que se presta a ser utilizada, fraudulentamente, para expulsar do processo produtivo determinados grupos de trabalhadores»⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Neste sentido, JÚLIO GOMES, «A jurisprudência recente», *cit.*, p. 485, CATARINA CARVALHO, «Algumas questões», *cit.*, p. 461, que avançaram um conceito laboral de unidade económica assente na autonomia organizatória da unidade em apreço.

⁽³⁶⁾ Em linha com a jurisprudência comunitária, DAVID CARVALHO MARTINS, *Da transmissão*, *cit.*, p. 207, escreve: «a unidade económica consiste num conjunto de meios — saber-fazer, contratos, clientela, direitos de propriedade industrial, licenças ou autorizações de direito público — e de pessoas organizado — métodos de trabalho, estrutura, hierarquia — que desenvolve uma atividade económica, principal ou acessória, com ou sem escopo lucrativo; deve ter carácter duradouro, ser suficientemente estruturada e autónoma, ser uma unidade organizada destacável que, no âmbito de um objetivo global, cumpre uma parte desse objetivo, mesmo que se trate apenas de função auxiliar subordinada. Para que seja aplicável o instituto não é necessário a passagem de todos os meios e pessoas que faziam parte da unidade económica sob a gestão do cedente, mas somente aqueles sem os quais a unidade económica não pode física ou legalmente funcionar».

⁽³⁷⁾ JOÃO REIS, «O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho», disponível nos *Cadernos do CEJ: Transmissão da Empresa*, 2014. <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf>, p. 194. Isto é patente, para o autor, nos casos «em que um conjunto de trabalhadores coligados a um determinado fim produtivo é considerado uma unidade económica. Para que haja transferência de empresa exige-se uma passagem significativa dos efectivos da empresa, quando o que se discute é saber se houve transmissão de empresa para efeitos de transferência de contratos de trabalho. Na medida em que estes transitam porque e só porque se verifica uma transmissão de empresa, a mudança de empregador deveria ser considerada um efeito jurídico e não, como parece suceder nalguns casos, ser vista como um pressuposto da transmissão de empresa».

⁽³⁸⁾ JOÃO REIS, «O regime», *cit.*, p. 193. O estudo reporta-se ao regime anterior à Lei n.º 14/2018, mas os riscos apontados pelo autor não foram eliminados sem resto pelo novo normativo.

O panorama introduzido em 2003 continuou com a nova versão do Código, pois o n.º 5 do art. 285.º do Código do Trabalho de 2009 manteve inalterada a formulação antecedente. Entretanto, a 19 de Março de 2018, o quadro normativo conheceu profundas alterações, com a Lei n.º 14/2018, a qual parece ter acolhido uma definição que vai ao encontro de parte da doutrina aludida, bem como da jurisprudência⁽³⁹⁾. Nos novos termos do art. 285.º, n.º 5: «considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória».

Da comparação entre a anterior e a actual formulação normativa, verifica-se a inclusão dos seguintes elementos: I) unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa; II) identidade própria⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ No sumário do Acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 2009 (processo n.º 08S2309) lê-se o seguinte: «O conceito de “estabelecimento” (ou empresa) para efeitos do art. 37.º da LCT abrange, quer a organização afecta ao exercício de um comércio ou indústria, quer os conjuntos subalternos que correspondem a uma unidade técnica de venda, de produção de bens, ou de fornecimento de serviços, desde que a unidade destacada do estabelecimento global constitua uma entidade produtiva autónoma, com organização específica: uma unidade económica. Da aplicação do critério material de unidade económica resulta a irrelevância quer da transmissão de elementos patrimoniais isolados, não agregados entre si, quer da transmissão de bens, interligados ou não, mas não essenciais ou não destinados à prossecução de uma determinada actividade económica. Para determinar se a entidade económica subsiste na esfera do transmissário como um conjunto de meios organizados com suficiente autonomia para poder funcionar de forma independente no mercado (uma unidade económica), há que ponderar a globalidade das circunstâncias em que se processaram os factos susceptíveis de indiciar a transferência do estabelecimento». Ainda na parte decisória do aresto, alinhou-se o seguinte: «O conceito de unidade económica, para este efeito, é definido no direito comunitário (em termos que ficaram no essencial a constar do art. 318.º n.º 4, do Código do Trabalho de 2003 e do art. 285.º, n.º 5, do Código do Trabalho de 2009) como um conjunto de meios materiais e humanos organizados para o exercício de uma actividade económica, principal ou acessória, que mantém a sua identidade [art. 1.º, n.º 1, al. b), da Dir. 2001/23]. Adoptou-se com esta definição um critério material em que avultam dois elementos (31) : um organizatório — a entidade económica apresenta-se como um complexo organizado de bens e/ou de pessoas; um funcional — esse complexo organizado de meios visa prosseguir uma actividade económica». V. também o acórdão do STJ de 24 de Fevereiro de 2010 (processo n.º 78/1998.S1).

⁽⁴⁰⁾ De acordo com JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões críticas sobre a Lei n.º 14/2018 de 19 de Março», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º I, 2018, pp. 89-90, «a unidade económica tem, agora, que estar dotada de autonomia técnico-organizativa e de manter a sua identidade durante a transmissão. Uma vez que a unidade económica não se reduz à mera atividade, a exigência de que o conjunto de meios organizados tenha uma certa autonomia corresponde ao direito europeu e ao entendimento do TJ, desde que se tenha presente que a unidade económica tem que manter a sua identidade, mas não necessariamente a sua autonomia técnico-organizativa para que se possa falar em transmissão. Em suma, autonomia e identidade da unidade económica não se confundem e o que se exige para que se possa falar em transmissão é que a unidade económica mantenha a sua identidade, podendo conservar, ou não, a sua autonomia». Ainda sobre este ponto, A. MENESES CORDEIRO, *Direito do Trabalho — II — Direito individual*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 780, ancorado na jurisprudência nacional, escreve:

Considerando os trabalhos preparatórios do diploma, designadamente as exposições de motivos, parece ressaltar o escopo de evitar que um grupo de trabalhadores possa por si só, desacompanhado de mais elementos produtivos ou organizatórios, constituir uma unidade económica⁽⁴¹⁾. Escrevendo a propósito do novo normativo, e referindo-se à sua aplicação nos casos de *outsourcing*, Monteiro Fernandes sublinha que «operações deste tipo são, por vezes, orientadas para a finalidade — no caso, fraudulenta — da eliminação de efectivos considerados excedentários ou dispensáveis, sem o recurso a despedimentos colectivos para redução de pessoal, os quais envolvem sempre riscos judiciais apreciáveis. A empresa interessada toma, ela própria, a iniciativa de constituir uma outra para a qual transfere (real ou ficticiamente) certas áreas de actividade, e que se destina a encerrar definitivamente, com a consequente caducidade dos contratos de trabalho. Essa “externalização” de funções deter-

«a transmissão, para ter eficácia laboral, deve reportar-se a algo que reúna um mínimo de elementos humanos e materiais funcionalmente organizados (...). Tais meios devem estar ordenados de modo estável, que mantenha a sua identidade e seja dotado de autonomia, com vista à prossecução de uma atividade económica que perdure, na entidade transmissória».

(41) Nesta linha, o Projeto de Lei do *Bloco de Esquerda* (p. 1) deixava muito clara a intenção de reforçar os direitos dos trabalhadores afetados por uma transmissão: «a utilização abusiva e perversa deste mecanismo é facilitada ainda por outras razões. Uma delas é a indeterminação do conceito de “unidade económica”, que pode facilitar uma interpretação criativa (o que não quer dizer legítima à luz da atual lei) por parte de empresas que pretendam utilizar este regime de forma viciosa». E acrescentava-se (pp. 3-4): «para evitar utilizações fraudulentas da lei, haveria que garantir que a entidade económica deve manter a sua identidade. Isto é, quando uma grande empresa seleciona determinados grupos de trabalhadores para serem abrangidos pela “transferência de estabelecimento”, esses trabalhadores devem constituir verdadeiramente unidades económicas viáveis para prosseguirem uma atividade económica dotada de um fim próprio. Com efeito, para que possa constituir uma “unidade económica”, a parte da empresa ou estabelecimento em causa deve corresponder a um conjunto de meios organizados e com autonomia suficiente para poder funcionar no mercado com independência em relação à empresa ou estabelecimento cedente, realizando de forma autossuficiente um serviço. Como sabemos, algumas das transferências de estabelecimento que se têm efetuado estão longe de corresponder a este critério». No mesmo sentido, lia-se na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 603/XIII/2.^a de autoria do PAN, o seguinte: «este conceito pode, pela sua abrangência, ser interpretado de forma abusiva, conferindo a natureza de unidade económica a empresas, ou estabelecimentos ou ainda de parte de empresas ou estabelecimentos que, ainda que possuam uma determinada estrutura organizativa, não têm qualquer viabilidade económica e inclusive podem até funcionar na plena dependência de uma outra empresa. Recemos, portanto, que este mecanismo possa ser utilizado para transferir trabalhadores entre empresas que nomeadamente se encontrem em situação de domínio ou de grupo, estando a empresa para a qual foram transferidos na plena dependência de uma outra, exercendo a sua actividade sem qualquer autonomia». Por seu turno, o projecto de lei n.º 606/13 do Partido Socialista, referia que o conceito de unidade económica, «tal como consta do número 5 do art. 285.º do já citado Código do Trabalho, obriga a um juízo de discricionariedade que pode implicar decisões diferentes consoante o setor de atividade ou consoante a avaliação casuística que é feita. É por isso que o Partido Socialista considera que, antes de mais, é necessário densificar este conceito e garantir a eficaz proteção dos trabalhadores».

mina (pelo mesmo mecanismo desenhado no art. 285.º do CT) a passagem dos trabalhadores que lhes estão afectos para a nova empresa, transformada em antecâmara do desemprego»⁽⁴²⁾.

Em face do novo texto legal, é legítimo, *rectius*, necessário, perguntar se ele implicará um desvio, uma distorção do conceito de unidade económica na acepção da Directiva n.º 2001/23/CE, dado que é a luz desta que o conceito deve ser lido e interpretado. Os novos critérios integradores não constam do n.º 1, alínea *b*) do art. 1.º da Directiva, nem da regra nacional em vigor até Março de 2018 e que se «limitara» a transpor o imperativo comunitário.

As manifestações doutrinárias sobre este ponto não são pacíficas. Por um lado, alguma doutrina defende que a densificação normativa traduz a intenção do legislador nacional em concretizar o entendimento da jurisprudência do TJ sobre a matéria⁽⁴³⁾. Por outro lado, um importante sector da doutrina considera que o actual recorte normativo acaba por restringir o alcance do regime da transmissão, suscitando, nesta medida, dúvidas de conformidade com o direito da União Europeia, concretamente com a Directiva 2001/23/CE (art. 1.º, I), bem como com o entendimento jurisprudencial que o areópago do Luxemburgo tem feito sobre ela⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos», *cit.*, p. 26.

⁽⁴³⁾ Nesse sentido, v. 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*, 2018, I, p. 110, nota 15 e TIAGO COCHFEL DE AZEVEDO, «Transmissão indireta: algumas notas à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2019, I, p. 243.

⁽⁴⁴⁾ Assim, JOANA VASCONCELOS, *Código do Trabalho anotado*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, pp. 677-8; M. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II — Situações Laborais Individuais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 686; MILENA ROUXINOL, «Transmissão da unidade económica», in *Direito do Trabalho — Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 850; DAVID CARVALHO MARTINS, «Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018, I, p. 123 e PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO MADEIRA DE BRITO, «O novo regime da transmissão da unidade económica introduzido pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2018, p. 29. Ancorados no Acórdão João Filipe Ferreira da Silva e Brito e outros, de 9 de Setembro de 2015, Processo C-160/14, estes últimos autores, escrevem: «no qual se discutiu se a dissolução da companhia de aviação Air Atlantis e a sua substituição pela TAP, S.A., nalguns voos charters com utilização de aviões e contratação de pessoal configura uma situação de transferência de entidade económica. Entendeu o TJ que “o facto de a entidade cujo equipamento e parte do pessoal foram transferidos ter sido integrada na estrutura da TAP, sem conservar a sua estrutura organizacional autónoma, não é pertinente, para efeitos da aplicação do art. 1.º, n.º 1, da Directiva 2001/23, na medida em que se conservou um nexo entre, por um lado, esse equipamento e essas pessoas transferidos para aquela e, por outro, a prossecução das atividades anteriormente exercidas pela sociedade dissolvida». E concluem: «deste ponto de vista, a opção do legislador nacional tomada na Lei n.º 14/2018 quanto à definição de unidade económica poderia agora excluir este caso concreto do regime da transmissão da empresa ou do estabelecimento porque não existiria, no

Nas palavras de Júlio Gomes, «a “densificação” deste conceito pode acabar por acarretar um conflito com a jurisprudência do TJ. Com efeito, a metodologia seguida pelo TJ privilegia a análise do caso concreto, com a ponderação global dos indícios no caso concreto, entre os quais a área de atividade e determinar se se trata de uma atividade que assenta essencialmente, ou não, na mão-de-obra, o que pode acarretar um certo casuísmo, mas que é o preço inevitável a pagar por este método»⁽⁴⁵⁾.

Acompanhando aquela segunda linha interpretativa, Maria do Rosário Palma Ramalho propõe a seguinte leitura do actual n.º 5 do art. 285.º do CT: «o critério a ter em conta não deve ser o da organização formal da empresa (em secções ou serviços), mas antes o critério económico da possibilidade de individualização de uma parte da sua actividade numa unidade negocial autónoma». Por outras palavras, o que parece decisivo para a equiparação da transmissão de «parte» da empresa ou do estabelecimento à transmissão da própria empresa ou do próprio estabelecimento é o *conceito de unidade de negócio*⁽⁴⁶⁾. Será bastante, todavia, para determinar o que seja uma parte com autonomia (uma unidade dentro de uma outra unidade maior, não só distinguível dela mas também das outras possíveis unidades que formariam o todo), será bastante, dizíamos, apelar para a *unidade do negócio* (transmissivo)⁽⁴⁷⁾?

caso da Air Atlantis, uma estrutura organizacional que tivesse sido transmitida com a manutenção da sua identidade própria. Esta opção do legislador está desconforme com o Direito da União Europeia» (p. 33). Note-se, porém, que esta argumentação expendida pelo TJ: «sem conservar a sua estrutura organizacional autónoma» refere-se à manutenção da identidade da unidade económica após a transmissão, ao passo que o critério integrador da regra nacional (autonomia técnico-organizativa) deve recair sobre a configuração da unidade antes do negócio transmissivo. A este propósito, razão assiste à MILENA ROUXINOL, «Transmissão da unidade económica», in *Direito do Trabalho — relação individual*, 2019, Almedina, Coimbra, p. 850, nota 7, ao sublinhar que «a referência à identidade económica deve ser relativizada, *rectius*, deslocalizada, fazendo-se relevar não a respeito da aferição da existência, prévia à transmissão, de uma unidade económica, mas ulteriormente, no âmbito da averiguação sobre se ocorreu ou não transmissão, através da comparação do *quid* pretensamente transmitido tal como ele era antes da pretensa transmissão com as suas características depois deste facto».

⁽⁴⁵⁾ JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões», *cit.*, p. 88, nota 45.

⁽⁴⁶⁾ M. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado*, II, 2019, *cit.*, p. 687, nota 19.

⁽⁴⁷⁾ Uma leitura mais consentânea do novo preceito parece ser a perfilada por MILENA ROUXINOL, «Transmissão da unidade», *cit.*, p. 852, nota 7: «A referência à autonomia técnico-organizativa deve, a nosso ver, ser lida como significando que a unidade económica deve ser um conjunto de meios aptos, autonomamente, à prossecução de uma atividade».

5. Conclusão

Em nosso entender, a teleologia do preceito comunitário e o conjunto do seu enunciado normativo comportam a novação legislativa nacional. Esta dirige-se intencionalmente a reforçar a protecção dos trabalhadores contra mecanismos negociais ou estratégias empresariais que limitem o regime protectivo, como acontece (recordamos as palavras de João Reis) quando no recorte do que seja unidade económica «se faz apelo a critérios que parecem confundir requisitos e consequências da transferência»⁽⁴⁸⁾, i. é, quando o que deveria ser um *efeito* (a transferência dos trabalhadores) se converte no *pressuposto* bastante para a própria transmissão: há transmissão de empresa quando se transferem trabalhadores e os trabalhadores são transferidos porque houve transmissão.

Conforme referimos, o TJ teve recentemente ocasião de se pronunciar acerca de um caso grego cujos circunstancialismos fácticos apontavam para um *modus operandi* muito próximo daquele (transferência de um grupo de trabalhadores para efeitos de transmissão). Note-se, aliás, que as declarações de parte da judicatura helénica puseram a tónica na inexistência de autonomia da unidade económica. Por seu turno, o TJ, acolhendo as conclusões do Advogado-Geral, determinou que «o princípio geral de direito da União segundo o qual a aplicação da regulamentação da União não pode ser alargada ao ponto de cobrir operações realizadas com o objetivo de beneficiar fraudulenta ou abusivamente das vantagens previstas no direito da União. Daqui decorre que o benefício das disposições do direito da União deve ser recusado quando estas são invocadas, não para realizar os objetivos dessas disposições, mas com o objetivo de beneficiar de uma vantagem do direito da União, quando as condições para beneficiar dessa vantagem apenas estão formalmente preenchidas»⁽⁴⁹⁾. Embora o TJ pudesse aqui ter ido mais longe, optou, uma vez mais, por remeter a questão fulcral do caso sub judice à apreciação do juiz nacional. Ainda assim, tal remissão é inegavelmente relevante, na medida em que aquilo que se defende parece ser outra coisa⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ JOÃO REIS, «O regime», *cit.*, p. 194.

⁽⁴⁹⁾ N.ºs 50 e 51. No mesmo sentido foram as conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar que, além de sublinhar a singularidade do caso em virtude de ter sido o empregador e não os trabalhadores a invocar a Directiva, defendeu que esta «não deve ser aplicada caso se apure que o objetivo prosseguido com a transferência da entidade económica não era manter a atividade económica em causa, mas contornar os deveres de protecção dos trabalhadores consagrados no ordenamento jurídico nacional».

⁽⁵⁰⁾ Referindo-se aos projectos de lei subjacentes à Lei n.º 14/2018, TIAGO COCHFEL DE AZEVEDO, «Transmissão indireta», *cit.*, p. 231, nota 6, escreve: «para o efeito, os referidos projetos tomaram

Mas importa considerar ainda o texto global da Directiva, de modo particular o que se dispõe no art. 8.º e que legitima o legislador nacional a criar normas mais favoráveis aos trabalhadores⁽⁵¹⁾. Qual seja o alcance de mais favorável e em que domínios pode ser realizado não consta do texto comunitário, mas não nos parece que a actual definição da lei portuguesa desequilibre a ponderação de valores inerente à Directiva, pelo contrário, julgamos que numa leitura de *checks and balances* o preceito português responde de forma adequada⁽⁵²⁾. Aliás, há muito que na jurisprudência e doutrina nacionais se traçava o caminho desta concretização normativa, com apelo ao critério da «autonomia técnico-organizativa»⁽⁵³⁾, do qual como vimos também se servem as judicaturas e ordenamentos de outros Estados-Membros.

como exemplo um caso concreto (sem, no entanto, diga-se, serem apresentados dados ou referências claras sobre a efetiva utilização abusiva da figura pelos empregadores nacionais, e sendo certo que na maioria dos casos analisados pelos Tribunais *o enfoque não está na natureza “fraudulenta” da transmissão, mas sim na simples verificação, ou não, da sua ocorrência*)» (sublinhado nosso).

⁽⁵¹⁾ Merece também aqui ser realçada a Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de Janeiro de 2017, sobre um Pilar Europeu dos Direitos Sociais [2016/2095(INI)], cujo preâmbulo dispõe: 16 — o Pilar Europeu dos Direitos Sociais não impede os Estados-Membros ou os seus parceiros sociais de estabelecerem normas sociais mais ambiciosas.

⁽⁵²⁾ Em sentido contrário, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO MADEIRA DE BRITO, «O novo regime», *cit.*, pp. 34-35.

⁽⁵³⁾ Para além dos acórdãos já referenciados, veja-se ainda os acórdãos do STJ de 27 de Maio de 2004 e de 29 de Junho de 2005, e o mais recente aresto de 6 de Dezembro de 2017 (Processo n.º 357/13.3TTPDL.L1.S1).