

A subcontratação e as relações individuais de trabalho à luz da actual legislação laboral

Ana Lambelho Costa

*Docente da Escola Superior de
Tecnologia e Gestão do Instituto
Politécnico de Leiria*

1. O recurso à subcontratação forma de estabelecimento de redes de empresas

A globalização dos mercados e o conseqüente aumento da concorrência fez com que as empresas adaptassem a sua forma de organização interna e se especializassem na produção dos bens ou serviços em que podem apresentar um valor acrescentado¹.

As estruturas empresariais são actualmente de menor dimensão, o que as torna mais leves e flexíveis. Porém, esta diminuição de tamanho não corresponde a menor poderio.

¹ “As cada vez maiores variedade e complexidade dos mercados, assim como as cada vez maiores variedade e complexidade das tecnologias disponíveis dificultam a possibilidade de uma empresa se posicionar em “todas as frentes”, conduzindo, de forma natural, a uma especialização das suas actividades.”. AMÉRICO LOPES DE AZEVEDO, *Novos Modelos de Negócio*, Lisboa, Principia, 2000, disponível em http://www.spi.pt/documents/books/ecommerce/cenmn/cap_apresentacao.htm, consultado pela última vez em 23/11/2008.

A grande empresa dividiu-se e especializou-se² nas tarefas mais rentáveis e competitivas sem, contudo, desaparecer³. Apenas transmudou a sua forma jurídica. A par dos grupos societários surgem cada vez mais outras formas de organização empresarial em rede alicerçados já não nas regras do Código das Sociedades Comerciais, mas sim em contratos civis, comerciais ou administrativos geradores de dependências económicas e comerciais que vão muito para além da participação no capital social.

A organização em rede caracteriza-se pela especialização e pela divisão do processo produtivo entre várias empresas que, embora juridicamente independentes, passam a estar economicamente dependentes de outras.

A subcontratação é apenas um dos mecanismos através do qual se pode estabelecer a rede a par de outros como os consórcios, a associação em participação, a franquia, a concessão e os grupos societários.

O termo “subcontratação” é utilizado com vários significados. Em rigor, para que haja subcontratação é necessário que haja primeiro contratação. Porém, é usual utilizar-se a expressão para referir as situações em que alguém atribui a terceiro a execução de determinada

² Verifica-se, mas palavras de AMÉRICO LOPES DE AZEVEDO, uma “tendência de desintegração vertical, ou de ‘desagregação’, de competências”. *Novos Modelos de Negócio*, cit.. Utilizando a mesma expressão, no directo italiano, P. ICHINO, *apud*, PASQUALINO ALBI, «Frammentazione dell’impresa e stabilità del posto di lavoro», *Lavoro e Diritto*, n.º 4, ano XX, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 639.

³ Como bem alerta MANUEL CASTELLS “*No estamos siendo testigos de la desaparición de las grandes y poderosas compañías, pero sí de la crisis de su modelo de organización, basado en la integración vertical y la gestión funcional jerárquica*”. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Volume 1, *La sociedad red*, 2ª edição, reimpressão, Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 206-207.

obra ou serviço, mediante o pagamento de um preço. Nesta acepção, o objecto deste contrato pode ser idêntico à obrigação assumida pelo contratante com o seu cliente ou o corresponder a uma obra ou serviço necessários à prossecução da actividade do contratante. É esta última situação que nos interessa, por ser a que levanta problemas novos e que corresponde à forma de organização empresarial emergente.

Através da subcontratação o empresário leva a cabo a sua actividade de forma indirecta, sem ter de assumir a posição de empregador, mas beneficiando do serviço prestado pelos trabalhadores das empresas com quem contrata. Esta situação é ainda mais premente e juridicamente sensível nos casos em que a actividade é prestada nas instalações da empresa contratante e em que esta tem um elevado poder de controlo sobre o modo de execução do contrato de prestação de serviços que celebrou com a outra empresa.

O recurso à subcontratação por parte da empresa que subcontrata pode ser uma opção tomada *ab initio* – isto é, a empresa nunca realizou a tarefa subcontratada – ou posteriormente, como resultado de um processo de reestruturação, caso em que se fala de externalização da actividade.

O objecto do contrato entre a empresa contratante e a contratada pode corresponder à actividade principal da empresa ou, como é mais comum, actividades complementares ou acessórias.

A constituição de redes de empresas em geral, e a subcontratação em particular parecem, à partida, inofensivas do ponto de vista laboral, dado influenciar sobretudo a forma de organização da empresa. Porém, e como veremos já em seguida, é precisamente esta

aparente inocuidade do fenómeno que o torna tão devastador e dificulta a regulação dos seus efeitos nas relações de trabalho.

2. Os efeitos da subcontratação nas relações individuais de trabalho

2.1. Efeitos na relação laboral do trabalhador da empresa principal

Quando a cooperação empresarial se faça com recurso à subcontratação e esta envolva a externalização da actividade, a empresa que toma tal decisão vê-se na contingência de ter de decidir o futuro dos trabalhadores que desempenhavam a(s) actividade(s) abrangidas e que, em virtude daquela opção, deixam de ser necessários. Colocam-se três alternativas⁴: (i) a reclassificação profissional do trabalhador e/ou a sua transferência para outro estabelecimento do empregador; (ii) a transmissão dos contratos de trabalho para quem passar a exercer a actividade externalizada; (iii) despedimento.

⁴ F. CASANI; M.^a A. LUQUE, J. RODRÍGUEZ, P. SORIA, «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», [*Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*](#), n.º 14, 1998, p. 1187.

A) A reclassificação profissional do trabalhador e/ou a sua transferência para outro estabelecimento do empregador

A reclassificação profissional do trabalhador pode implicar ou não a diminuição da categoria profissional. Quando determine diminuição da retribuição será necessário autorização por parte do serviço competente do Ministério do Trabalho, actualmente a Autoridade para as Condições de Trabalho. Em qualquer caso é exigido o acordo do trabalhador (artigos 119.º e 361.º, n.º 3, do CT).

Pode suceder também que o trabalhador, com fundamento na extinção parcial do estabelecimento onde presta a sua actividade, seja transferido para outro estabelecimento do mesmo empregador, nos termos do artigo 194.º do CT, n.º 1, al. a), do CT. Neste caso, alegando e provando prejuízo sério o trabalhador poderá resolver o contrato, com direito a compensação (artigo 194.º, n.º 5).

A transferência do trabalhador e a reclassificação são medidas conservatórias do contrato de trabalho que não assumem especificidades quando incluídas em processos de subcontratação, configurando, ademais, casos marginais.

B) A transmissão dos contratos de trabalho para quem passar a exercer a actividade externalizada

A subcontratação pode vir acompanhada ou não da transmissão de elementos que permitam ao terceiro o desempenho da actividade económica contratada.

Nos casos em que com a externalização não há a transmissão de nenhum elemento da empresa ou são transmitidas apenas coisas que não constituem uma unidade económica autónoma, se o empregador titular da actividade externalizada não necessitar dos trabalhadores abrangidos naquela ou noutra unidade produtiva de que seja titular – caso em que existirá uma mobilidade funcional e/ou geográfica ou uma reclassificação profissional – só lhe restará a solução de proceder à cessação unilateral dos contratos de trabalho em causa ou à sua cedência a outro empregador.

A cessão da posição contratual do empregador não é a solução mais usual nestes casos, dada a natureza *intuitus personae* do contrato de trabalho, mas é um instituto que, em nosso entender, pode perfeitamente ser aplicado neste caso com vantagens para o trabalhador, na medida em que este vê assegurada a manutenção da relação laboral, mantendo-se inalterada a sua posição jurídica, e tendo o novo empregador de cumprir os deveres a que o primitivo estava obrigado, com a segurança de que tal só acontecerá se ele nisso anuir (artigo 424.º do Código Civil).

Já quando os elementos transmitidos tenham coesão e valor suficiente que permitam a prossecução de uma actividade económica de forma autónoma teremos de convocar as normas laborais sobre transmissão de empresa ou estabelecimento, previstas nos artigos 285.º e ss. do Código do Trabalho, que transpõem a Directiva 2001/23/CE do Conselho de 12 de Março de 2001⁵.

⁵ Esta directiva revoga as Directivas 77/187/CEE, do Conselho, e 98/50/CE, do Conselho, ambas relativas à aproximação das legislações dos Estados-Membros

A questão da transmissão da unidade económica tem sido amplamente estudada pela doutrina⁶ e objecto de construção jurisprudencial, sobretudo ao nível do Tribunal de Justiça das Comunidades. Atento o âmbito do nosso estudo, analisaremos apenas os problemas que, nesta sede, são colocadas pela subcontratação.

Sendo a transmissão total ou parcial da unidade produtiva um acto do empregador amparado pelo princípio constitucional da liberdade de empresa (artigo 61.º da CRP) que pode contender com os direitos dos trabalhadores, o legislador resolveu intervir impondo que os contratos de trabalho se transmitam para o novo adquirente da empresa, ficando este temporariamente responsável, em solidariedade, com o transmitente pelas dívidas laborais vencidas à data da transmissão (artigo 3.º da Directiva 2001/23/CE e 285.º do CT).

respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos.

⁶ Quanto à doutrina portuguesa, por exemplo, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «[Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário](#)», *Questões Laborais*, n.º 14, Coimbra, Coimbra editora, 1999, pp. 213-240; FABRÍCIA DE ALMEIDA HENRIQUES, «Transmissão do estabelecimento e flexibilização das relações de trabalho», *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 2001, pp. 969-1038; JÚLIO 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, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 481-525; CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, «Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho no novo Código do Trabalho», *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra editora, 2004, em especial, p. 460 e ss.; RODRIGO SERRA LOURENÇO, «Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 267-296. O tema é também amplamente estudado na doutrina espanhola, nomeadamente a propósito da chamada “*sucesión de contratas*”. Vide, por exemplo, TOMÁS SALA FRANCO, «Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, n.º 1, 2005, pp. 1031-1037.

Para que seja activada a tutela legal é necessário que seja transmitida “uma unidade 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” (artigo 1.º, n.º 1, alínea a) da Directiva 2001/23/CE). Desta noção retiramos várias conclusões.

A primeira é a de que não basta que o transmissário adquira quaisquer elementos que compõem o estabelecimento. Tem de se tratar de um conjunto de meios organizados que sejam idóneos à prossecução de uma actividade de forma autónoma. Não é necessário que eles funcionassem com autonomia no seio da organização do transmitente, mas é imprescindível que lhes seja reconhecida a potencialidade para tal⁷. De igual modo, não é necessário que a unidade económica conserve a autonomia no seio da organização do transmissário⁸. É indiferente que os meios fossem usados pelo transmitente na actividade principal a que se dedica ou em actividades acessórias⁹.

Os elementos constitutivos da unidade económica não têm de ser necessariamente corpóreos, podendo consistir na firma ou em

⁷ Neste sentido, entre outros, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Descentralización productiva y sucesión de empresas», MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ [coordenadora], *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 233.

⁸ Neste sentido, *vide* o acórdão *Klarenberg*, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 12/02/2009, processo C-466/07.

⁹ Como se pode ler no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/06/2007, processo n.º 3721/2007-4 “O critério decisivo para estabelecer a existência de uma transferência, na acepção da directiva, está em saber se a entidade em questão mantém ou não a sua identidade”, disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 05/05/2008.

patentes e modelos de utilidade. A delimitação do que é uma unidade económica dotada de autonomia é tarefa complicada, sobretudo nas situações em que o factor de produção preponderante é o trabalho. Nestes casos, a distinção entre prossecução da mesma actividade e transmissão da unidade produtiva é intrincado, pois se, em regra, não deve ser a mera prossecução da mesma actividade que determina a aplicação da Directiva e correspondentes normas do Código do Trabalho, também não nos parece acertada a solução de considerar que há transmissão da unidade económica pelo simples facto de se transmitirem alguns contratos de trabalho. No entanto, concordamos que, em princípio, a manutenção do núcleo essencial dos trabalhadores da transmitente é um indício revelador da transmissão da unidade económica, mas, como afirma o Supremo Tribunal de Justiça, “A importância deste indício varia em função do ramo de actividade e pode bastar-se com a continuidade de trabalhadores que ocupam postos chave em determinado estabelecimento ou parte de estabelecimento. Isto não significa, como refere o citado Professor [JÚLIO GOMES], que se reduza a actividade económica à mera actividade. A sua identidade pode resultar de outros elementos (enquadramento dos trabalhadores, organização do trabalho, métodos, ou, sendo caso disso, os meios de exploração à sua disposição). Não deixa contudo este critério de ter particular relevo nos casos em que os recursos humanos são mais importantes para a organização da

actividade e, designadamente nos casos em que os operadores económicos não formalizam a transmissão da exploração”¹⁰.

O Tribunal de Justiça das Comunidades já se pronunciou sobre este aspecto, nomeadamente no acórdão *Christel Schmidt*, de 14 de Abril de 1994 (processo C-392/92), e no acórdão *Süzen*, de 11 de Março de 1997 (processo C-13/95).

No fundo, a questão decidenda em ambos os acórdãos é a de saber se os serviços de limpeza de uma empresa podem ser considerados parte de estabelecimento para efeitos de aplicação da directiva comunitária.

O que diferiu nestes dois casos e que contribuiu decisivamente para a diferente solução dada pelo Tribunal foi o facto de no primeiro caso a empresa transmissória querer manter a trabalhadora ao seu serviço e no segundo caso não. A trabalhadora foi entendida pelo Tribunal como um elemento do activo da empresa que, tendo sido transmitido permitia, face à sua capital importância nas actividades de limpeza, afirmar a transmissão de uma unidade económica autónoma.

Os citados arestos não deixam de colocar a questão importante de, em última análise, se deixar nas mãos do empregador e do adquirente a decisão discricionária de estarem ou não submetidos às regras laborais da transmissão de empresa ou estabelecimento, bastando, para tanto, que acordem ou não na cessão de alguns

¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/02/2010, processo n.º 78/1998.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 02/09/2010.

contratos de trabalho¹¹. Deparamo-nos com o inusitado de os empresários conseguirem paralisar um efeito de ordem pública – a transmissão automática dos contratos – que a vontade do trabalhador não é, de forma pacífica, apta a impedir. Este entendimento tem ainda um outro efeito pernicioso: nos casos em que não há transmissão de quaisquer outros elementos, transmitente e transmissário vão inibir-se de celebrar quaisquer acordos versando sobre a manutenção dos contratos de trabalho, sob pena de se verem na contingência de ser decretada uma transmissão de estabelecimento. Ou seja, nestes casos, ainda que o transmissário admita absorver alguns dos trabalhadores do transmitente, não obstante não haver transmissão da unidade económica, não o fará, pois poder-se-á ver na obrigação legal de ter de acolher todos os trabalhadores do anterior empregador e ficar solidariamente obrigado pelos créditos laborais vencidos. Não foi, certamente, este o resultado que o Tribunal de Justiça das Comunidades desejava alcançar e também não tem de ser essa a sua interpretação.

Cremos que, tal como também refere o citado acórdão¹², para aferir se estamos ou não em presença de uma unidade económica, teremos de analisar se há a transmissão de alguns elementos, ainda

¹¹ WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2004, p. 690. Também abordando a questão, mas entendendo que nestes casos se deve analisar cuidadosamente o comportamento das partes para aferir do sentido da sua declaração negocial se houve ou não transmissão da empresa, JÚLIO 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, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 504-505.

¹² Vide pontos 18 e 20 do mesmo.

que de natureza incorpórea, como sejam o logótipo do estabelecimento, o *know-how* e a clientela, assim como temos de atender à natureza da actividade exercida. Nos sectores onde o trabalho humano é o elemento verdadeiramente importante, a assunção de alguns trabalhadores pelo transmissário, quando conjugada com os restantes elementos, pode indiciar a existência de transmissão de estabelecimento, nomeadamente quando os trabalhadores cujo contrato foi objecto de transmissão constituem o “núcleo duro” do pessoal afecto à prossecução daquela actividade¹³. Mas esta conclusão tem de ser tomada com cautelas, pois tal facto já não conhecerá o mesmo relevo nos casos em que a assunção dos trabalhadores resulta de cláusula de convenção colectiva. Ou seja, a mera transmissão de alguns contratos de trabalho não pode ser tomada como presunção de transmissão da unidade económica, até porque, como assinala a doutrina espanhola, a transmissão dos contratos de trabalho é um efeito e não o elemento, a causa, da transmissão do estabelecimento¹⁴.

Como resulta do exposto, a aplicação da Directiva aos casos de sucessão de contratos de prestação de serviços ou de externalização

¹³ Neste sentido, *vide* JÚLIO 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», *cit.*, p. 493.

¹⁴ L. M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, tirant lo blanch, Valência, 1997, p. 28; e WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2004, p. 689. Ainda sobre as divergências entre a Directiva e a jurisprudência espanhola, veja-se JESÚS CRUZ VILLALÓN, «Outsourcing y relaciones laborales», *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pp. 279-289.

de actividades em que a mão-de-obra é o único elemento relevante da unidade económica é extremamente difícil.

A legislação laboral sobre transmissão de uma unidade económica tenta operar a concordância prática entre o direito fundamental do trabalhador à segurança no emprego e o direito, de igual valia do empregador à liberdade de iniciativa económica¹⁵, traduzida, *in casu*, no interesse em manter o valor do objecto negocial estabelecimento para o qual, indubitavelmente, contribui a força de trabalho que lhe está afecta. Ao não atender às causas que subjazem à transmissão, o legislador tenta assegurar que a mudança da titularidade da empresa seja um facto neutro para os trabalhadores, impondo como efeito legal a sub-rogação do transmissário ao transmitente na posição de empregador¹⁶.

Tal como está desenhado o regime português dos efeitos laborais da transmissão da unidade económica, o trabalhador não tem reconhecido, pelo menos de forma expressa, o direito de oposição à transmissão do seu contrato de trabalho para o transmissário. Esta solução já é, em si, questionável. Porém, nos casos em que a aplicação

¹⁵ Afirmando que a subrogação automática do transmissário nos contratos de trabalho nos casos de transmissão da unidade económica não afecta os direitos constitucionais à segurança do emprego nem à liberdade de iniciativa económica, *vide* acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/02/20210, processo n.º 78/1998.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 02/09/2010.

¹⁶ Como salienta MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, a tentativa de neutralização dos processos de transmissão de empresas operada pela lei laboral, através da consagração do efeito subrogatório, leva a que os fenómenos de descentralização produtiva se revistam também de uma aparente inocuidade. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Descentralización productiva y sucesión de empresas», *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ [coordenadora], Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 213.

das regras da transmissão de unidade económica vêm contextualizadas num quadro de reestruturação empresarial e de redes de subcontratação, a eficácia da regra da manutenção da relação laboral na titularidade do adquirente, sem direito de oposição do trabalhador é ainda mais discutível. Na verdade, quando a aquisição de parte ou da totalidade da unidade económica cedida é feita por uma grande empresa, os direitos dos trabalhadores cedidos encontram-se mais salvaguardados do que naqueles outros em que a empresa é criada para o efeito ou se trata de uma empresa despatrimonializada. As grandes empresas não só apresentam maior solvabilidade financeira, como a tutela colectiva dos direitos desses trabalhadores não padecerá, em princípio, das limitações conhecidas pelas pequenas empresas que, em virtude da sua dimensão e de outros factores que adiante se analisarão, coartam de forma mais candente as possibilidades de existência de uma negociação colectiva forte e de estruturas de representação dos trabalhadores com suficiente dinamismo e peso reivindicativo.

Pelo exposto, o interesse do trabalhador pode não ser o da transmissão automática, sem possibilidade de oposição, do seu contrato de trabalho para o adquirente da referida unidade económica. De facto, o adquirente da unidade económica pode não oferecer garantias de solvabilidade financeira, o que ocorre principalmente nos casos em que a unidade económica é transmitida a uma nova

sociedade criada para o efeito, em que muitas vezes, os sócios são os mesmos, e a transmitente é o único cliente da transmissária¹⁷.

A aplicação da regra da transmissão automática dos contratos de trabalho, cujo fundamento é a protecção dos trabalhadores, provoca o bizarro efeito de servir na perfeição os interesses da empresa contratante, na medida em que lhe permite reduzir o número de trabalhadores e furtar-se à aplicação de uma convenção colectiva vantajosa para os trabalhadores. A subcontratação transforma um instrumento de tutela laboral em mecanismo facilitador daquela opção organizativa¹⁸.

Uma forma de evitar este efeito seria a lei ou a contratação colectiva preverem um direito de oposição à transmissão do contrato a favor do trabalhador¹⁹, regulando as suas consequências e fixando prazo razoável para tal. Embora a lei imponha ao transmitente e ao transmissário o dever de informar o trabalhador dos termos da transmissão, pode ocorrer que o trabalhador só se consiga aperceber

¹⁷ Vejam-se, por exemplo, as situações relatadas no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/05/2005 (processo n.º 05S164), disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 18/10/2009.

¹⁸ Neste sentido, *vide* WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *Revista de Derecho Social*, n.º 33, 2006, p. 232; JÚLIO 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», *cit.*, p. 517 e ss..

¹⁹ Defendendo o direito de o trabalhador se opor à transmissão do seu contrato em caso de transmissão do estabelecimento *vide*, na doutrina portuguesa, por exemplo, RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», www.verbojuridico.net; JÚLIO 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», *cit.*, p. 516 e ss..

das reais condições da transmissão quando esta efectivamente se concretize, pelo que seria aceitável que esse prazo só terminasse depois daquele momento²⁰.

De nenhuma das Directivas comunitárias sobre a matéria resulta claramente um direito de oposição para o trabalhador, embora também não se possa inferir o contrário, sobretudo se atentarmos no já aludido intuito protector das mesmas²¹. A jurisprudência comunitária já se pronunciou no sentido de o trabalhador não poder ser obrigado a continuar a sua relação laboral com uma pessoa que o não contratou, cabendo a cada Estado-membro definir a sorte da relação laboral do trabalhador que se recuse a prosseguir-la com o transmissário. Fê-lo em 1985 com o acórdão *Danmolds Inventar*, de 11 de Julho, e em 1992 no acórdão *Katsikas*, de 16 de Dezembro: “As disposições do n. 1 do artigo 3. da Directiva 77/187,(...) não obstam a que um trabalhador empregado pelo cedente à data da transferência da empresa, na acepção do n. 1 do artigo 1. da directiva, se oponha à transferência do seu contrato ou da sua relação laboral para o cessionário. A Directiva não obriga, no entanto, os Estados-membros a prever que,

²⁰ FRANCISCO LIBERAL FERNANDES defende que o desacordo com a transmissão do contrato de trabalho deve ser manifestado antes de a transferência de estabelecimento produzir efeitos. «[Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário](#)», *cit.*, p. 239[74]. No mesmo sentido o acórdão do Supremo tribunal de Justiça, 29/06/2005 (processo n.º 05S164), disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 18/10/2009.

²¹ RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», *cit.*, p. 12. Refira-se, ainda que a Directiva 2001/23/CE, à semelhança das anteriores, permite que os Estados-membros prevejam disposições mais favoráveis para os trabalhadores (artigo 8.º).

na hipótese de o trabalhador decidir livremente não manter o contrato ou a relação laboral com o cessionário, o contrato ou a relação de trabalho se mantenham com o cedente. Também não se opõe a isso. No caso vertente, compete aos Estados-membros determinar o destino reservado ao contrato ou à relação laboral com o cedente.”²².

Não obstante o princípio da interpretação da lei conforme o Direito Comunitário, a verdade é que o modo como os diferentes países acolheram e transpuseram as orientações comunitárias nos seus ordenamentos jurídicos internos não foi uniforme. De facto, podemos encontrar países que expressamente consagram o direito de oposição do trabalhador (é o caso da Alemanha e do Reino Unido²³) e outros que não o fazem, pelo menos expressamente (como, por exemplo, Portugal Espanha e França).

Para além desta questão, coloca-se ainda uma outra que é a das consequências do exercício desse direito. Segundo o próprio acórdão *katsikas*, a resolução deste problema compete aos Estados-membros. O órgão jurisdicional comunitário não parece impor aos Estados-membros uma linha orientadora nesta matéria, isto é, contanto que os ordenamentos jurídicos de cada Estado permitam ao trabalhador não ser obrigado a permanecer ao serviço do transmissário, estará cumprida a injunção comunitária,

²² Esta corrente jurisprudencial foi depois afirmada noutros arestos, como, por exemplo, o acórdão *Merckx*, de 7 de Março de 1996, e o acórdão *Europièces*, de 12 de Novembro de 1998.

²³ Vide §613^a, n.º 6, do *BGB*, e ponto 4.7. do *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006*.

independentemente da forma jurídica desse direito de oposição e das respectivas consequências. Também nesta matéria a solução dos vários Estados-membros que consagram o direito de oposição do trabalhador não é uniforme. O direito alemão não estipula directamente quais as consequências do exercício do direito de oposição, mas a jurisprudência do Tribunal Federal vai no sentido de que, neste caso, o trabalhador pode permanecer ao serviço do transmitente²⁴. Já no Reino Unido, o trabalhador que recuse a transferência é tratado como se tivesse sido alvo de um despedimento por iniciativa do empregador (*(Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006)*).

A jurisprudência portuguesa nesta matéria nem sempre foi conforme à orientação comunitária. Dessarte, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/06/1999, pode ler-se que “A transferência dessa "parte da empresa", por cisão desta, para outra empresa acarreta a transferência dos contratos de trabalho, sem que os trabalhadores se lhe possam opor. III - A Directiva 77/187/CEE não obriga os Estados Membros a prever que os trabalhadores se possam opor à sua transferência para o novo proprietário do

²⁴ RAFAËLE DE LUCA-TAMAJO; ADALBERTO PERULLI, *Descentralización Productiva*, Informe geral do XVIII Congresso Mundial de Paris, 5-8 de Setembro de 2006, disponível em <http://www.faceaucentral.cl/word/descentralizacion.doc>, consultado pela última vez em 09/09/2009., p. 63, e A.-C. HARTZÉN, N. HÖS, F. LECOMTE, C. MARZO, B. MESTRE, H. OLBRICH, S. FULLER, *The Right of the Employee to Refuse to be Transferred. A comparative and theoretical analysis*, EUI Working Papers, Law 2008/20, European University Institute, Italy, 2008, pp. 11-12. Defendendo uma solução idêntica à do Direito alemão no ordenamento francês *vide* PIERRE BAILLY, «Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise?», *Droit Social*, n.º 5, 2003, pp. 474-480.

estabelecimento.”²⁵. Contudo, constatamos uma inflexão da jurisprudência nacional no sentido de convergência com a comunitária. Nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/06/2005 (Processo n.º 05S164), e do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29/09/2004 (processo n.º 4812/2003-4), reconhece-se o direito de oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato de trabalho para o cessionário.

Quanto às consequências da oposição do trabalhador, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/06/2005 (Processo n.º 05S164), vai no sentido de que o trabalhador pode cessar o contrato de trabalho “considerando-se esta rescisão da responsabilidade da entidade empregadora”. Já o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29/09/2004 (processo n.º 4812/2003-4) refere que “A lei ordinária não prevê as consequências que decorrem para os trabalhadores que não queiram prosseguir a sua actividade na empresa adquirente e, sendo de admitir que o trabalhador se oponha à transferência, quando estiver em causa a sua dignidade como pessoa e como trabalhador (desde que o manifeste antes de o acordo de transferência do estabelecimento produzir os seus efeitos), há que encontrar para cada caso solução de acordo com a situação mais análoga de entre as previstas para situações em que a lei admite uma vontade do trabalhador em sentido contrário ao que resulta da lei ou da intenção do empregador, como por exemplo, nos art. 22º, 23º, 24º e 36º da LCT”. Acrescenta ainda este último aresto que a solução

²⁵ Disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 18/10/2009.

poderá passar pela cessação do contrato com justa causa ou pela sua caducidade, caso o transmitente tenha alienado todo o seu estabelecimento e o trabalhador opte por não prosseguir a sua relação laboral com o transmissário. Refira-se, no entanto, que tanto o Supremo Tribunal de Justiça como o Tribunal da Relação de Lisboa não aplicaram nenhuma das soluções aventadas, pois, em ambos os casos, entenderam que o direito de oposição deveria ser exercido antes da transmissão ou, pelo menos, num prazo razoável após a mesma, o que não se verificava nos casos em apreço. Na situação apreciada pelo Supremo Tribunal de Justiça, este entendeu que não ficou provado que a autora tivesse manifestado eficazmente a sua oposição à transmissão da unidade económica. Na segunda situação – a apreciada pelo Tribunal da Relação de Lisboa - a oposição da trabalhadora era extemporânea por ter sido manifestada em Dezembro de 1997 quando a transferência tinha ocorrido em Março de 1997.

Cumpra agora saber se o nosso legislador, na revisão de 2009, consagrou ou não um direito de oposição do trabalhador e regulou as suas consequências. Da análise do Código do Trabalho resulta que esse acolhimento não foi feito. No entanto, tendo este direito de ser reconhecido por força da aplicação do Direito Comunitário, resta-nos avaliar das possíveis consequências face ao Direito constituído.

Em coerência com o escopo de protecção do trabalhador insito nas normas comunitárias e nacionais que regulam a transmissão da unidade económica, JÚLIO VIEIRA GOMES e RITA GARCIA PEREIRA entendem que a consequência natural do exercício do direito de

oposição por parte do trabalhador tem de ser a manutenção da relação laboral com o transmitente²⁶. Como é óbvio, provando o transmitente que não tem trabalho para o trabalhador opositor não pode ser obrigado a manter uma relação laboral. Nestes casos, a doutrina diverge quanto ao enquadramento legal da situação. Enquanto JÚLIO VIEIRA GOMES defende que o contrato caduca por impossibilidade de o empregador receber trabalho, RITA GARCIA PEREIRA entende que, em caso de comprovada impossibilidade de o empregador manter a relação laboral, poderá o trabalhador resolver o contrato de trabalho com justa causa²⁷. Parece-nos que o empregador poderá, nestes casos, cessar o contrato de trabalho por sua própria iniciativa, recorrendo ao despedimento por extinção do posto de trabalho ou, sendo o caso, ao despedimento colectivo. Nesta última hipótese, o trabalhador terá, naturalmente, direito a compensação.

Esta solução não impede que o trabalhador possa resolver o contrato com justa causa nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo

²⁶ JÚLIO 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», *cit.*, p. 520, e RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», *cit.*, pp. 22-23, respectivamente. Também neste sentido, defendendo que o trabalhador deve, nos casos de transmissão parcial da unidade económica, poder optar pela manutenção da relação laboral com o cedente, RAFAËLE DE LUCA-TAMAJO; ADALBERTO PERULLI, *Descentralización productiva*, *cit.*, p. 50. Os autores, embora reconheçam que esta solução introduz elementos de rigidez, consideram-na positiva como factor moralizador do mercado já que acabará por fazer com que as empresas sejam criteriosas na escolha dos seus parceiros contratuais para evitar a oposição dos trabalhadores.

²⁷ JÚLIO 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», *cit.*, p. 520, e RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», *cit.*, pp. 22-23, respectivamente.

394.º do Código do Trabalho, isto é, por “Alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador”. Neste caso, o trabalhador não terá direito a qualquer indemnização (*ex vi* artigo 396.º do Código do Trabalho *a contrario*). A circunstância de o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23/CE estipular que “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 responsabilidade da entidade patronal”, não significa, em nosso entender, que imponha que se considere que a cessação do contrato de trabalho deriva de atitude culposa do empregador, conferindo o conseqüente direito a indemnização²⁸. Efectivamente, parece-nos que o termo responsabilidade é usado pela Directiva no sentido de atribuição da conduta a determinado agente e não necessariamente no sentido imputação a título de culpa. Esta solução é entendida pela doutrina como compatível com o direito comunitário²⁹.

²⁸ Em sentido contrário, RODRIGO SERRA LOURENÇO para quem o artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 2001/23/CE, ao responsabilizar o empregador pela cessação do contrato de trabalho, impõe que nestes casos se considere que a cessação do contrato de trabalho deriva de atitude culposa do empregador, conferindo, pois, direito a indemnização. «Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa», *cit.*, p. 289.

²⁹ Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 677, e JÚLIO 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», *cit.*, p. 520. Não obstante o autor considerar preferível reconhecer ao trabalhador o direito “a manter a sua relação contratual com o transmitente quando tal seja possível” ou, em caso de impossibilidade da sua manutenção, a caducidade do contrato por impossibilidade superveniente e absoluta de o empregador receber a prestação laboral. *Idem*, p. 521. Já RITA GARCIA PEREIRA

Não cremos que possamos reconhecer no direito de denúncia do contrato de trabalho a consagração legal de um direito de oposição do trabalhador à transmissão *op lege* do seu contrato de trabalho para o adquirente da unidade económica. De facto, tal direito não traduz qualquer juízo de censura ou de oposição à opção do empregador. Além do mais, seria demasiado oneroso para o trabalhador, na medida em que impõe a observância de um pré-aviso legal que pode ir aos 60 dias, e, por último, a solução da denúncia não reflecte, quanto a nós, a opção do legislador comunitário de responsabilizar o empregador pela cessação contratual efectuada em virtude da transmissão da unidade económica (artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23/CE).

De iure constituendo entendemos que o legislador deveria, na parte do Código do Trabalho dedicada à transmissão de empresa ou estabelecimento, não só consagrar claramente o direito de oposição do trabalhador como regular de forma diferente as suas consequências.

Em alternativa à regulação legal do fenómeno, cremos que a contratação colectiva pode aqui desempenhar um papel importante no sentido de complementar e clarificar o regime legal, contribuindo para alcançar na plenitude os objectivos da Directiva comunitária de tutela efectiva dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência da unidade económica em geral e, em especial, nos casos de descentralização produtiva e de criação de redes de empresas.

defende que o princípio constitucional da segurança no emprego impõe que a consequência natural da oposição à transmissão do contrato de trabalho seja a continuação da relação laboral com o transmitente e, só em caso de comprovada impossibilidade, poderá o trabalhador resolver o contrato com justa causa. RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», *cit.*, pp. 22-23.

C) O despedimento por causas objectivas

A opção pela subcontratação, quando não acompanhadas da transmissão da unidade económica ou da atribuição de outras tarefas aos trabalhadores antes afectos ao desempenho da actividade externalizada, faz com que a empresa fique com um “quadro de pessoal disfuncional”³⁰.

A ordem jurídica prevê actualmente mecanismos que permitem ao empregador cessar unilateralmente os contratos de trabalho com fundamento em alterações organizativas da empresa: o despedimento colectivo (artigo 359.º e ss. do Código do Trabalho) e o despedimento por extinção do posto de trabalho (artigo 367.º e ss. do Código do Trabalho), sendo este último subsidiário do primeiro, na medida em que um dos requisitos para que possa ser convocado é não ser aplicável o despedimento colectivo (artigo 368.º, n.º 1, al d), do Código do Trabalho).

As regras do despedimento colectivo actualmente vigentes são o resultado da harmonização comunitária operada pela Directiva 98/59/CE, do Conselho³¹.

³⁰ A expressão é de BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, «Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume 3, PEDRO ROMANO MARTINEZ [coordenação], Almedina, Coimbra, 2002, pp. 225-260.

³¹ A matéria dos despedimentos colectivos já tinha sido objecto de intervenção comunitária com a Directiva 75/129/CEE, de 17/02/75, do Conselho, publicada no Jornal Oficial n.º L48/29, de 22/02/75, revista pela Directiva 92/56/CEE, de 24/06/92, do Conselho, publicada no Jornal Oficial n.º L245/3, de 26/08/92. A Directiva n.º 98/59/CE, publicada no Jornal Oficial n.º L225, de 12/08/98 veio consolidar os diplomas anteriores. No acórdão de 12/10/2004, o Tribunal de Justiça condenou

A primeira questão que se coloca é a de saber se a decisão de externalização é, só por si, fundamento bastante para desencadear um procedimento de despedimento colectivo.

Face à proibição dos despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa parece-nos que a resposta terá de ser negativa³². Como salienta ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, a extinção dos contratos de trabalho deve ser uma consequência e não um fim³³. O empregador deverá demonstrar que a externalização da actividade provocará o

Portugal pela incorrecta transposição da Directiva Comunitária. Segundo aquele Tribunal, o conceito de despedimento do artigo 1.º, n.º 1, alínea a) da Directiva deve ser interpretado no sentido de englobar qualquer cessação do contrato não pretendida pelo trabalhador, não se exigindo que as causas subjacentes correspondam à vontade do empregador. Ora, no Código do Trabalho a extinção da pessoa colectiva ou o encerramento da empresa são tratados, incorrectamente para o Tribunal de Justiça, como casos de caducidade do contrato de trabalho (artigo 346.º do Código do Trabalho).

³² Também neste sentido *vide* F. CASANI; M.ª A. LUQUE; J. RODRÍGUEZ; P. SORIA, «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n.º 14, 1998, p. 1189. *Vide* também SALVADOR DEL REY GUANTER; MANUEL LUQUE PARRA, «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1999, p. 558. Para estes dois últimos autores, a cessação do contrato de trabalho motivada pela descentralização produtiva deve assentar não apenas na existência de uma causa, mas antes na sua suficiência, isto é, embora a mera decisão descentralizadora possa ser causa do despedimento ela não configura causa suficiente para tal. *Idem*, pp. 560-561. Ainda segundo estes autores, a licitude do despedimento fundado na descentralização produtiva deve passar também pelo crivo da proporcionalidade em sentido amplo, isto é, o despedimento deve ser uma decisão necessária, útil e adequada, devendo existir uma relação de funcionalidade ou mínimo equilíbrio entre a decisão de descentralizar e a necessidade que se pretende resolver, por um lado, e, por outro, entre o prejuízo que a decisão importe para o trabalhador. Assim, desta perspectiva, a empresa terá, nomeadamente, de provar que o despedimento é a única solução possível. Ainda neste sentido, no direito espanhol, WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *cit.*, p. 237.

³³ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 633.

encerramento de parte da empresa e a consequente diminuição do número de trabalhadores por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos. Os motivos do recurso ao despedimento deverão, nos termos do artigo 360.º, n.º 2, alínea a), do Código do Trabalho, ser comunicados aos representantes dos trabalhadores, sob pena de ilicitude do despedimento (artigo 381.º, n.º 1, alínea a), do Código do Trabalho). Porém, a comunicação deficiente da decisão de despedir acompanhada dos elementos constantes no artigo 360.º, n.º 2, do Código do Trabalho, não é, expressamente, fundamento de ilicitude do despedimento. Se atentarmos nos artigos 381.º e 383.º, só a ausência de comunicação é que determina aquela consequência, não se referindo a lei especificamente a consequências de uma deficiente comunicação.

Uma das razões para o legislador ter imposto a comunicação de determinadas informações aquando do início do procedimento de despedimento colectivo prende-se com a necessidade de os trabalhadores estarem correctamente informados para poderem verdadeiramente negociar e participar neste momento da vida da empresa. Ora, a não comunicação completa dos motivos do despedimento ao inquinarem as negociações com os representantes dos trabalhadores revela, por parte da entidade empregadora, um incumprimento da obrigação de promoção da negociação, sendo isso causa de ilicitude do despedimento, nos termos do artigo 383.º, alínea a), do Código do Trabalho. Quer isto dizer que a ausência da correcta comunicação dos fundamentos naquele momento inicial pode não determinar *tout court* a invalidade do despedimento, mas antes uma

mera irregularidade. Aquela omissão só terá como consequência a invalidade do despedimento se essa informação não for colocada à disposição dos representantes dos trabalhadores a tempo de permitir as referidas negociações³⁴.

O empregador deverá também demonstrar que a externalização e conseqüente cessação dos contratos de trabalho é idónea (embora possa não ser a única medida possível) à melhoria da situação da empresa. O empregador tem essencialmente que provar que, para superar uma situação de dificuldade ou para melhorar o desempenho da empresa enquanto organização de meios, a medida descentralizadora é essencial ou significativamente benéfica.

Isto não significa que o recurso ao despedimento colectivo se cinja unicamente às situações em que a empresa já apresenta prejuízos, ou seja, está “em crise”. A decisão pode fundar-se na melhoria da situação da empresa, ainda que esta já seja boa³⁵. Mas tal

³⁴ Neste sentido BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000, p. 580.

³⁵ A jurisprudência portuguesa é unânime neste ponto. Vejam-se, por exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 01/02/2001 (processo n.º 00S124) e de 06/11/2005, disponível no *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 71, Coimbra editora, Coimbra, 2006, p. 55, onde se declara expressamente poder haver despedimento colectivo numa empresa forte e competitiva, desde que essa medida de gestão se fundamente em motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado. Também neste sentido JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, Coimbra, 2007, pp. 991-992[2382]. Segundo BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, o despedimento colectivo não é apenas um “expediente de crise”, mas também um mecanismo de eficiência. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, «Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99», *cit.*, p. 228. Também do mesmo autor *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, *cit.*, p. 414. Já no direito espanhol esta não é uma posição pacífica nem na doutrina nem na jurisprudência. Refira-se que, não obstante a harmonização comunitária nesta sede, o artigo espanhol que consagra o despedimento colectivo é substancialmente diferente do congénere português. Determina, *inter alia*, o artigo 51. do *Estatuto de los*

não significa que o despedimento seja *ad nutum*. Ele será sempre causal na medida em que o empregador terá de demonstrar o nexo de causalidade entre a cessação dos contratos de trabalho e a melhoria da situação da empresa, sendo esta relação ponderada segundo juízos de necessidade, proporcionalidade e adequação³⁶.

Assim, a subcontratação, sem mais, não pode ser usada como único fundamento para o despedimento, na medida em que se trata de um conceito jurídico que necessita de ser coadjuvado e demonstrado com a indicação da factualidade subjacente. O princípio constitucional da proibição dos despedimentos sem justa causa exige que o empregador demonstre que, face às circunstâncias, aquela é, da sua óptica, uma boa opção em termos de gestão empresarial. Os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, necessariamente convocados aquando do confronto de direitos fundamentais, impõem

Trabajadores que “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.”. Debatem-se, no essencial, duas teses opostas: uma que defende que o recurso ao despedimento colectivo só é possível quando a empresa já se encontre numa situação de crise; outra que defende que este expediente é lícito se for comprovadamente um meio de prevenir a crise. Sobre o assunto *vide* MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Descentralización productiva, contrata y despido por causa organizativa», *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, tirant lo blanch, Valência, 2000, pp. 407-420; e WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *cit.*, p. 233 e ss., com indicações jurisprudenciais.

³⁶ Também nestes sentido, VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pp. 991-992[2382].

que o despedimento não se funde numa qualquer melhoria da situação da empresa, mas numa melhoria significativa.

Do que ficou dito depreende-se que não obsta ao despedimento colectivo que as necessidades satisfeitas pelos trabalhadores cujos contratos de trabalho cessaram continuem a existir e que elas sejam satisfeitas com recurso a trabalhadores externos (sejam trabalhadores autónomos ou de outras empresas). A este entendimento obriga o direito constitucional da liberdade de empresa, pois o empresário é livre de, dentro de certos limites, organizar a actividade produtiva, existindo esse direito tanto no início da actividade como posteriormente. Todavia, a necessária concordância prática entre direitos fundamentais obriga a que o empresário comprove que a opção descentralizadora é adequada ao caso concreto.

Entendemos que o dever de fundamentação do despedimento colectivo por parte do empregador se estende também à decisão de determinação dos trabalhadores a despedir. Isto é, para além de ter de demonstrar que o despedimento colectivo, face à situação da empresa, é, nos termos supra explanados, medida idónea à superação das dificuldades sentidas ou à melhoria do desempenho da empresa, o empregador tem também de demonstrar a adequação da cessação de cada um dos contratos de trabalho ao fito do despedimento colectivo. Esta fundamentação, que poderá não ser igual para cada trabalhador, deve ter por base os critérios objectivos de selecção dos trabalhadores

que o próprio empregador definiu³⁷ e que foram oportunamente comunicados³⁸.

Questão conexa com esta é a da sindicabilidade quer dos fundamentos apontados pelo empregador para iniciar o despedimento colectivo quer dos que servem de esteio à decisão de despedimento propriamente dita. De facto, para além da questão do controlo formal do despedimento colectivo, cabe indagar da possibilidade de o tribunal analisar do ponto de vista material – isto é, saber se existem ou não os fundamentos invocados pelo empregador – do ponto de vista valorativo – trata-se de saber se os fundamentos invocados justificam ou não a decisão de despedimento – e do ponto de vista dos critérios de selecção estabelecidos para a cessação dos concretos postos de trabalho³⁹.

É pacífica na doutrina e na jurisprudência a opinião de que o tribunal pode averiguar da veracidade dos fundamentos invocados para o despedimento, nomeadamente se há efectivamente diminuição do volume de postos de trabalho, se os motivos invocados não foram

³⁷ Ao contrário do que acontece para o despedimento por extinção do posto de trabalho, o legislador não fixou quaisquer critérios de eleição dos trabalhadores (cfr. artigo 368.º, n.º 2, do Código do Trabalho), sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que a sua definição cabe ao empregador. Neste sentido, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/05/97.

³⁸ Neste sentido FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, «Observações acerca da selecção social no procedimento de despedimento colectivo», Comunicação proferida no *Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho* do Supremo Tribunal de Justiça, realizado no dia 14 de Outubro de 2009, p. 7, disponível em www.stj.pt/.../Intervencao%20Dr.%20Frausto%20da%20Silva.pdf.

³⁹ Identificando estes vários planos de análise BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, cit., p. 558.

artificialmente criados pelo empregador e se não há abuso de direito⁴⁰.

Já quanto à verificação do mérito do recurso ao despedimento colectivo e da decisão de despedimento, a questão não é tanto a de saber se o tribunal tem poderes para essa avaliação – aspecto inegável face ao disposto nos artigos 381.º, alínea b), do Código do Trabalho e 157.º e ss. do Código de Processo do Trabalho – mas sim a determinação do âmbito dos poderes do tribunal. Propendemos para a posição segundo a qual face ao princípio constitucional da proibição dos despedimentos sem justa causa (artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa), o empregador tem de fundamentar as suas decisões em factos que serão sindicáveis pelos tribunais, segundo juízos de racionalidade, necessidade, proporcionalidade e adequação.

Para tanto o ónus da prova recairá sobre o empregador que terá de provar não só os requisitos legais, mas também a proporcionalidade entre a motivação apresentada e a decisão de proceder ao despedimento colectivo⁴¹.

Deverá igualmente o empregador provar o nexo funcional entre a fundamentação alegada e a cessação dos concretos contratos de

⁴⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ [*et al.*], *Código do Trabalho Anotado*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 658.

⁴¹ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER entende que os nossos tribunais são demasiado exigentes para com o empregador em matéria de ónus da prova, não devendo aqui aplicar-se em pleno a doutrina tradicional, nos termos do artigo 342.º do Código Civil, pois os fundamentos do despedimento colectivo são muito fluidos e derivam de decisões de gestão. Por isso, segundo o autor, o empregador apenas tem o ónus de provar a efectiva redução dos postos de trabalho. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, *cit.*, pp. 655-686, e «Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99», *cit.*, p. 249.

trabalho⁴², apelando aos critérios objectivos que ele próprio definiu. O empregador deverá respeitar os critérios de selecção por si previamente determinados⁴³, sob pena de se considerar ilícito o despedimento devido ao facto de a negociação não ter sido correctamente promovida (um aspecto importante da negociação é a determinação dos critérios de selecção dos trabalhadores) ou de não existir fundamento para o despedimento⁴⁴.

De facto, a fundamentação do despedimento deve aferir-se não só aquando da análise da decisão de recorrer a este instrumento, mas também no momento da efectiva cessação dos contratos de trabalho. Esta tem sido a orientação dos tribunais, quando entendem que este é um elemento sindicável. Assim, pode ler-se no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/03/2009 (processo n.º 3278/08.8TTLSB-4) que “I- O Código do Trabalho, no âmbito do

⁴² Decidiu o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/03/2009, processo n.º 10611/2008-4, que “O controlo judicial da validade do despedimento colectivo implica, por parte do tribunal, não só a verificação objectiva da motivação invocada para justificar a redução global dos postos de trabalho, mas também, a verificação da idoneidade de tal motivação para, em termos de razoabilidade, determinar a extinção dos concretos postos de trabalho, ou seja, implica também uma análise da adequação da motivação invocada para justificar o despedimento colectivo e a extinção de cada um dos contratos de trabalho que caem por efeito desse despedimento.”. No mesmo sentido os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18/10/2006 (processo n.º 06S1324), de 17/1/2007, processo n.º 06S1549, e de 26/11/2008 processo n.º 08S1874.

⁴³ Obviamente que estes critérios não podem ser discriminatórios irrazoáveis ou abusivos, sob pena de ilicitude do despedimento dos trabalhadores atingidos, nos termos do artigo 381.º do Código do Trabalho. Neste sentido, FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, «Observações acerca da selecção social no procedimento de despedimento colectivo», *cit.*, p. 14.

⁴⁴ Defendendo que a irregularidade resultante do desrespeito por parte do empregador dos critérios de selecção definidos releva apenas para efeitos de indemnização, *vide* BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, *cit.*, p. 690.

despedimento colectivo, ao invés do que sucede relativamente à extinção do posto de trabalho (cfr. 403 n° 2), não estabelece qualquer critério ou prioridade quanto aos trabalhadores a abranger pelo despedimento colectivo, antes deixa a determinação desses critérios à liberdade do empregador. II- Mas os critérios de selecção definidos pelo empregador só cumprem o escopo legal se tiverem um mínimo de racionalidade e de congruência por forma a permitirem estabelecer o necessário nexos entre os motivos invocados para fundamentar o despedimento colectivo e o concreto despedimento de cada trabalhador, pois só assim o despedimento de cada trabalhador pode considerar-se justificado face ao art. 53º do CRP”.

O recurso ao despedimento envolve, sem dúvida, juízos de eficiência económica e de prognose que estão fora da alçada do tribunal. Porém, este já deverá analisar se o empregador agiu de boa fé, nomeadamente na fase das consultas. Aqui terá em conta, por exemplo, a atitude do empregador face às medidas alternativas apresentadas pelos representantes dos trabalhadores⁴⁵.

2.2. Efeitos na relação laboral do trabalhador da empresa contratada

A forma de organização empresarial que ora estudamos tem como efeito geral a precarização das relações laborais tanto para os trabalhadores da empresa contratante como para os trabalhadores das empresas (sub)contratadas.

⁴⁵ Neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 995-996.

A organização empresarial actual expõe as relações laborais não só às vicissitudes que afectam a organização produtiva da empresa contratante, mas também às que afectam as empresas contratadas⁴⁶. Essa influência verifica-se, a vários níveis: (i) assume preponderância na política de contratação de trabalhadores, pois, sendo os contratos de cooperação de natureza temporária⁴⁷ as empresas vão fazer reflectir essa característica nos contratos de trabalho que celebrem; (ii) contribui para a degradação das condições de trabalho, tanto ao nível salarial, como da segurança e saúde no emprego como da tutela dos créditos salariais.

Ao erigir-se como prioridade a manutenção do emprego e a defesa do posto de trabalho, em detrimento das melhorias remuneratórias, faz com que, dentro dos limites legais e convencionais, mais pessoas aceitem trabalhar a um preço mais baixo. Por outro lado, nos casos em que a empresa pratique a descentralização produtiva e o trabalho continue a ser realizado nas instalações da empresa descentralizadora, podem existir casos em que às mesmas funções correspondam estatutos remuneratórios diferentes, sem que se possa alegar violação do princípio da igualdade, na medida em que se trata de empresas juridicamente distintas.

⁴⁶ Neste sentido WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva», *cit.*, p. 3; «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *Revista de Derecho Social*, n.º 36, 2006, p. 6; «La tercerización de actividades productivas: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelados del Derecho del Trabajo?», *cit.*, p. 7.

⁴⁷ Como é regra nos contratos de prestação de serviços com carácter duradouro, as empresas apõem a esses contratos um termo para que, aquando da sua verificação, o possam renegociar ou fazer cessar sem penalizações.

A) A transformação das necessidades permanentes em necessidades temporárias. O problema da causalidade da contratação a termo

De facto, o recurso à subcontratação tem por virtualidade a transformação de postos permanentes em temporários, pois justifica que a empresa contratante cesse os contratos de trabalho por tempo indeterminado e que, concomitantemente, a empresa contratada, celebre contratos de trabalho a termo para prestar o serviço à primeira. Ao contrato de prestação de serviços em que se consubstancia a subcontratação é, em regra, aposto um termo, pelo que a actividade externalizada, que corresponde a uma necessidade permanente da empresa principal, passa a ser encarada pela empresa contratada como uma necessidade temporária, que durará a exacta medida daquele. A duração do contrato interempresarial poderá ser maior ou menor, consoante a vontade das partes, pelo que também o carácter temporário da necessidade da empresa contratada estará na sua disponibilidade, *maxime* na disponibilidade da empresa contratante. A subcontratação permite, assim, à empresa contratante não só controlar os seus custos de produção mas também interferir, indirectamente, na gestão de pessoal da empresa contratada, pois esta será feita, tendencialmente, de acordo com os contratos de prestação de serviços celebrados.

Coloca-se, pois, a questão de saber se as empresas contratadas podem fundamentar a contratação dos seus trabalhadores no carácter temporário da duração do contrato de prestação de serviços, apondo

uma cláusula de termo aos contratos de trabalho, vinculando-os à duração do contrato inter-empresarial⁴⁸.

A resposta a esta questão tem de ser encontrada no nosso quadro constitucional e legal.

O artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa consagra o princípio da segurança no emprego. Deste princípio decorre, como já temos vindo a ver ao longo deste trabalho, mais do que a simples proibição da justa causa⁴⁹. De facto, afirmando o carácter tendencialmente indeterminado da relação laboral, impõe ao legislador ordinário que os contratos de trabalho a termo sejam a excepção no nosso ordenamento jurídico. Assim, do próprio contrato devem constar os factos, objectivamente comprováveis, bem como a relação entre o termo fixado e a respectiva fundamentação por forma a que resulte claro para o trabalhador o motivo da sua contratação⁵⁰. Em

⁴⁸ Vide sobre o assunto, embora por referência ao ordenamento jurídico espanhol, DULCE SORIANO CORTÉS, «La duración de la contrata o subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo», *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000; RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO, «**El principio de «causalidad» en la contratación temporal**», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 33, 2001, pp. 99-122; WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva», 2002, www.iustel.com.

⁴⁹ Sobre o princípio da segurança do emprego no direito luso, por exemplo, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa*, Lisboa, 2003; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra editora, Coimbra, 2005, pp. 498-516; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra editora, Coimbra, 2007, pp. 702-713.

⁵⁰ LUÍS MIGUEL MONTEIRO e PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ [et al.], *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, cit., p. 278. A fundamentação do contrato de trabalho a termo é uma formalidade *ad substantiam* que deve constar do próprio contrato, sob pena de este se converter num contrato sem termo por falta ou insuficiência daqueles elementos (artigo 147.º, n.º 1, alínea c), do Código do Trabalho). Conforme se pode

caso de litígio o ónus da prova cabe a quem se quer valer da sua licitude, isto é, ao empregador (artigo 140.º, n.º 5, do Código do Trabalho e artigo 342.º do Código Civil).

Não obstante o carácter excepcional que, segundo o preceito constitucional, os contratos de trabalho deveriam assumir, a verdade é que o legislador é bastante permissivo, especialmente relativamente a um dos motivos que elenca como fundamento da contratação a termo. Estipula do artigo 140.º, n.º 2, al. h), que se pode celebrar contratos de trabalho a termo para “execução de obra, projecto ou outra actividade definida e temporária, incluindo a execução, direcção ou fiscalização de trabalhos de construção civil, obras públicas, montagens e reparações industriais, em regime de empreitada ou em administração directa, bem como os respectivos projectos ou outra actividade complementar de controlo e acompanhamento.”. A comparação da redacção do actual preceito do CT com a do diploma que lhe

ler no sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/06/2008, processo 08S936, “1. A indicação do motivo justificativo da celebração de contrato de trabalho a termo constitui uma formalidade *ad substantiam*, pelo que a insuficiência de tal justificação não pode ser suprida por outros meios de prova, donde resulta que o contrato se considera celebrado sem termo, ainda que depois se venha a provar que na sua génese estava uma daquelas situações em que a lei admite a celebração de contratos de trabalho a termo. 2. Isto significa que só podem ser considerados como motivo justificativo da estipulação do termo os factos constantes na pertinente cláusula contratual. 3. As expressões «devido à época que se está a passar» e «haver um aumento de clientes», consignadas em cláusula contratual para justificar a celebração de um contrato de trabalho a termo certo, são de tal forma vagas e genéricas que não permitem estabelecer o nexo de causalidade entre o motivo invocado e o termo estipulado, tal como exige o n.º 3 do artigo 131.º do Código do Trabalho, o que determina a nulidade da estipulação do termo e transforma o contrato a termo num contrato sem termo, conforme se prevê no n.º 4 do artigo 131.º citado.”. No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/06/2007, processo n.º 07S671, ambos disponíveis em www.dgsi.pt, consultados pela última vez em 05/08/2008.

antecedeu (o artigo 41.º do DL n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro⁵¹) parece levar-nos à conclusão de que esta norma permite que em qualquer situação em que uma empresa tenha uma obra, um projecto ou vá executar uma actividade individualizável e temporária pode contratar, para o efeito, trabalhadores a termo. No contexto da organização empresarial em rede permitir que uma empresa celebre contratos de trabalho a termo com a amplitude ora consagrada é dar o flanco à precarização sem fronteiras da relação laboral, pois, em última análise, todas as necessidades da empresa, se aferidas pelos contratos interempresariais por esta celebrados, serão temporárias. Ora, este efeito não foi certamente querido pelo legislador nem é permitido pela Constituição.

Como já referimos, o princípio da segurança no emprego impõe que “a relação jurídico-laboral deva ser dotada da característica da estabilidade” e “tender para a definitividade e para a perpetuidade, a não ser que se imponham razões substantivas que determinem outro resultado, nunca tal se podendo ficar a dever a caprichos ou a manifestações injustificadas do legislador”⁵². Assim, parece-nos ficar postergada qualquer interpretação da lei que permita que a maioria dos trabalhadores de uma empresa tenha contratos a termo fundamentados na existência de necessidades temporárias, sob pena de esta fundamentação não corresponder à realidade, excepto nos casos de

⁵¹ Antes deste diploma a celebração do contrato de trabalho a termo (ou a prazo como antes se dizia) teve acolhimento na Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937, e, depois, no DL n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969 (artigo 10.º), na sua redacção inicial.

⁵² JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa*, cit., pp. 63-64.

empresas constituídas apenas para uma determinada actividade ou tarefa temporalmente delimitável.

A transposição deste princípio para a realidade empresarial não é fácil, reconhecemo-lo. É casuisticamente que temos de determinar se a necessidade da empresa é ou não temporária. Perante a subcontratação em rede, pode colocar-se a questão de determinar qual o âmbito relativamente ao qual se deve aferir essa temporariedade da necessidade. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o aquilatar do carácter temporário da necessidade é feito por referência à empresa, isto é, a necessidade será ou não temporária consoante o modo como é sentida pelo empregador que se propõe celebrar um contrato de trabalho. Porém, alguma doutrina, sobretudo espanhola⁵³, perante a constatação de que aquela aferição neste âmbito permite que, em contexto de descentralização produtiva, o contrato a termo seja usado como o modo de contratação normal, afirmam que a

⁵³ Por exemplo, CARLOS LUIS ALFONSO MELLADO «Contratación temporal en unificación de doctrina», *Revista de Derecho Social*, n.º 18, 2002, pp. 187-189; MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar», *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ [coordinadora], Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 37 e ss.; JOSÉ MANUEL MORALES ORTEGA, «Las relaciones interempresariales como fuente de la relación laboral», *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ [coordinadora], Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 94 e ss. Para uma indicação de jurisprudência neste sentido, vide WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *cit.*, pp. 248-252. Já JESÚS CRUZ VILLALÓN defende a resolução do problema da causalidade destes contratos através de intervenção legislativa específica. O autor não descarta a possibilidade de o problema ser resolvido pela contratação colectiva, no entanto, alerta para o facto de, apesar de tal método ser tecnicamente possível, ele poder revelar-se inoperante visto a descentralização produtiva também afectar a aplicação das convenções colectivas. «Outsourcing y relaciones laborales», *cit.*, pp. 278-279.

necessidade a que se deveria atender seria a da empresa principal, isto é, para aferirmos da (i)licitude da celebração do contrato a termo pela empresa auxiliar deveríamos averiguar se para a empresa principal a necessidade é ou não temporária. Com o devido respeito, não nos parece ser esta a melhor consideração, excepto, obviamente, nos casos em que se prove fraude ou abuso de direito, pois a desconsideração da personalidade jurídica deve ser, quanto a nós, sempre um mecanismo excepcional. Por outro lado, não cremos que o contrato interempresarial possa ser fonte da relação laboral, pelo que ele não poderá servir de fundamento a despedimentos nem a contratações.

Tratando-se de um contrato a termo com uma pluralidade de empregadores entendemos que a verificação dos requisitos de licitude da celebração do contrato a termo se deve verificar em relação a todos os empregadores e não apenas relativamente a alguns ou ao que é identificado como representando os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho, porquanto, a não ser assim, permitir-se-ia que este tipo de contratos, que, repete-se, são excepcionais na nossa ordem jurídica, fossem utilizados para cobrir situações de necessidades permanentes da empresa ou fora dos casos taxativos em que são admitidos.

Com o que ficou dito não se afasta a celebração de contratos de trabalho a termo com base no facto de o empregador ter celebrado algum contrato de cooperação. O que se impede é que isso sirva para generalizar aquela forma de contratação na empresa. O contrato a termo deve ser excepcional, pelo que, em casos extraordinários,

quando o empregador celebre um contrato interempresarial que, face às concretas circunstâncias da empresa e que terão sempre de ser provadas pelo empregador, este não possa, segundo juízos de razoabilidade que vão para além da álea própria da actividade comercial, afirmar o carácter permanente da necessidade. Para tanto, dever-se-á fazer uma ponderação de vários factores, tais como: *i)* se a empresa se dedica normalmente à prestação da actividade para que contrata o trabalhador ou se se trata de uma tarefa ou serviço excepcional; *ii)* se, o número de trabalhadores de que a empresa dispõe é suficiente para satisfazer a procura dos seus bens ou serviços, tomando-se em consideração o seu volume de negócios e respectiva linha evolutiva (em sentido crescente ou decrescente) do desempenho da empresa e os dados disponíveis sobre a evolução do mercado. No fundo trata-se da aplicação do princípio já afirmado na nossa jurisprudência de que o carácter temporário da necessidade não pode ser criado pela própria empresa⁵⁴. Cremos que em sede de contratação a termo e, em especial, quando esta se funde no previsto no artigo 140.º, n.º 2, alínea h), cabe ao empregador um especial ónus de comprovação fáctica dos elementos invocados para a celebração do contrato. A presunção é a de que o contrato é sem termo e, portanto, a aposição de um limite temporal à duração do contrato tem de ser

⁵⁴ Do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/05/2009 (processo n.º 08S3367) retira-se que a celebração do contrato a termo não pode “repousar na mera vontade ou conveniência do particular empregador a «criação artificial»” das circunstâncias que permitem a celebração do contrato de trabalho. Embora o caso *sub iudice* se referisse à contratação a termo incerto de um trabalhador para substituir outro que foi promovido, primeiro a título experimental e depois definitivamente, dentro da mesma empresa, cremos que este princípio é de aplicar a todos os contratos a termo.

comprovada pelo empregador, sob pena de estarmos perante o primeiro dos tipos de contrato apontado.

B) A degradação das condições de trabalho

É opinião unânime na doutrina que uma das vantagens da subcontratação é a diminuição dos custos do trabalho.

Na esfera jurídica do trabalhador esta vantagem do empregador não se traduz só – podemos mesmo dizer que nem sempre se traduz – na diminuição do salário recebido. Ela provoca uma alteração global nas condições em que o trabalhador executa o seu contrato. Um dos aspectos em que tal se reflecte é o da já analisada precarização da relação laboral resultante da transformação das necessidades permanentes em temporárias. Porém, os efeitos desta forma de organização empresarial vão mais além, de tal forma que se pode falar de uma degradação geral das condições de trabalho sentida, sobretudo, pelos trabalhadores da empresa contratada e que se projecta em aspectos como a retribuição e a segurança e saúde no trabalho.

B.1) Incidências retributivas

Em regra, os trabalhadores das empresas auxiliares ganham salários menos elevados do que ganhavam os trabalhadores da empresa principal (ou os salários que esta teria de pagar se contratasse trabalhadores para a actividade externalizada). Tal deve-se não só ao facto de normalmente estas empresas terem menor poder económico, mas também porque ou não existem convenções colectivas aplicáveis

ou estas, por não serem negociadas para aquela empresa, são mais gerais.

Também os subsídios e outras atribuições não pecuniárias, como a existência de seguros de saúde ou de vida, são menos frequentes nas empresas de menor dimensão.

O poder e força do colectivo dos trabalhadores tende a diminuir com o tamanho da organização empresarial, pelo que, também por este motivo, as condições retributivas tendem a ser menos aliciantes.

Por outro lado, sendo empresas de menor dimensão e muitas vezes despatrimonializadas, são também mais frágeis as garantias dos trabalhadores em caso de incumprimento da obrigação retributiva⁵⁵.

Sendo estes efeitos conhecidos, cumpre perguntar se a lei portuguesa consagra mecanismos para os eliminar ou, pelo menos neutralizar.

Nos termos do artigo 333.º do CT, os trabalhadores beneficiam de um privilégio mobiliário geral e de um privilégio imobiliário especial para garantia dos créditos emergentes da relação laboral ou da sua violação ou cessação.

Muitas vezes estes trabalhadores não podem beneficiar do privilégio imobiliário especial previsto na lei (artigo 333.º, n.º 1, al b), do CT) ou porque exercem a sua actividade nas instalações da

⁵⁵ A doutrina é praticamente unânime na afirmação de que as condições de trabalho nas pequenas empresa são, em regra, piores. *Vide*, por todos, ANTÓNIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, «Las Condiciones de Trabajo en las Empresas Auxiliares», *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coordenador Geral), Observatorio de la negociación colectiva, Tirant lo Blanch, 2006, p. 73.

empresa principal ou porque o imóvel não pertence ao empregador (por exemplo, é arrendado)⁵⁶. Este privilégio creditório, tal como está consagrado actualmente, revela-se, afinal, com uma aplicação prática reduzida⁵⁷.

Também a garantia dada pela concessão de um privilégio mobiliário geral é limitada, pois são empresas mais pequenas, com menos bens corpóreos ou em que estes assumem escassa relevância (ex.: sector das limpezas e da segurança). Mesmo nos casos em que os bens corpóreos existem não raro são de pouco valor comercial (como carros e computadores que rapidamente ficam obsoletos).

Alguns países consagram legislativamente a responsabilização da empresa principal pelas dívidas laborais da empresa auxiliar⁵⁸, mas esta solução coloca vários problemas. Em primeiro lugar o do seu fundamento. Depois o do tipo de responsabilidade e o da modalidade da obrigação daí resultante. Podem ainda colocar-se outras questões que se prendem com as opções de regime da responsabilidade consagrada, como a decisão de ela existir em todos os casos ou apenas

⁵⁶ Na Lei 17/86, de 14 de Junho, que anteriormente regulava a matéria, o privilégio imobiliário dos trabalhadores estendia-se a todos os imóveis do empregador (era uma privilégio imobiliário geral). Esta foi uma figura que causou alguma perplexidade entre alguma doutrina portuguesa, pois, nos termos do Código Civil (artigos 743-º e 744-º) os privilégios creditórios imobiliários consagrados são sempre especiais.

⁵⁷ Também neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 899.

⁵⁸ É o caso da Áustria, de Espanha (artigo 42. do ET), Itália (O artigo 29. da Lei n.º 276/2003, de 10 de Setembro, prevê que, dentro do prazo de um ano após a cessação do contrato inter-empresarial, a responsabilidade solidária entre a empresa principal e a contratada pelos créditos do trabalhador e à Segurança Social), Estados Unidos Mexicanos (Artigos 13. a 15. da *Ley Federal del Trabajo*) e Québec⁵⁸ (Artigo 54 da *Loi sur les Relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q. c. R-20, para o sector da construção).

nas situações em que o terceiro não pagou o serviço ao empregador auxiliar ou a previsão de um modo de ilidir a responsabilidade.

Quanto à primeira das questões cremos que o fundamento da responsabilização do empresário principal se alicerça em dois elementos. Por um lado, o facto de o empresário principal, ainda que indirectamente, beneficiar do trabalho dos trabalhadores daquele com quem celebra contrato de cooperação. Por outro, a circunstância de, em virtude do aludido contrato, poder, de alguma forma, determinar os desígnios da outra empresa. No fundo, nesta situação, o empresário principal obtém os resultados que teria se fosse empregador, mas sem os inconvenientes⁵⁹. Para obviar a isso responsabiliza-se não só o empregador, mas também aquele que obtém um benefício com esta forma de organização empresarial.

A subcontratação traz especiais riscos para os créditos dos trabalhadores, pelo que se justifica, em nosso entender, a situação de vantagem relativamente aos demais credores, como mecanismo de reposição da igualdade contratual.

Assim, sempre que as empresas tenham estruturas organizativas comuns ou, ainda que as não tenham, cooperem, de forma duradoura, interferindo essa cooperação nas opções de gestão empresarial e, directa ou indirectamente, nas relações laborais estabelecidas ou a estabelecer, devem as empresas envolvidas ser responsabilizadas.

⁵⁹ Neste sentido JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Madrid, Grupo difusión, 2007, p. 167.

A responsabilidade do empresário principal pelas dívidas emergentes do contrato de trabalho celebrado entre o seu cooperante e os trabalhadores será extracontratual objectiva ou pelo risco, pois resultam da prática de certos actos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem⁶⁰.

É fundamento da responsabilidade objectiva que quem retira benefícios da actividade de outrem responda pelos danos que este possa causar. Assim, se a empresa principal leva a cabo a sua actividade produtiva com o auxílio de outrem, podendo aquela determinar aspectos organizativos desta, justifica-se a sua responsabilização pelo incumprimento dos deveres que o controlado tem para com os seus trabalhadores. Esta solução necessita, face ao actual quadro jurídico português nos termos do qual este tipo de responsabilidade só existe quando a lei expressamente o diga (artigo 483.º, n.º 2, do Código Civil), de acolhimento legal para que possa ser aplicada já que, fora dos casos em que se possa afirmar a existência de estruturas organizativas comuns, não há disposição que a determine.

Não sendo empregadores, parece-nos que a responsabilidade da empresa contratante deverá ser subsidiária relativamente à do empregador. Funcionando esta responsabilidade como uma garantia do trabalhador⁶¹, este deve, em primeiro lugar, dirigir-se ao seu

⁶⁰ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 520.

⁶¹ A doutrina espanhola, a propósito da natureza da obrigação solidária imposta ao subcontratante nos casos previstos no artigo, fala de *fianza solidaria* precisamente porque “*el comitente ocupa numa posición accesoría respecto del deudor principal y solo responde ante el incumplimiento del deudor principal*”. JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, cit., p. 193.

devedor para obter a satisfação do seu crédito e, uma vez executado o seu património sem obter total cumprimento, poderá dirigir-se a todos ou a qualquer um das outras empresas.

Esta responsabilidade deverá apenas abranger as dívidas vencidas no período de tempo que durar a cooperação e por um período de tempo limitado após a sua cessação, pois não é exigível que a empresa cooperante fique indeterminadamente obrigada. Note-se que esta solução não contende com a regra da prescrição dos créditos laborais. Simplesmente se estabelece um prazo dentro do qual o trabalhador pode beneficiar de uma garantia acrescida para os seus créditos.

Esta solução contribuiria para a moralização do mercado, pois as empresas ver-se-iam compelidas a ser particularmente diligentes na eleição do seu parceiro contratual.

Por outro lado, aumentaria a tutela dos trabalhadores das empresas que têm estruturas organizativas comuns, mas que não têm um contrato de trabalho com uma pluralidade de empregadores - tanto por prestarem trabalho a apenas uma das empresas como nos casos em que ao contrato falte a forma escrita, para os que entendem que isso obsta à aplicação da solidariedade.

B.2) Os aspectos relacionados com a saúde e segurança no trabalho

A presença de trabalhadores pertencentes a vários empregadores, bem como destes com trabalhadores autónomos, potencia o risco de acidentes e torna mais difícil a efectivação das

normas de saúde e segurança no trabalho, porquanto reclama de todos os intervenientes uma atitude colaborativa e de compromisso que, por depender de vários sujeitos, está exposta a maiores probabilidades de falhas. De igual modo, a subcontratação é outro factor de risco⁶², não só pela potencial diluição de responsabilidades e maior dificuldade em apurar responsabilidades (que será tanto maior quanto maior for a cadeia de subcontratação), mas também porque ela opera muitas vezes com recurso a empresas mais pequenas e estudos apontam para que o número de acidentes de trabalho seja maior nas empresas de menor dimensão⁶³.

Preocupada com os efeitos da organização empresarial na segurança e saúde dos trabalhadores, tanto das empresas contratadas como das contratantes, a União Europeia tem vindo a manifestar-se através de Regulamentos, Recomendações e Directivas⁶⁴, gerais ou mais específicos.

⁶² Neste sentido, entre outros, JESÚS CRUZ VILLALÓN, «Outsourcing y relaciones laborales», *cit.*, pp. 267-271; e JUAN JOSÉ CASTILLO, *Los estragos de la subcontratación (La organización del trabajo como factor de riesgo laboral)*, Secretaría de Comunicación e Imagen de UGT-Madrid, Madrid, 2004, pp.109-125; TERESA MANECA LIMA, «Risco de Acidente de Trabalho: desafios a uma cultura de prevenção - O sector da Construção Civil em Portugal», *Actas do V Congresso Português de Sociologia "Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção"*, 2004, disponível em www.aps.pt/cms/docs_prv/docs/DPR4628dec04bb06_1.pdf, consultado pela última vez em 06/07/2009.

⁶³ FRANCISCO LIMA, *Os custos dos Acidentes de Trabalho nas Empresas de Construção*, p. 6, disponível em <http://web.tagus.ist.utl.pt/~francisco.lima/>, consultado pela última vez em 06/07/2009.

⁶⁴ São várias as Directivas sobre segurança e saúde no trabalho. Destacamos aqui, pelo que aportam ao tema em análise, a Directiva 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de Junho, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho, alterada pela Directiva 2007/30/CE, do Conselho, de 20 de Junho, que é a Directiva-quadro na matéria, e a Directiva 91/383/CEE, do Conselho, de 25 de Junho, que completa a aplicação de medidas

Cumprindo o dever de transposição da Directiva 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de Junho (Directiva-quadro), o legislador nacional consagrou no Código do Trabalho (artigos 281.º a 283.º) e na Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro, regras que, entre outros objectivos, tentam prevenir estas situações⁶⁵.

Assim, prevê-se que “Quando várias empresas, estabelecimentos ou serviços desenvolvam, simultaneamente, actividades com os seus trabalhadores no mesmo local de trabalho, devem os respectivos empregadores, tendo em conta a natureza das actividades que cada um desenvolve, cooperar no sentido da protecção da segurança e da saúde.” (artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 102/2009). No cumprimento deste dever, a empresa principal tem de coordenar os demais empregadores, quando, no mesmo espaço físico, prestem actividade trabalhadores pertencentes a vários empregadores e, bem assim, informar os empregadores das outras empresas de vários elementos elencados nas alíneas a) a g) do artigo 18.º da Lei n.º 102/2009 (artigo 19.º, n.º 4, da Lei n.º 102/2009). Note-se que a obrigação de informação imposta pelo artigo 19.º é unidireccional, isto é, só impende sobre o empregador em cujas instalações é prestada a actividade. Cremos que, até para cumprimento do dever de cooperação, se deveria prever expressamente que a empresa que vai executar a actividade deva informar o empregador, daqueles mesmos

tendentes a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores que têm uma relação de trabalho a termo ou uma relação de trabalho temporário.

⁶⁵ Acerca dos efeitos da descentralização produtiva em matéria de segurança e saúde no trabalho, bem como sobre a transposição desta Directiva no direito espanhol *vide* JESÚS CRUZ VILLALÓN, «Outsourcing y relaciones laborales», *cit.*, pp. 267-275.

elementos. Não obstante, e dado o carácter de complementaridade entre o dever de cooperação e o dever de informação, cremos que a empresa contratante poderá exigir da contratada aquelas mesmas informações.

Para além deste dever de cooperação e de informação, o mesmo artigo estabelece quem são as pessoas responsáveis pela segurança e saúde dos trabalhadores: *i)* a empresa utilizadora, no caso de trabalhadores em regime de trabalho temporário; *ii)* a empresa cessionária, no caso dos trabalhadores em regime de cedência ocasional; *iii)* a empresa em cujas instalações outros trabalhadores prestam serviço ao abrigo de um contrato de prestação de serviços⁶⁶. Quando uma empresa contrata serviços com terceiros, o cumprimento das regras de segurança e saúde no trabalho pertence a cada um dos empregadores, relativamente aos seus trabalhadores, porém, a empresa contratante tem o dever de assegurar a coordenação daquelas

⁶⁶ O preceito nacional é mais amplo que o congénere espanhol (artigo 24. da Lei n.º 31/1995, de 8 de Novembro, conhecida como *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*), pois este apenas impõe a obrigação de vigiar o cumprimento das normas de prevenção de riscos quando as empresas contratam a realização de obras e serviços correspondentes à própria actividade. Por outro lado, a norma nacional não impõe apenas um dever *in vigilando*, mas sim um dever de resultado para a empresa que contrata com terceiros. Para mais desenvolvimentos sobre o regime espanhol JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET, «Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Descentralización productiva y protección el trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 273-297. Verificamos este tipo de preocupações também na legislação de países não comunitários, como a Venezuela. Neste país a *Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*, publicada na *Gaceta Oficial* n.º 38.236/26 de Julho de 2005, prevê que os trabalhadores das empresas contratadas cuja actividade seja inerente ou conexas àquela que se dedica o contratante devem ter as mesmas condições de trabalho e o mesmo nível de protecção em matéria de segurança e saúde no trabalho que os trabalhadores da empresa principal (artigo 57.)

actividades com os demais empregadores. Em caso de subcontratação de actividades que devam ser desenvolvidas nas suas instalações, a empresa contratante deve assegurar que o exercício sucessivo de actividades por terceiros nas suas instalações ou com os equipamentos utilizados não constitua um risco para a segurança e saúde dos trabalhadores envolvidos (artigo 16.º, n.º 3, da Lei n.º 102/2009), não tendo, porém, o legislador especificado o(s) concreto(s) modo(s) através do(s) qual(is) essa verificação deveria ser feita.

A violação destes deveres constitui uma contra-ordenação muito grave pela qual são solidariamente responsáveis o contratante e contratado (artigo 16.º, n.º 4, da Lei n.º 102/2009, e artigo 551.º, n.º 4, do Código do Trabalho. A nossa lei nada refere relativamente aos casos de subcontratação em cadeia. Estando a responsabilidade contra-ordenacional sujeita ao princípio da tipicidade, cremos que não podemos inferir do artigo 551.º, n.º 4, do Código do Trabalho, a responsabilidade da empresa contratante pelas contra-ordenações laborais das empresas subcontratadas.

Algumas legislações, como a espanhola, vão mais longe exigindo que, em caso de subcontratação da actividade, a empresa contratante tenha o dever de vigiar o cumprimento das normas de segurança e saúde por parte da empresa contratada, mesmo quando os trabalhadores laborem em espaço pertencente a esta última (artigo 24., n.º 3 da *Ley de Riesgos Laborales*).

O sector da construção, atentas a natureza e condições de desempenho da actividade, é particularmente atreito a acidentes de trabalho. Este é, por tradição, o sector onde mais amiúde se pratica a

subcontratação e onde encontramos no mesmo espaço físico trabalhadores pertencentes a vários empregadores. Por isso o legislador comunitário, através da Directiva 92/57/CE, do Conselho, de 24 de Junho, relativa às prescrições mínimas de segurança e saúde no trabalho a aplicar em estaleiros temporários ou móveis, e o legislador nacional, através da Lei n.º 273/2003, de 29 de Outubro, transpôs aquela Directiva, estabelecendo regras específicas para este sector em matéria de segurança e saúde⁶⁷.

O referido Decreto-Lei exige que, para a maioria das situações, existam dois planos, um Plano de Segurança e Saúde em Projecto e um Plano de Segurança e Saúde em Obra, sendo o segundo a concretização e desenvolvimento do primeiro atentas as especificidades da execução da obra. Quando se preveja a existência de mais do que uma pessoa a executar a obra deve ser nomeado um Coordenador de Segurança em Projecto e um Coordenador de Segurança em Obra (artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 273/2003). Estabelecem-se ainda uma série de obrigações nesta matéria para todos os intervenientes na obra, nomeadamente para o executante da obra que tem o dever de assegurar o cumprimento do Plano de Segurança pelos subempreiteiros e trabalhadores independentes (artigos 17.º a 23.º, do Decreto-Lei n.º 273/2003), atribuindo-se,

⁶⁷ No ordenamento jurídico espanhol, a subcontratação no sector da construção é objecto de legislação especial (Lei n.º 32/2006, de 18 de Outubro, publicada no BOE de 19 de Outubro de 2006, e o Real Decreto n.º 1109/2007, de 24 de Agosto, publicado no BOE de 25 de Agosto de 2007, que desenvolve a Lei n.º 32/2006) que visa, *inter alii*, a protecção da segurança e saúde dos trabalhadores. Assim, impõe-se que, a partir do terceiro nível de subcontratação, esta tenha de obedecer a causas objectivas bem como requisitos de solvabilidade das empresas (artigos 5.º a 7.º da Lei n.º 32/2006).

concomitantemente, as responsabilidades contra-ordenacionais a cada um dos intervenientes pelo incumprimento dos seus deveres (artigo 25.º e ss. do Decreto-Lei n.º 273/2003).

3. Conclusões

Quando uma empresa decide recorrer à cooperação empresarial em rede e subcontratar a sua actividade tem de resolver o problema do destino a dar aos trabalhadores que antes desempenhavam a(s) actividade(s) descentralizada(s). Perfilam-se várias alternativas: *i)* a reclassificação profissional do trabalhador e/ou a sua transferência para outro estabelecimento do empregador; *ii)* a transmissão dos contratos de trabalho para quem passar a exercer a actividade externalizada; *iii)* despedimento.

Como constatamos não são soluções jurídicas privativas da forma de organização empresarial de que ora cuidamos, mas algumas delas colocam problemas novos. É o caso a transmissão dos contratos de trabalho para quem passar a exercer a actividade externalizada e do despedimento.

Num quadro de subcontratação, a regra da transmissão dos contratos de trabalho para o transmissário da unidade económica, nem sempre tutela os interesses dos trabalhadores, uma vez que este pode ser um sujeito que não ofereça ao trabalhador garantias de solvabilidade e de cumprimento das suas obrigações laborais, porque detentor de pouco ou nenhum património. Esta situação é ainda mais

frequente nos casos de empresas que se dedicam à prestação de serviços e em que, por isso, o factor humano é o elemento primordial destas organizações. Nestes casos, o interesse do trabalhador reclama que lhe seja reconhecido, por lei ou pela contratação colectiva, o direito de oposição à transmissão do seu contrato de trabalho, assim como que sejam reguladas as consequências do exercício daquele direito. Entendemos que resulta das Directivas e jurisprudência comunitárias sobre a matéria o reconhecimento, ao trabalhador, do direito de oposição à transmissão do seu contrato, não obstante tal não constar expressamente do Código do Trabalho. Defendemos que, de *iure constituto*, a consequência natural do exercício do direito de oposição por parte do trabalhador deve ser a manutenção do vínculo laboral com o transmitente, mas, de *iure constituendo*, deve permitir-se ao trabalhador cessar o seu contrato com direito a indemnização. Esta solução pode ser alcançada por uma de duas vias: *i)* caber ao empregador o ónus da prova da impossibilidade de manutenção do vínculo laboral; *ii)* caber ao trabalhador a prova do prejuízo sério na transferência do seu contrato de trabalho. A primeira das situações é claramente mais favorável ao trabalhador.

O despedimento por extinção do posto de trabalho ou colectivo é uma solução bastante comum nos casos em que o empregador decide descentralizar a sua actividade. O princípio constitucional da proibição do despedimento sem justa causa impõe que a decisão de externalização não seja, só por si, fundamento bastante para o despedimento dos trabalhadores, exigindo que o empregador prove que a externalização e o despedimento são idóneos

à melhoria da situação da empresa, embora esta não tenha de apresentar prejuízos. Os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, sindicáveis judicialmente, impõem que o despedimento não se funde numa qualquer melhoria da situação da empresa, mas numa melhoria significativa.

Numa organização empresarial baseada na subcontratação, as relações laborais dos trabalhadores das empresas envolvidas ficam expostas não só às vicissitudes que afectam a organização produtiva do seu empregador, mas também àquelas que afectam as empresas com as quais o seu empregador mantém estreitas relações de cooperação.

Esta dependência tem influência tanto na política de contratações das empresas como nas condições de trabalho propriamente ditas.

Concluimos que o carácter temporário do contrato de cooperação interempresarial não pode servir de fundamento para a generalização da celebração de contratos a termo pelas empresas da rede. Embora seja por referência ao verdadeiro empregador que se deve aferir o carácter transitório da necessidade, este não pode ser criado pelo próprio empregador, sob pena de violação do princípio constitucional da segurança no emprego. O contrato a termo é excepcional na nossa ordem jurídica.

A interposição da personalidade jurídica, permitida pela subcontratação, pode ser um meio para aumentar a produtividade empresarial, mas tem como efeito a inaceitável degradação das condições de trabalho, que se reflectem, nomeadamente, nos aspectos

retributivos (em sentido amplo), no aumento do risco de insolvência do empregador, na diminuição das garantias dos créditos e na segurança e saúde dos trabalhadores da rede.

Defendemos o alargamento da responsabilidade solidária pelos créditos emergentes da relação laboral a todos os empresários que estabeleçam entre si relações de cooperação interempresarial estável e duradoura. Não consideramos necessariamente todos os empresários da rede de subcontratação empregadores, pelo que entendemos que a responsabilidade deve recair em primeira linha sobre o empregador e só subsidiariamente sobre os demais empresários e abranger apenas as dívidas vencidas no período de tempo que durar a cooperação e por um período de tempo limitado após a sua cessação.

Para terminar gostaríamos apenas de acrescentar que acreditamos que a regulação dos efeitos da subcontratação não passa apenas por algumas alterações legislativas, mas, sobretudo, pela contratação colectiva e por uma mais correcta ponderação jurisprudencial na hora de aplicar os institutos e blocos normativos laborais, pensados para outras situações à nova realidade da subcontratação e das redes empresariais.