



Inconstitucionalidade extemporânea do art. 398º, nº 2 do Código das Sociedades Comerciais

A abertura da caixa de Pandora

Paulo Olavo Cunha*-.**

Introdução: enquadramento do tema

O presente texto constitui um apontamento sobre o estado da arte do artigo 398º do Código das Sociedades Comerciais¹ depois de

(*) – Este texto corresponde a um desenvolvimento da intervenção que efetuei no Seminário de Direito Comercial, na Formação Contínua 2020-21 do CEJ (*Web Conferência*), no dia 9 de dezembro de 2020 – escassos cinco dias antes das provas públicas de agregação – e destina-se ao *Liber Amicorum* do Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, de quem fui colega como assistente na Faculdade de Direito de Lisboa até à cessação do meu contrato, em 1998, quando o homenageado, que, entretanto, se havia doutorado, já era professor (auxiliar). Nunca tendo sido assistente do Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, tive-o como arguente nas provas de doutoramento e com ele convivi muito de perto, durante cerca de uma década, como membro da redação da *Direito das Sociedades em Revista*, que fundou com Jorge Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte. O homenageado é um ilustre professor, um excelente advogado e um magnífico jurista, que tem na imaginação fértil de que é dotado uma das suas principais qualidades. Para além de consideração e respeito, nutro muita simpatia por Pedro Pais de Vasconcelos, com quem tenho uma natural empatia e com quem partilho muitas posições comuns no âmbito do Direito Societário. Mas, para além de um excelente jurista, com uma rara compreensão prática dos problemas jurídicos e com uma obra muito



proferido o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 774/2019, de 17 de dezembro de 2019 (publ. no D.R., I Série, nº 18, de 27 de janeiro de 2020) (doravante também designado apenas “Acórdão”), que apagou uma parte do respetivo nº 2.

O título da nossa intervenção é ilustrativo do desacerto da decisão do nosso Tribunal Constitucional e evidencia que neste *Forum* deveriam tomar assento juristas que extravasassem os ramos de Direito em que estão formados (e até doutorados) os excelentes juízes que habitualmente compõem este relevantíssimo órgão jurisdicional que tem o poder da vida e da morte sobre as nossas leis, e que são essencialmente constitucionalistas, administrativistas e penalistas, como se o Direito Privado não interessasse à nossa Constituição, o que não deixa de corresponder a uma visão naturalmente juspublicista do Direito.

Vamos recordar o teor do artigo 398º do CSC² e a decisão do

relevante, Pedro Pais de Vasconcelos é, acima de tudo, um homem bom; e essa qualidade é profundamente distintiva. É, pois, com muito orgulho e satisfação que me associo a esta homenagem e lhe dedico este texto, cujo conteúdo evidencia inúmeros pontos de contacto com a visão que o homenageado tem da sociedade. Espero, e desejo, que o nosso convívio se mantenha por muitos anos.

(**) – Professor associado (com agregação) da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa) e advogado (sócio responsável da Área de *Corporate & Governance* da VdA).

¹ Diploma legal a que se reportam todas as disposições legais que não se encontrem especialmente referenciadas, e que daqui em diante é designado apenas pelas iniciais (“CSC”).

² Não abordamos, nesta análise, a segunda parte do art. 398º (nºs 3 a 5), que proíbe o exercício da atividade concorrente com a da sociedade, se o mesmo não



Tribunal Constitucional, de que discordamos, mas que respeitamos.

Está em causa apurar o que sucede relativamente a cargos e funções que o administrador designado já desempenhasse na sociedade ou em sociedade que se encontrasse com esta em relação de grupo.

Nesta sede, há que distinguir a natureza das funções anteriormente exercidas e questionar também se as exigências profissionais decorrentes das novas funções são compatíveis com um regime de acumulação.

Advirta-se que a abordagem que se segue corresponde a uma perspetiva estritamente *jus societária* e que, dada a limitação de tempo inerente à intervenção efetuada no Seminário de Direito

for expressamente autorizado (cfr. nº 3), impondo neste caso que a autorização defina «o acesso a informação sensível por parte do administrador» (nº 4); e que remete para a disposição legal relativa às sociedades por quotas (art. 254º) a caracterização de atividade concorrente (nº 5).

Sobre esta matéria, para além do nosso *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 606-607 (nº 22.6.3), pp. 782-783 (nº 26.6.3) e 817-819 (nº 27.2.2.5), vd. o nosso estudo sobre «Limitações à atividade concorrente de gestores de sociedades comerciais», AA.VV., *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2016, pp. 139-151, e bibliografia nele citada (pp. 140-141). Na jurisprudência, vd. **AcRelLisboa 16 mai 2000** (BETTENCOURT DE FARIA), *CJ*, XXV, t. III, 2000, pp. 89-91, **AcRelPorto 22 mai 2001** (AFONSO CORREIA), Proc. nº 0120692, www.dgsi.pt, **AcSTJ 21 mar 2011** (SERRA BAPTISTA), Proc. nº 242/09.3YRLSB.S1, www.dgsi.pt, **AcSTJ 28 fev 2013** (GRANJA DA FONSECA), Proc. nº 189/11.3TBCBR.C1.S1, www.dgsi.pt, **AcRelPorto 24 mar 2014** (RITA ROMEIRA), Proc. nº 9440/08.6TBMAI.P1, www.dgsi.pt, **AcRelLisboa 1 abr 2014** (MANUEL MARQUES), Proc. nº 1195/08.0TYLSB.L1-1, www.dgsi.pt, **AcSTJ 30 set 2014** (FONSECA RAMOS), Proc. nº 1195/08.0TYLSB.L1.S1, www.dgsi.pt, e **AcRelCoimbra 17 mai 2016** (ARLINDO OLIVEIRA), Proc. nº 1434/16.4TV8VIS-A.C1, www.dgsi.pt.



Comercial, comprometemo-nos então a desenvolver este assunto por escrito, no *Liber Amicorum* de Pedro Pais de Vasconcelos – mentor das jornadas e verdadeiro paladino da iniciativa privada –, o que fazemos agora.

O artigo 398º, nº 1 do CSC

O art. 398º impede a acumulação de funções de administração, executivas ou não executivas, com um contrato de trabalho na sociedade (ou em sociedade que, com ela, se encontre em relação de domínio ou de grupo) na qual o administrador era, anteriormente, trabalhador (cfr. nº 1), proibindo também o aproveitamento das (novas) funções de gestão ou representação para assegurar um contrato de trabalho subsequente (cfr. nº 1 *in fine*).

Logo, decorre do nº 1 do art. 398º uma dificuldade de acesso de um trabalhador ao órgão de administração da sociedade em que exerce a sua atividade profissional laboral.

Se as funções não são cumuláveis, suscita-se a questão de saber o que acontece ao contrato de trabalho com o ingresso do trabalhador no órgão de gestão da sua entidade patronal.

Duas soluções seriam teoricamente possíveis: o contrato de trabalho cessaria com a aceitação das funções de administração – considerando-se ser objeto de resolução tácita ou caducar por incompatibilidade superveniente do seu objeto com as novas funções – ou suspender-se-ia e seria retomado no final do mandato de administração.



Importa salientar que não está em causa apurar, nesta sede, a melhor solução do ponto de vista do Direito laboral e que não vamos analisar este nº 1 e, designadamente, apurar se toda e qualquer prestação de serviços se enquadra na sua previsão.

Apenas antecipamos que, considerando o teor do nº 1 do art. 398º e o interesse social a prosseguir com o mesmo, se afigura mais correto aceitar a extinção do contrato de trabalho, para que o ex-trabalhador pudesse exercer as suas funções, de gestão e representação, de forma livre e independente.

O artigo 398º, nº 2 do CSC

Mas o nº 2 do art. 398º veio complicar a interpretação do nº 1, ao estabelecer que quando for designado administrador alguém que exercia funções ao abrigo de contrato de trabalho na sociedade ou em sociedade que, com ela, se encontre em relação de domínio ou de grupo, esse contrato se extingue se tiver sido celebrado há menos de um ano e suspende-se se tiver sido celebrado há mais de um ano.

Note-se a incorreção técnica evidente ao deixar sem tutela ou efeito jurídico a situação em que o designado seja trabalhador há exatamente um ano. Trata-se de um lapso evidente até hoje nunca corrigido e, diga-se, sem grandes consequências de ordem prática



pela improbabilidade de verificação da situação³.

Ao fazer depender da antiguidade das funções que o administrador eleito se encontrava a exercer, no contexto de um contrato de trabalho subordinado, a subsistência deste vínculo – ainda que na forma de suspenso –, a lei societária introduziu uma desigualdade de tratamento entre trabalhadores há mais de um ano e há menos de um ano.

Fê-lo conscientemente.

A lógica subjacente era a seguinte:

Se aquele que ingressa na administração tem com a sociedade administrada uma relação contratual de natureza laboral com pelo menos um ano, que poderemos qualificar de estável, então o respetivo contrato de trabalho dever-se-ia ter por suspenso e o período de funções na administração seria contabilizado na sua antiguidade⁴ pelo contributo dado também na orgânica societária.

Se, diversamente, tinha um contrato de trabalho, que não tivesse o mínimo de um ano, então esse contrato resolver-se-ia *ope legis*, extinguindo-se. Isto é, a lei societária considerava como transitórias

³ Chamávamos precisamente a atenção do leitor para o que qualificámos de imprecisão, porque a lei, ao referir-se apenas a contratos celebrados há *menos* de um ano e há *mais* de um ano, gerou inadvertidamente um hiato, deixando no limbo os contratos celebrados exatamente *há um ano* (*itálicos* nossos) (PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 830 e nota 1239.

Note-se que a falha já se encontrava no art. 404º, nº 2 do Projeto de Código das Sociedades.

⁴ Mas esse é um efeito jurídico-laboral que, para aqui, não interessa.



as situações jurídico-laborais inferiores a um ano, e considerava-as resolvidas em favor do vínculo de administração, cuja assunção implicava tecnicamente a caducidade do contrato de trabalho e, conseqüentemente, a sua cessação, como se a mesma fosse consequência da escolha (voluntária) feita pelo trabalhador, agora administrador.

O pensamento inerente a esta opção era o de que não se justificava proteger a relação profissional preexistente quando a mesma era pouco significativa e representava essencialmente um ponto de passagem para a administração.

Com efeito, muitos administradores são providos como quadros da empresa enquanto não são objeto de eleição formal pelos acionistas, de modo que o contrato de trabalho se limita a antecipar o início das suas funções de gestão e representação da sociedade, proporcionando-lhes uma remuneração e um primeiro contacto com a sociedade enquanto não se verifica o facto designativo, permitindo-lhes frequentemente deslocarem-se para a localidade da sede da sociedade e procederem à sua instalação, mesmo antes de serem formalmente administradores.

A nossa posição

Reconhecendo naturalmente as discrepâncias de solução geradas pela diferente antiguidade do trabalhador – quando o administrador designado tinha origem nos quadros da empresa (ou de sociedade do grupo) –, sempre entendemos que nenhum trabalhador é



obrigado a ser administrador⁵.

Trata-se de uma faculdade de que o trabalhador dispõe, mas à qual não está vinculado, pelo que seria suficiente saber que a opção (livre) pela administração da sociedade poderia pôr em causa a subsistência da sua relação contratual de natureza laboral.

E sempre considerámos que esta regra do Código das Sociedades Comerciais pretendia acentuar claramente a separação dos domínios societário e laboral da empresa, nada tendo de inconstitucional, pela desigualdade introduzida. Nem sequer padeceria de inconstitucionalidade formal, porquanto a aceitar uma interpretação que qualificasse a norma de “legislação laboral” e – por não ter ocorrido a consulta (não vinculativa) das comissões de trabalhadores e das associações sindicais – apont(ass)e para a inobservância da Constituição, estar-se-ia a reconhecer o primado (constitucional) do Direito Laboral e uma invasão do Direito Privado (Comercial), o que consideramos totalmente inaceitável, pelas razões adiante expostas⁶.

⁵ Aliás, consideramos que são essencialmente os trabalhadores que aceitam ser suplentes à administração quando o fenómeno ocorre, visto que, em razão do seu vínculo laboral, não têm custo de oportunidade, relativamente à potencial designação para a administração de uma empresa terceira. Adicionalmente, se vierem a ser providos como administradores – por serem chamados a preencher uma vaga na administração em razão da sua suplência –, nada terão a perder, visto que, ao cessarem o vínculo orgânico, de administração, retomam as suas profissões de carácter laboral.

⁶ Chegando a idêntica conclusão, de forma substancialmente mais completa, José ENGRÁCIA ANTUNES, *A proibição de cúmulo administrador / trabalhador – Da sua constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 61-117, em especial pp. 74-77.



E acrescentávamos que nada impediria o CSC de reconhecer que a aceitação de um cargo social implicaria a resolução de um vínculo de caráter laboral, qualquer que fosse a sua duração, e atribuindo assim à escolha do trabalhador a relevância que deve ter pelo significado que reveste para a sociedade administrada e que tem, naturalmente, de prevalecer sobre a subsistência de um vínculo que, porventura, não faz sentido manter em suspenso sobretudo pela influência que, sobre o mesmo, o gestor pode ter nas suas novas funções. A tudo isto acresce que não há norma constitucional que justifique, nesta circunstância, a subsistência do contrato de trabalho, sendo o CSC e o Código do Trabalho complexos normativos equivalentes no plano da hierarquia das leis.

Já quanto à aplicação do art. 398º, nº 2 aos contratos de prestação de serviços, temos um entendimento que se afasta do que é perfilhado pela generalidade dos autores. Mas, na presente análise, não se afigura relevante estar a expô-lo. Remetemo-lo, conseqüentemente, para nota de rodapé⁷.

⁷ Ponderando a compatibilidade do exercício da administração com funções de natureza não subordinada exercidas na mesma empresa ou em empresa em relação de grupo, importa salientar que não reconduzimos o contrato de trabalho autónomo a uma qualquer **prestação de serviços**, pelo que esta não se encontra abrangida pelo disposto no nº 1 do art. 398º.

Assim, entendemos que a solução não está no art. 398º, mas radica em sede de deveres fundamentais dos administradores.

Na realidade, o art. 398º é omissivo sobre prestações de serviços e compreende-se porquê. Estes não determinam, como o contrato de trabalho, a exclusividade de funções, pelo que a sua subsistência não compromete o desempenho adequado do cargo de administrador, não sendo com ele incompatível, a menos que os



O entendimento da doutrina portuguesa e a jurisprudência nacional

Vejamos agora como é que esta regra (o art. 398º, nº 2 do CSC) era entendida pela **doutrina** e pela **jurisprudência** antes do Acórdão, prevenindo não ser a leitura exatamente idêntica para as sociedades

serviços prestados ponham em causa o interesse social ou não possam ser assegurados adequadamente, caso em que naturalmente são inadmissíveis.

Mas entendemos que o prestador de serviços não pode exercer na empresa administrada funções executivas, considerando a confundibilidade que existiria entre os serviços prestados e a respetiva avaliação, na qualidade de gestor da sociedade deles beneficiária.

Deste modo, a prestação de serviços cede, por natureza, perante o exercício de funções de administração executivas, sendo incompatível com estas, que devem ser consequentemente atuadas em exclusividade.

Se o prestador de serviços for designado para um cargo não executivo, não existindo incompatibilidade legal ou estatutária para o aceitar e acumular com diferentes funções*, admitimos que possa inclusivamente ser remunerado pela prestação de serviços – e não como administrador não executivo –, desde que, na sua atividade profissional à margem da empresa, não exerça funções que possam ser enquadradas como atividade concorrente da que a sociedade administrada exerce (cfr. art. 398º, nºs 1 e 5, e art. 254º, nº 2). Note-se que até um membro do órgão de fiscalização pode prestar serviços à sociedade se os mesmos não forem significativos (cfr. art. 414º-A, nº 1, *alínea e*). Por isso, embora seja desaconselhável que um administrador não executivo mantenha uma relação de prestação de serviços com a sociedade, essa hipótese não se afigura ilegal.

Adicionalmente, refira-se que ainda que cesse a prestação de serviços durante as suas funções, nada impede que o administrador as retome, uma vez concluído o seu mandato, se a (nova administração da) sociedade assim o decidir.

(*) – Note-se que não há sequer inconveniente na acumulação de diferentes administrações executivas, desde que as mesmas não respeitem a sociedades concorrentes.



por quotas^{8/9}.

⁸ Se, nos termos do disposto no art. 398º, nº 2 do CSC, o provimento de um trabalhador no cargo de gestão (de uma sociedade anónima) suspende o respetivo contrato de trabalho, quando este tiver sido celebrado há mais de um ano, já no plano das **sociedades por quotas** a solução não é clara e muito menos uniforme. Com efeito, se a leitura de que o contrato com mais de um ano se suspende nunca foi contestada – diversamente do que sucede com os efeitos da designação sobre as relações laborais com menos de um ano –, já a sua aplicação às sociedades por quotas está longe de ser pacífica. Assim, segundo o **AcRelGuimarães 5 nov 2015** (ALDA MARTINS) / Proc. nº 89.14.5TTVRL.G1, *CJ*, ano XL, t. V, 2015, pp. 277-279, a nomeação de um trabalhador como gerente não suspende o contrato de trabalho, nem determina a sua caducidade. Por sua vez, o **AcRelPorto 4 dez 2017** (RUI PENHA) / Proc. nº 13740/14.8T8PRT.P1, *www.dgsi.pt*, admite que o vínculo laboral subsista quando o sócio de uma sociedade por quotas for designado gerente da mesma, e o **AcRelPorto 21 jan 2019** (RUI ATAÍDE DE ARAÚJO) / Proc. nº 12602/16.9T8PRT.P1, *www.dgsi.pt*, afasta o impedimento da concomitância de vínculos, estabelecido no art. 398º, nº 1 do CSC (para as sociedades anónimas), admitindo que a qualidade de sócio gerente (de uma SPQ) não obsta ao reconhecimento da qualidade de trabalhador, subsistindo o vínculo laboral se for demonstrada a existência «*de indícios relevantes de subordinação jurídica a outros gerentes ou a deliberações da gerência no seu todo*», cabendo o ónus da prova ao “gerente (trabalhador)”.

Os acórdãos acima enunciados são todos das secções laborais dos Tribunais da Relação envolvidos e, em nossa opinião, são fruto da confusão alimentada pela jurisprudência sobre cargos societários e empresariais, e da tentativa de subordinação do Direito das Sociedades Comerciais ao Direito Laboral, repetidamente afirmada por alguns juízes do Tribunal do Trabalho e das Secções Sociais dos Tribunais superiores e também pelo próprio Tribunal Constitucional.

⁹ Nestas a separação entre a superestrutura da empresa, que é a sociedade por quotas, e o seu substrato necessário (a empresa) não é tão nítida, confundindo-se amiúde as duas realidades, razão pela qual o trabalhador evolui naturalmente para gerente e continua a ter o mesmo desempenho profissional, mantendo frequentemente inalteradas as suas contribuições para a segurança social (como



Antes de o fazermos, refira-se que o conteúdo e alcance da norma nunca suscitaram dúvidas, dado que a sua redação é muito clara.

Por isso, não surpreende que RAÚL VENTURA¹⁰ se tenha limitado a interpretá-la e a explicá-la, aceitando o respetivo teor e a diferenciação de efeitos, com a finalidade de evitar a celebração de contratos de trabalho em data próxima à da designação para a administração, que desvirtuasse as limitações estabelecidas no número 1 da mesma regra.

As objeções colocaram-se relativamente à sua validade (constitucional), dado que, no processo da sua formação, isto é, na elaboração do Código das Sociedades Comerciais, não terão sido ouvidas as organizações representativas dos trabalhadores como seria suposto por a norma poder ser materialmente qualificada como legislação do trabalho, pelos efeitos decorrentes da sua aplicação para o contrato de trabalho que o administrador tinha com a sociedade.

Trata-se de um argumento inteligente e oportunista que alguns tribunais seguiram.

Começando pela opinião dos nossos colegas (académicos), refira-se que a mesma está longe de ser unânime, inclinando-se, não

trabalhador) e, desse modo, conservando a maior proteção que o regime dos trabalhadores por conta de outrem lhe dispensa.

¹⁰ «Nota sobre o desempenho doutras funções por administrador de sociedade anónima (art. 398º)», in *Novos estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo* (Comentário ao CSC), Almedina, Coimbra, 1994 (pp. 187-196), pp. 192-193, publ. também na Revista *O Direito*, ano 125º, III-IV, 1993, pp. 261-266.



obstante, a maioria para reconduzir a norma a legislação laboral e, desse modo, concluir pela sua inconstitucionalidade formal.

Assim, mesmo os cultores do Direito Societário, como é o caso de JORGE COUTINHO DE ABREU – considerando tratar-se de uma regra juslaboral¹¹ –, PAULO DE TARSO DOMINGUES¹² e ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS¹³ qualificam a norma como inconstitucional, na parte que se refere à extinção do contrato de trabalho¹⁴, não apresentando solução para a sua (in)validade.

Mas outros autores seguem esta interpretação, casos de AMANDA BEZERRA BASSANI, que conclui pela «inconstitucionalidade da parte que determina a cessação dos contratos com menos de um ano»¹⁵.

De entre os cultores do Direito do Trabalho, impõe-se salientar

¹¹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 66 (nota 163), e «Sobre o trabalhador/administrador (a propósito de Acórdão do STJ de 23/10/2013)», AA.VV., *Para Jorge Leite*, vol. II – *Escritos Jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1-6, em cuja crítica – a propósito da *suspensão de contrato de trabalho em empresa participante por efeito da designação como administrador de sociedade participada* – propugna uma interpretação restritiva do art. 398º, nº 2.

¹² «Administradores trabalhadores – Breves notas», *Católica Law Review*, vol. II, nº 2, 2018, pp. 11-24, pp. 19-21.

¹³ Anot. ao art. 398º, in AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, volume VI (Artigos 373º a 480º), 2ª ed., coord. por Jorge M. Coutinho de Abreu, IDET/Almedina, Coimbra, 2019, pp. 358-359.

¹⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Administradores e trabalhadores de sociedades (cúmulos e não)», AA.VV., *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 9-21, p. 16, e *Governança das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., cit., 2010, p. 67.

¹⁵ «O contrato de trabalho e a gestão societária: uma análise do art. 398º do CSC», *RFDL*, vol. LX, 2019/1 (pp. 171-215), p. 204.



que alguns pendem para a derrogação do nº 2 do art. 398º do CSC pelo art. 161º do CT (*Comissão de serviço*) – casos de JÚLIO GOMES¹⁶, hoje juiz Conselheiro (da secção Social) do STJ, e de LUÍS MIGUEL MONTEIRO¹⁷ –, mas sem unanimidade, pois há quem adote uma interpretação restritiva da norma sobre a comissão de serviço, como é o caso de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁸ e, muito recentemente, após o Acórdão do Tribunal Constitucional, de RAFAEL TEIXEIRA RAMOS¹⁹.

Embora integrando a doutrina minoritária, não est(áv)amos isolados.

Na nossa linha, da afirmação da substancialidade jurídico-societária da norma, e da incompatibilidade do contrato de trabalho com a relação de administração²⁰, que sempre perfilhámos, estão ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – considerando a norma materialmente

¹⁶ *Direito do Trabalho, I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 169-172, em especial p. 170.

¹⁷ Na anotação que faz ao art. 161º do CT, in AA.VV., *Código de Trabalho Anotado*, coord. Pedro Romano Martinez, 13ª ed., 2020, pp. 411-414.

¹⁸ No quadro do CT de 2003, na obra *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 527-529, mais tarde, no contexto do Código atual (de 2009), no *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – *Situações Laborais Individuais*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 80-81.

¹⁹ «A relação de administrador com o trabalho subordinado nas sociedades anónimas e por quotas», *DSR*, ano 12, vol. 24, 2020, pp. 211-238.

²⁰ Que, numa situação, conduziu o legislador a optar pela suspensão do contrato de trabalho, e noutra, quando este não tivesse completado um ano de vigência, pela sua cessação (por caducidade).



comercial²¹ – e JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, que, na linha de Raúl Ventura, conclui assentar a 1ª parte do nº 2 do art. 398º «na presunção legal do carácter fraudulento» dos contratos celebrados há menos de um ano, procurando evitar que sejam um expediente utilizado para perpetuar o administrador na sociedade, contornando a limitação decorrente do nº 1 do mesmo preceito²².

Não questionando a constitucionalidade do nº 2 do art. 398º, possivelmente por ter escrito antes do primeiro acórdão do Tribunal Constitucional, mas concordando aparentemente com o regime legal, que explica, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES²³.

Também ROSÁRIO PALMA RAMALHO, que é uma autoridade reconhecida no mundo do Direito Laboral, pronunciando-se após as primeiras fiscalizações concretas da inconstitucionalidade, aceitou a explicação do autor do Projeto de Código das Sociedades (o saudoso Professor Raúl Ventura) – de que a extinção dos contratos com duração inferior a um ano visava «garantir que a tutela conferida pelo mecanismo de suspensão do contrato não é facilmente manipulável

²¹ *Direito das Sociedades, I – Parte Geral*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 924 (nota 2794), em afirmação que manteria depois do AcTC de 2019, na 4ª ed. deste livro, publicada em 2020 (p. 833, nota 2713), e no *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, por si coordenado, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, em anot. ao art. 398º, conjunta com A. Barreto Menezes Cordeiro (pp. 1314-1316), p. 1315.

²² *A proibição de cúmulo administrador / trabalhador*, cit., 2018, em especial pp. 9-34 e 71-77, que constitui o estudo mais completo nesta matéria e cujas conclusões (pp. 119-130) merecem inteiramente o nosso acordo.

²³ *A administração das sociedades por quotas e anónimas. Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990, pp. 306-311, em especial pp. 308-309.



pelas partes»²⁴ –, mas estranhamente considerou que o nº 2 do art. 398º havia perdido a sua vigência no que se refere à I Parte, por efeito da declaração concreta da inconstitucionalidade²⁵.

Em qualquer caso, demonstrando conhecer a problemática que nos ocupa – relativa à inconstitucionalidade formal da norma²⁶, por falta de audição dos organismos representativos dos trabalhadores –, mas pronunciando-se antes do Acórdão que declarou a inconstitucionalidade parcial da 1ª parte do nº 2 do art. 398º, com força obrigatória geral, ROSÁRIO PALMA RAMALHO entendia que o contrato celebrado há menos de um ano pelo trabalhador designado administrador se extinguia «por caducidade, por impossibilidade legal superveniente absoluta de subsistência do vínculo»²⁷.

Por sua vez, a **jurisprudência** também está longe de ser pacífica.

No sentido que sufragamos, apontam alguns acórdãos dos nossos tribunais superiores, tal como o **AcRelLisboa de 29 de janeiro de 2014** (PAULA SÁ FERNANDES) / Proc. nº 2974/11.7TTLSB.L1-4, www.dgsi.pt, segundo o qual «a previsão do nº 2 do artigo 398º do CSC visa disciplinar as sociedades, não na área laboral, mas na sua vida societária, pretendendo uma especificação à regulação da administração dessa mesma sociedade, não estando em causa qualquer tipo de direitos ou deveres de trabalhadores, nem desenvolvendo o regime do contrato individual do trabalho, inclusive

²⁴ ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Grupos Empresariais e Societários*, cit., p. 524.

²⁵ ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Grupos Empresariais e Societários*, cit., p. 525.

²⁶ *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – *Situações Laborais Individuais*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 80.

²⁷ *Tratado de Direito do Trabalho*, II, 7ª ed., cit., 2019, p. 73 (e nota 124).



a sua cessação, constituindo uma norma especial para uma situação especial, não ofendendo nenhuma disposição ou princípio constitucional».

Aliás, recusando aparentemente a inconstitucionalidade da 1ª Parte do nº 2 do art. 398º do CSC, existem vários Acórdãos do STJ e dos Tribunais da Relação²⁸.

Mas, em sentido inverso – considerando inconstitucional a norma na parte em que declara extinto o contrato de trabalho com duração inferior a um ano²⁹ –, pronunciam-se os três acórdãos do Tribunal Constitucional que estiveram na base do Acórdão de 2019 e que são os seguintes: **AcTC nº 1018/96, de 9 de outubro de 1996** (BRAVO SERRA), Proc. nº 714/95, publ. no D.R. II Série, de 13 de dezembro, **AcTC nº 626/2011, de 19 de dezembro de 2011** (MARIA JOÃO ANTUNES), Proc. nº 245/2011³⁰, e **AcTC nº 53/2019, de 23 de janeiro de 2019** (MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA), Proc. nº 723/2018.

Finalmente, vejamos a posição de quem se pronunciou depois do Acórdão de 2019 e da respetiva declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

MENEZES CORDEIRO fê-lo, reconhecendo o efeito da decisão do Tribunal Constitucional, mas reafirmou ser o art. 392º, nº 2 uma

²⁸ Para uma síntese dos mesmos, vd. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *A proibição de cúmulo administrador / trabalhador*, cit., 2018, pp. 120-121.

²⁹ Já o **AcTribConstitucional nº 259/2001, de 30 de maio de 2001** (VÍTOR NUNES DE ALMEIDA), Proc. nº 328/00 (D.R. II Série, de 24 de novembro de 2001), declarou não ser inconstitucional a parte do nº 2 do art. 398º que estatui a suspensão do contrato de trabalho com mais de um ano.

³⁰ Com uma declaração de voto de vencido do Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, por considerar que a norma «não apresenta natureza laboral».



norma materialmente comercial³¹.

Por sua vez, RAFAEL TEIXEIRA RAMOS – reconhecendo implicitamente autonomia normativa à suspensão estabelecida no n.º 2 do art. 392.º – concordou com a decisão e considerou que o Direito português tem mais uma causa de suspensão do contrato de trabalho³².

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 774/2019: a inconstitucionalidade com força obrigatória geral

Ora, depois das três decisões de inconstitucionalidade sobre questões concretas por parte do Tribunal Constitucional³³, este viria – a requerimento do representante do Ministério Público (junto desse tribunal) – a emitir, há menos de um ano (e mais de 30 anos após a entrada em vigor do CSC), um Acórdão com força obrigatória geral: o **AcTC n.º 774/2019, de 17 de dezembro de 2019**.

Nesse acórdão (subscrito por unanimidade, sublinhe-se), o Tribunal Constitucional declarou – por preterição da audição das entidades representativas dos trabalhadores (comissões e

³¹ *Direito das Sociedades, I*, 4.ª ed., cit., 2020, p. 833, nota 2713, e *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 3.ª ed., cit., 2020, p. 1315.

³² «A relação de administrador com o trabalho subordinado nas sociedades anónimas e por quotas», cit., 2020, em especial pp. 229-236.

³³ As mesmas encontram-se enunciadas acima (n.º 4) e no n.º 1 do Acórdão (p. 4). Note-se que as decisões inerentes aos casos de fiscalização concreta da (in)constitucionalidade se fundavam na violação das normas que correspondem ao disposto nas «atuais alíneas d) do n.º 5 do artigo 54.º e alínea a) do n.º 2 do artigo 56.º».



associações sindicais sobre a preparação da norma – a inconstitucionalidade formal do art. 398º, nº 2 do CSC, na parte em que previa a extinção do contrato de trabalho celebrado há menos de um ano, com a designação (e aceitação) para a administração da mesma sociedade comercial ou de sociedade em relação de grupo ou de domínio, por se tratar de “legislação do trabalho”.

Desse modo, decorridos 33 anos da entrada em vigor do Código e da norma, o Tribunal Constitucional apagou-a, ainda que parcialmente.

A nosso ver, mal, embora o tenha feito num Acórdão que tecnicamente consideramos irrepreensível e que evidencia a grande qualidade dos seus autores, para além do inegável mérito científico que têm.

Senão vejamos.

O Acórdão é relatado pela Conselheira MARIA RANGEL MESQUITA, nossa ilustre colega da Faculdade de Direito de Lisboa, que, coincidentemente, havia sido a relatora do terceiro Acórdão que declarou a inconstitucionalidade da norma em matéria de fiscalização concreta.

Começando por reconhecer a existência «*de um princípio de incompatibilidade entre as funções de administrador e de trabalhador*» (nº 6.1, pp. 6-7), baseando a justificação em três razões, o Acórdão, louvando-se em RAÚL VENTURA³⁴ e em ENGRÁCIA

³⁴ «Nota sobre o desempenho doutras funções por administrador de sociedade anónima (art. 398º)», in *Novos estudos* cit, 1994, p. 193.



ANTUNES³⁵ – autores com os quais, como referimos, concordamos genericamente – procura fundar «*a diferenciação do tratamento dos contratos celebrados há menos de um ano (nº 6.2, p. 7)*», concluindo que «*o legislador presume iuris et de jure que a celebração de um contrato de trabalho em data próxima da designação como administrador constitui conduta fraudulenta, cujo escopo será o de acautelar a posição profissional futura do titular, a expensas da sociedade*» (nº 6.2, pp. 7-8).

No entanto, e subscrevendo diferentes leituras (J. M. COUTINHO DE ABREU³⁶, LUÍS BRITO CORREIA³⁷ e RICARDO COSTA³⁸), deixa entender que haveria alternativas à regra em causa, designadamente na invalidade do próprio contrato de trabalho.

Em nossa opinião, na determinação do sentido e alcance da norma, escapa à generalidade dos autores que a mesma deve ser contextualizada no plano da (boa) governação societária e que o seu fundamento é o interesse da sociedade, o qual se opõe a situações que sejam geradoras de conflitos.

Retomando a análise, o Acórdão, na primeira parte, conclui com a discussão inerente «*ao âmbito de aplicação da norma fiscalizada*» e a sua eventual aplicação por analogia a outros tipos societários (nº

³⁵ A proibição de cúmulo administrador / trabalhador, cit., 2018, p. 27.

³⁶ Governação das Sociedades Comerciais, 2ª ed., cit., 2010, p. 67.

³⁷ *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, ed. autor, Lisboa, 1991, (Almedina, Coimbra, 1993), p. 590-591, admitindo que possa ser celebrado contrato de trabalho sob condição ou termo suspensivo, para vigorar depois da cessação de funções de administração (p. 591).

³⁸ Os administradores de facto das sociedades comerciais, Almedina, Coimbra, 2014, p. 808.



6.3, p. 8).

Em seguida, analisa os arestos do mesmo tribunal «*proferidos em sede de fiscalização concreta*» (nº 7, pp. 8-9), para delimitar o objeto da sua intervenção: a qualificação da norma como «*legislação do trabalho*», o que faz na parte central da sua fundamentação (nº 8, pp. 10-17). Nesta sede, em que procura definir o *conceito* de *legislação do trabalho*, o aresto começa por analisar a doutrina e a jurisprudência constitucional (nº 8.1, pp. 11-12), para passar a explicar as duas principais correntes em que sistematiza a doutrina em geral (jussocietária e juslaboralista) (nºs 8.2 e 8.3, pp. 12-14), tendo a generosidade de nos enquadrar numa delas (nº 8.3, pp. 13-14), para afirmar a sua posição sobre o tema (nºs 8.4 e 8.5, pp. 14-17).

Retomando a análise crítica, recorde-se que nunca desenvolvemos este tema, como o fazemos agora, pelo que reconhecemos nunca ter exposto argumentação suficiente sobre o melhor sentido a extrair da norma em análise. E agora é tarde, porque a mesma foi alterada pelo poder do Tribunal Constitucional, revelando, com o devido respeito – que é muito, note-se, considerando as incontestadas qualidades técnica e científica dos seus juízes –, uma insuficiente compreensão da matéria jurídico-societária e da sua relevância na sociedade atual; e abrindo eventualmente uma caixa de Pandora.

Não se encontra uma palavra sobre governação societária – não obstante a citação da obra precursora de Coutinho de Abreu –, nem a norma em análise é perspectivada no quadro devido do interesse que deve constituir referência no mundo das sociedades comerciais, que é o interesse social, o qual não se fica pelo interesse da



sociedade, nem tão pouco dos seus acionistas, mas se matiza no interesse dos demais *stakeholders*, incluindo os trabalhadores, recorde-se.

Ora, é precisamente a sustentabilidade da sociedade subjacente à necessidade de impor normas de (boa) governação societária que explica o âmbito do art. 398º, a sua finalidade e alcance.

É verdade que o legislador (leia-se, Raúl Ventura) não o disse, mas os tempos eram outros e o ilustre mestre – a quem principalmente se deve a elevadíssima qualidade da legislação societária, porque a compreendia na *praxis* – intuiu com a formulação da regra, inspirada em legislação estrangeira, reconheça-se, a necessidade de separar os mundos laboral e societário, isto é, a vertente empresarial e a que corresponde à sua superestrutura, evitando confundi-las e procurando impedir o aproveitamento mesquinho que alguns ex-administradores têm conseguido realizar.

Para o ter feito da melhor maneira – o que, cerca de uma década sobre o 25 de abril, não era fácil –, deveria ter procurado declarar a caducidade do contrato de trabalho em todas as situações, fazendo corresponder à aceitação do cargo de administrador uma opção por parte do trabalhador; e não aceitando uma solução compromissória como a imposta pela 2ª parte do nº 2; e que é agora aparentemente regra única.

Assim, presentemente, se o nº 1 do art. 398º afasta a acumulação de funções de administração com a de trabalhador vinculado por contrato de trabalho subordinado, quando o novo administrador provém dos quadros da empresa, ou de empresa que se encontre em situação de domínio ou de grupo, o seu contrato de trabalho suspende-se pelo período correspondente ao exercício de funções



de administração, qualquer que fosse a sua duração anterior, cessando a suspensão com o termo das funções de gestão e representação da sociedade.

Decorre do exposto que, se fossemos nós o juiz constitucional, a sorte do nº 2 do art. 398º poderia ter sido diferente.

Mas, e concluindo, a apreciação da realidade, isto é, do Acórdão do Tribunal Constitucional que já qualificámos, e repetimos, ser de elevada qualidade técnica, revelando uma investigação notável, importa ainda referir – antes de concluir – que o Acórdão equaciona outras duas questões: «*a concretização constitucionalmente adequada do direito de participação*» (nº 9, pp. 17-18), salientando que nunca foi evidenciada a audição dos trabalhadores, «*e os efeitos jurídicos da sua eventual preterição*» (nº 10, pp. 18-19), reconhecendo, a este propósito, que a retroatividade da sua decisão seria catastrófica, colocando em causa inúmeras decisões judiciais oportunamente transitadas (em julgado) à luz da melhor doutrina; e, por isso, limitou *os efeitos da inconstitucionalidade, de modo que se produzam apenas a partir da publicação do Acórdão*.

Como procuramos demonstrar, nesta nossa intervenção, cremos que na base de uma decisão menos feliz não está apenas em causa a perspetiva com que deve ser encarada a governação societária, mas a incompreensão da tensão que, à luz da Constituição, existe entre dois ramos de Direito, que resultam da especialização do Direito Civil ou Comum: o Direito Comercial – que em nosso entender está a evoluir para um Direito do Mercado e de que o Direito das Sociedades constitui parte especial, no quadro dos respetivos sujeitos – e o Direito do Trabalho.

Se é adquirido que o trabalho merece proteção constitucional, a



verdade é que a iniciativa privada também a colhe no art. 61º e, mais tarde, no Tratado de Roma ou sobre o Funcionamento da União Europeia.

A proteção constitucional do trabalho e a iniciativa privada: a recusa da apropriação da natureza de regra substancialmente comercial

Se é inequívoco que a Constituição enquadra o direito ao trabalho nos direitos, liberdades e garantias fundamentais, a verdade é que também reconhece dignidade constitucional à iniciativa privada, hoje em estreita articulação com o Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Com efeito, e não obstante o ambiente perturbado em que foi elaborada (em 1975), a Constituição acolhe o livre exercício da *iniciativa económica privada*, tendo em conta o interesse geral (art. 61º, nº 1)³⁹. Mas não se fica por aqui.

³⁹ Consideramos as referências aos «*quadros definidos pela Constituição e pela lei*» (art. 61º, nº 1 da CRP) totalmente redundantes, porque nem vemos como poderia ser de diferente maneira, isto é, todos os direitos se devem exercer no quadro constitucional vigente com respeito pelas leis existentes.

Sobre esta norma, vd. a excelente anotação de EVARISTO FERREIRA MENDES, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.1179-1238, em especial pp. 1181-1188 e 1208-1213, e também de J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 787-797, em especial pp. 788-792.



A nossa Lei Fundamental também reconhece o primado do Direito da União Europeia e a sua aplicação interna (cfr. art. 8º, em especial o nº 4) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia consagra a liberdade de estabelecimento dos nacionais dos Estados membros em todo o espaço da União Europeia (art. 49º, primeiro parágrafo); e esse direito – porque é disso que se trata – abrange «*a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades*» (art. 49º, segundo parágrafo).

Consequentemente, não vislumbramos fundamentação para subordinar o Direito das Sociedades Comerciais ao Direito Laboral. São ramos do Direito e sectores da ciência jurídica que se posicionam em campos necessariamente diferentes, mas que, pontualmente, podem cruzar. Se tal acontecer, como sucede no âmbito do art. 398º do CSC, não há razão para privilegiar a coloração juslaboralista do preceito legal – considerando-o legislação do trabalho –, como não haveria motivo para sobrepor, às normas jus laborais, a materialidade jus societária ou mercantil de uma norma do Código do Trabalho que recaia sobre a empresa.

Aliás, o direito ao trabalho veria a sua expressão muito reduzida, se não houvesse livre iniciativa privada. Logo, não faz sentido subjugar esta e, ainda menos, pretender que as normas laborais do Código do Trabalho se devem sobrepor às regras da lei societária, a ponto de o julgador se permitir qualificar normas do Código das Sociedades Comerciais como “legislação do trabalho”.

Ora, a sociedade comercial é o resultado da livre iniciativa dos cidadãos, que, no seu contexto, não se encontram obrigados a assumir o respetivo comando, mas que se acederem ao órgão de topo o fazem no âmbito da sua liberdade pessoal e de escolha.



Não faz sentido que uma leitura menos feliz à luz das normas juslaborais possa condicionar a expressão da autonomia privada dos sujeitos de Direito Comercial e daqueles que os constituem.

Estamos, pois, perante dois direitos de valor equivalente. Mas verdadeiramente não é isso que está aqui em causa, mas sim saber se é legítimo concluir sobre a natureza laboral ou mista da norma em apreço.

Creemos que não.

A norma é substancialmente comercial, caracterizando a função de administração na sociedade anónima.

Não são preocupações de carácter laboral que a justificam, designadamente de impedir ou assegurar a manutenção do vínculo contratual laboral.

O que preocupa o legislador societário é o interesse da sociedade, evitando que administradores ou futuros administradores se possam aproveitar das suas funções para colher benefícios pessoais.

Por isso, até poderíamos considerar que o contrato de trabalho deveria logicamente caducar com a aceitação do cargo de administrador da sociedade onde anteriormente se prestava serviços enquanto trabalhador.

Mas não repugna que o Direito Societário aceite que, nos casos de relação jurídico-laboral estável, o contrato não caduque e se tenha conseqüentemente por suspenso. Tal pode ser do interesse do trabalhador-administrador, mas também da sociedade que conserva nos seus quadros um colaborador que tem certamente qualidade, senão não teria acedido à administração.



O vínculo do contrato de trabalho e a administração das sociedades anônimas

O contrato de trabalho colhe no nosso ordenamento uma proteção quase absoluta e pôr-lhe termo é algo extremamente difícil.

Mas sendo a expressão da vertente institucional de uma empresa, não deve condicionar, nem limitar, o acesso à sua superestrutura.

Assim, estar a impor que, findo o mandato, o administrador possa regressar calmamente ao lugar que anteriormente ocupava ou equivalente, subalternizando-se em relação aos seus anteriores pares, não parece ser a melhor solução.

Mais do que isso. Imaginar que o administrador destituído (mesmo por justa causa) se mantém na empresa por ter sido trabalhador dela, ainda que por escassos dias, parece justificar que não se equacione sequer a designação de um trabalhador para a administração da empresa.

Seria, pois, preferível que o acesso à administração extinguisse o contrato de trabalho e que, paralelamente, concluído o mandato, a sociedade não tivesse limitações para contratar o ex-administrador, atribuindo-lhe as funções que fossem mais úteis, atendendo às suas qualificações e experiência.

Caso celebre novo contrato de trabalho, não repugna que as leis laborais reportem a respetiva antiguidade ao início do contrato que caracterizava a sua situação jurídico-laboral antes de se tornar administrador. Mas tudo isto faz sentido *de jure condendo*.



No quadro atual, e à luz do Acórdão *sub judice*, não se vislumbram dúvidas sobre a solução aplicável: o trabalhador que seja designado administrador vê o seu contrato suspenso, qualquer que seja a respetiva duração e precaridade. Por isso, terminado o mandato ou as suas funções, se tiver sido, entretanto, reconduzido, retoma a relação jurídico-laboral que mantinha anteriormente com a sociedade, sem que tenha necessariamente de assumir exatamente o cargo que ocupara e que pode estar já preenchido.

A inconstitucionalidade (total) do nº 2 do art. 398º do CSC

O Tribunal Constitucional, através do Acórdão que estivemos a analisar, considerou o nº 2 do art. 398º parcialmente inconstitucional, por preterição de uma formalidade essencial: a necessidade de ouvir as organizações representativas dos trabalhadores dado estar em causa legislação materialmente laboral.

Com base nesse entendimento, sufragado sem votos desfavoráveis – sublinhe-se –, o Tribunal concluiu que a parte do nº 2 do art. 398º que se refere à extinção de contratos celebrados há menos de um ano é inconstitucional; e, em conformidade, declarou essa norma parcialmente inconstitucional com força obrigatória geral.

Sucedo que, a proceder a leitura do Tribunal Constitucional – o que, como vimos, recusamos –, teríamos de concluir pela inconstitucionalidade da totalidade da norma; e não apenas de parte da mesma. Com efeito, se o fundamento é a preterição da audição de entidades representativas dos trabalhadores em matéria



materialmente laboral, então toda a norma deve ser inconstitucional, porque os trabalhadores não foram ouvidos sobre nenhuma das suas vertentes.

E, concluindo pela inconstitucionalidade do disposto no nº 2 do art. 398º – pela referida razão –, teremos necessariamente de considerar⁴⁰ que o contrato de trabalho caduca se o trabalhador optar por assumir funções de administrador, ainda que o faça na empresa com a qual tem um vínculo laboral.

Assim, a ser desqualificada a norma societária (o nº 2 do art. 398º), por preterição da audição das entidades representativas dos trabalhadores, ela deve sê-lo na totalidade, pelo que todo o nº 2 se deve considerar extinto. Nessa circunstância, e assumindo que o mesmo é todo letra morta, seguindo o entendimento de uma das nossas maiores juslaboralistas⁴¹, consideramos que a assunção das funções de administrador implica a caducidade do contrato de trabalho que porventura existisse com a mesma entidade; e, nesse caso, uma vez concluída a relação de administração, o mesmo não pode ser retomado.

Fica assim aberta, senão mesmo escancarada, a porta para a sociedade declarar extinto o contrato de trabalho, por caducidade, não sendo obrigada a reintegrar nos seus quadros o ex-administrador e anteriormente trabalhador.

Nesse caso, se o ex-administrador reagir contra essa medida, alegando que o seu vínculo laboral estava suspenso e pretender ser

⁴⁰ Na linha de ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, 7ª ed., cit., 2019, p. 73 (e nota 124).

⁴¹ Citada na nota anterior.



reconduzido nas funções que desempenhava antes de ser designado administrador, a empresa deve alegar a inconstitucionalidade da parte remanescente (e ainda subsistente) do nº 2 do art. 398º do CSC, dado que, na génese do mesmo, não foram ouvidas as entidades representativas dos trabalhadores, isto é, recorrendo exatamente ao fundamento que justificou a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral: tratar-se de legislação substancialmente laboral sobre a qual não se pronunciaram oportunamente as entidades representativas dos trabalhadores.

Na realidade, a legislação não pode ser materialmente laboral para justificar a não extinção do contrato de trabalho (com menos de um ano) e não o ser no que respeita à suspensão do mesmo contrato se tiver sido celebrado há mais de um ano.

Em suma, quando concluiu a sua construção formalmente correta, o Tribunal Constitucional abriu a caixa de Pandora, que só o legislador poderá voltar a fechar.

Epílogo

O aproveitamento que fazemos da decisão do Tribunal Constitucional é o que melhor se compatibiliza com a situação em apreço, porque, tal como aquele que trilha os caminhos da administração de empresas assume o risco (pessoal) inerente às suas funções – em matéria de proteção da segurança social em caso de desemprego e na opção por um regime jurídico diferente no que se refere à sua prestação de serviços, designadamente em matéria de férias, feriados e faltas –, o trabalhador, ao optar por ascender à



administração, dado que o exercício do cargo deve ser, por si, aceite, também se devia desligar do seu vínculo (contratual), sobretudo por razões de interesse social, e atuar exclusivamente no interesse da sociedade administrada sem preocupações do que será o “seu amanhã”.

Aliás, é por essa razão que a lei impede os administradores (que anteriormente ao início do mandato não tivessem qualquer vínculo com a sociedade) de se auto contratarem para o período subsequente ao exercício das suas funções de gestão e representação da sociedade.

O Acórdão que apreciamos é formalmente irrepreensível, conduzindo, com passos seguros, ao fim desejado: o de, decorridos mais de três dezenas de anos sobre a entrada em vigor da norma, eliminar uma parte da sua previsão legal. Aparentemente impõe-se na ordem jurídica e não é contestável, reduzindo o âmbito do nº 2 do art. 398º e determinando que o contrato de um trabalhador designado administrador de uma sociedade anónima se suspende com a aceitação do cargo, qualquer que tenha sido a sua duração.

Se o nº 2 tivesse sido eliminado na totalidade – como deveria ter acontecido se o Acórdão fosse substancialmente irrepreensível –, seríamos conduzidos a considerar que o contrato de trabalho caducaria por manifesta impossibilidade de subsistência com a assunção de funções na superestrutura societária da empresa.

Mantendo-se a regra, ainda que amputada, devemos concluir que o contrato laboral do trabalhador designado administrador, qualquer que seja a sua antiguidade, se suspende.

Não pretendendo discutir ontologicamente se a suspensão é



compatível com a incompatibilidade da concentração do vínculo societário e do vínculo laboral, dado que alguns efeitos do contrato de trabalho (suspensão) subsistem⁴², nada impede que o legislador ordinário se debruce novamente sobre este preceito e o reconstrua ou revogue – porque nesse caso o contrato de trabalho caducaria por impossibilidade superveniente –, submetendo, à cautela, o projeto de alteração à apreciação (não vinculativa) das organizações de trabalhadores.

Entretanto, e enquanto nada se faz, retomemos, em jeito de síntese, o Acórdão.

Discordámos do seu conteúdo, por não nos parecer substancialmente correto, por três razões:

- (i) A primeira, porque parte de uma premissa errada: a qualificação da norma legal (o nº 2 do art. 398º do CSC) como de Direito Laboral (“legislação do trabalho”).
- (ii) A segunda, porque, de um ponto de vista filosófico, não aceitamos que uma inconstitucionalidade formal, ainda que inquestionável, possa, decorridas três décadas sobre a entrada em vigor da norma, no quadro constitucional vigente, desfazer parcialmente um comando normativo que era dotado de eficácia social, genericamente observado e que apenas foi posto em causa pontualmente pelos interesses de quem consubstanciou um autêntico *venire contra factum proprium*, isto é, aceitou ser designado administrador tendo, com a

⁴² Nesse sentido, vd. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho. Noções básicas*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 325-328 – que qualifica o vínculo, nessa situação, como relaxado –, em especial pp. 326-328.



sociedade administrada, contrato de trabalho há menos de um ano e conhecendo (ou tendo a obrigação de conhecer) a norma do art. 398º, porque, caracterizando o seu estatuto, é emblemática e ele (administrador) não é um simples *bonus pater familiae*, mas tem de ser dotado de capacidade de compreensão e conhecimento técnico compatíveis e adequados às funções a exercer. Por isso, não se afigura aceitável que, afastado da administração, qualquer que tenha sido o motivo (fim do mandato, renúncia ou até destituição), o administrador que cessou funções trate de descobrir um argumento para desfazer uma situação em que voluntariamente se havia colocado; e

- (iii) A terceira, porque qualifica a norma como de legislação materialmente laboral, mas apenas parcialmente, na parte que lhe interessa; e não com referência à totalidade do comando normativo a que pertence. Ao fazê-lo, convidou todas as sociedades interessadas a alegarem a inconstitucionalidade – exatamente com base no argumento que fundamentou a declaração de inconstitucionalidade (parcial) com eficácia geral – da parte subsistente do nº 2 do art. 398º do CSC. Sendo inconstitucional, na totalidade, esse preceito, o efeito imediato é o da resolução do contrato de trabalho de quem se disponibiliza a assumir o vínculo de administração, qualquer que tenha sido a duração deste. E, como referimos, a preterição da audição não pode ser escolhida pelo Tribunal Constitucional apenas para determinados efeitos.

Por isso, andou mal esse Tribunal, e naturalmente todos os que subscreveram a decisão, a qual – parecendo perfeita na sua



construção formal – fica claramente aquém do desejável⁴³.

Mas, por ora, a hipocrisia na compreensão do Direito – alicerçada na convicção de que há uma vicissitude meramente técnica⁴⁴ que justifica a desconsideração do texto normativo (traduzida na falta de audição há mais de três décadas de organismos representativos dos trabalhadores, ainda que a opinião destes não fosse vinculativa) – vem a dar razão a quem alegou a inconstitucionalidade, comprovando também a parte da decisão que evita a retroatividade dos seus efeitos o desacerto do conteúdo.

Finalmente, e tal como um comando normativo que não é atuado durante longo tempo cai em desuso, também tem de existir um limite temporal para desfazer os efeitos de uma regra genericamente observada durante um período temporal extenso.

Trata-se, contudo, de questão que, transcendendo o objetivo desta intervenção, deve ser apreciada numa perspetiva da Teoria Geral do Direito, do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito.

Fica lançado o desafio.

Paulo Olavo Cunha

⁴³ Espera-se que o Tribunal Constitucional não se dedique agora – pelo menos enquanto a norma não for recriada – a justificar o injustificável.

⁴⁴ E não uma razão de fundo, como, por exemplo, a violação de princípios constitucionais fundamentais, designadamente da igualdade e da proporcionalidade.