

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A comissão de serviço nos cargos de administração e a
problemática da cessação**

Joana Madaleno de Assunção Duarte

Dissertação

Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais

Direito do Trabalho

(2016)

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A comissão de serviço nos cargos de administração e a
problemática da cessação**

Joana Madaleno de Assunção Duarte

Dissertação orientada pelo Professor Doutor Pedro Nuno Tavares Romano
e Soares Martinez

Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais

(2016)

Ao meu Pai pelo exemplo de vida,
À minha Mãe e Irmã por acreditarem em mim,
Ao meu Marido por estar presente,
À minha Filha por me encher o coração,
À minha Avó pelas preces de sempre.

Resumo

O nosso estudo versa sobre a comissão de serviço nos cargos de administração, com especial relevo quanto à problemática dos efeitos da cessação.

Com este trabalho iremos analisar um tema que já não é novo, mas que sempre levantou diversas questões controversas tanto na doutrina como na jurisprudência, pelo que nos propomos, por um lado, a fazer um levantamento das principais divergências e do que já foi escrito a esse respeito e posteriormente a tentar encontrar as soluções mais adequadas à sociedade atual.

Assim, vamos começar por fazer uma breve caracterização do objeto da comissão de serviço e posteriormente o nosso estudo vai dividir-se em duas vertentes principais. Uma primeira sobre a natureza jurídica da relação de Administração para assim concluir pela admissibilidade ou não da comissão de serviço quanto a estes cargos. E uma segunda vertente relacionada com a cessação da comissão de serviço, com todas as divergências inerentes, nomeadamente a compatibilização entre o regime laboral e o regime societário, com a problemática do artigo 398º n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais.

Palavras-chave: Comissão de serviço – cargos de administração - cessação

Summary

Our study is focused on the administration positions service commission, with special emphasis on the problems of its termination.

With this paper we intend to analyze a theme that despite not being freshly new, it has always raised controversial questions to both the doctrine and the jurisprudence, reasons why we will, in one hand, summarize the main contradictions and what was written about it and afterwards try to find the most suitable solutions concerning the current society.

Therefore, we will start with a brief characterization of the service commission's object which will lead into the division of our study into two main perspective. One regarding the juridical nature of the Administration's relation in order to conclude whether the commission service concerning this positions is legal or not. And a second one related to the termination of the service commission, including all the inherent problems, namely the compatibility between the labour and the corporate regime, regarding the article 398º n.º2 of Código das Sociedades Comerciais.

Key words: service commissions- administration positions- termination

Abreviaturas

AE – Acordo de Empresa

CC – Código Civil

CCT – Contrato Coletivo de Trabalho

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto-Lei

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

Na sociedade atual, muitas são as empresas que recorrem à comissão de serviço, uma vez que é uma figura que assegura não só eficazmente a necessidade de certos cargos serem exercidos por limitados períodos de tempo e em que haja uma especial relação de confiança interpessoal, como permite que simultaneamente o mesmo cargo cesse a todo o tempo, por simples manifestação de vontade de qualquer das partes.

Por ser uma figura com um regime tão específico, nomeadamente no que respeita à cessação, nem sempre é fácil de harmonizá-la com outros regimes e até mesmo com os princípios constitucionalmente protegidos.

Assim, iremos debruçar-nos sobre um dos problemas que mais divergência tem causado, tanto a nível doutrinal como jurisprudencial, e que se prende com a comissão de serviço exercida por cargos de administração nas sociedades e a respetiva cessação.

Neste enquadramento e uma vez que é um tema atual e que pode gerar dificuldades de aplicação, urge uma adequada reflexão no plano jurídico uma vez que estão em causa diversos regimes jurídicos, nomeadamente de Direito do Trabalho, de Direito das Sociedades Comerciais e da própria Constituição da República Portuguesa.

Parte I

O Instituto da Comissão de Serviço

A figura da comissão de serviço surgiu pela ideia de cometimento a uma pessoa relativamente à qual exista uma especial relação de confiança, de uma tarefa delimitada temporalmente, e teve como inspiração a comissão de serviço no âmbito dos vínculos do funcionalismo público (nomeadamente na Lei 14/06/1913, Decreto-Lei 26.341 de 07/02/1936, Decreto-Lei 191-F/79 de 26/06 e Lei n.º 12-A/2008 (Regime de Vinculação, Carreiras e Remunerações).

O Instituto da comissão de serviço foi posteriormente introduzida na área do Direito Trabalho privado, através do Decreto-Lei n.º 404/91 de 16/10, embora anteriormente já tivesse sido prevista em alguns Instrumentos de Regulamentação Coletiva do Trabalho, nomeadamente no CCT entre a Associação Portuguesa das Empresas Concessionárias das Zonas de Jogo e o Sindicato dos profissionais da Banca dos Casinos e no AE dos TLP – Telefones de Lisboa e Porto, S.A.

Em 2003 esta figura foi integrada no Código do Trabalho numa secção autónoma, nos artigos 244º a 248º e consta hoje dos artigos 161º a 164º do CT, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012 de 25/06.

Por via daquela alteração, o âmbito de incidência da figura foi alargado (artigo 161º do CT), tendo também ocorrido alterações quanto aos efeitos compensatórios da cessação do contrato, tal como decorre do artigo 164º do citado diploma.

Assim, atualmente o Regime da Comissão de Serviço vem previsto nos artigos 161º a 164º do Código do Trabalho, aplicando-se, durante a sua vigência, o regime do contrato individual de trabalho em tudo o que ali não esteja previsto na parte especial, e que com ela não esteja em colisão.

A incidência da figura da comissão de serviço é limitada às funções laborais cujo desempenho pressupõe uma relação de especial confiança entre o empregador e o trabalhador.

A Comissão de Serviço é assim um instrumento contratual que permite a ocupação através de nomeações transitórias, de duração limitada, de postos de trabalho

que correspondem a necessidades permanentes da empresa, configurando por isso uma forma especial de contratação laboral, baseada numa relação de confiança pessoal entre empregador e trabalhador, com carácter fiduciário do vínculo.

A Comissão de Serviço veio dessa forma alargar o leque de relações jurídicas às regras da transitoriedade da função e da reversibilidade do título profissional, porque o exercício de determinadas funções só se mantém enquanto perdurar a relação de confiança que as caracteriza.

Esta figura surgiu por isso da necessidade de confronto, por um lado, entre princípios do Direito do Trabalho, nomeadamente a segurança no emprego prevista no artigo 53º da CRP, porque permite pôr termo ao vínculo da comissão de serviço independentemente de justa causa e a irreversibilidade da carreira profissional; e por outro, satisfazer as especiais exigências de confiança que determinados cargos exigem.

Na verdade, esta figura permite assim escapar à aplicação do princípio da irreversibilidade da carreira profissional e à proibição de baixa de categoria que aquele impõe. No caso de trabalhadores externos, a possibilidade de contratar serviços em regime de comissão de serviço, fornece ainda uma causa específica para a cessação do vínculo laboral, dificilmente reconduzível às causas gerais.

Quanto a este ponto em particular e tendo em conta a não colisão desta figura com o disposto no artigo 53º da CRP, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹ expõe diversos argumentos que mostram a pertinência da comissão de serviço, defendendo que apesar de não poder estabelecer novas formas de cessação do contrato de trabalho, permite que, sem quebra na estabilidade do emprego, as funções de dirigentes sejam desempenhadas a título precário por trabalhadores não dirigentes, em que terminando a direcção regressam à posição onde se encontravam. Tal situação não põe em causa a estabilidade no emprego não só porque o trabalhador tem sempre assegurado o posto que detinha anteriormente, como ninguém tem, à partida, direito a dirigir os colegas, pelo que as funções de direcção terão que ser sempre uma prerrogativa da responsabilidade e iniciativa da entidade patronal. Do mesmo modo, ninguém pode ser obrigado a aceitar a função de dirigente para a qual não tenha sido contratado *ab initio* e por isso ao aceitar esse cargo, aceita o estatuto de transitoriedade do mesmo.

¹ António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, 1991, pág. 673

Acrescenta este Autor que ao exercício precário temporalmente limitado destas funções também não se contrapõe o princípio do tratamento mais favorável ou da irreversibilidade da categoria, isto porque, não só a existência de tais funções não são menos favoráveis do que a presença dessas mesmas funções a título irreversível uma vez que a cessação dum, permite a retoma do lugar por outro, como o trabalhador colocado em funções de chefia não é «despromovido» quando elas venham a cessar porque não havia sido promovido a uma categoria perpétua mas apenas a funções temporárias que concretizou.

Nesse sentido e exatamente por ser um regime que pode colidir com princípios estruturantes do Direito do Trabalho, a lei teve a preocupação em se envolver de modo especial, delimitando o âmbito de aplicação do regime da Comissão de Serviço e tipificando taxativamente os casos em que a mesma pode ser aplicada, conforme consta do artigo 161.º do Código do Trabalho, bem como exigindo que esteja sujeita a forma escrita.

Contudo, e porque de entre os vários cargos que podem ser ocupados em comissão de serviço, o que eventualmente poderá criar mais dúvidas são os de administração, vamos aprofundar o nosso estudo nesse particular e fazer uma análise quanto ao seu alcance.

Parte II

Comissão de Serviço em cargos de administração ou equivalente

Desde logo, é importante analisar se a expressão *administração* é utilizada em sentido técnico para designar o órgão executivo da sociedade comercial em qualquer das suas modalidades, ou se é a alusão a qualquer cargo com funções executivas ou de gestão de pessoa coletiva, situada em plano imediatamente inferior ao do órgão societário executivo.

Conforme anteriormente referido, a relação jurídica de comissão de serviço tem natureza laboral, pelo que o trabalho prestado é subordinado, ou seja, é realizado sob a autoridade e direção de outrem.

Esta afirmação sugere-nos concluir no sentido de que a função de administração societária ou que o cargo de administrador, para ser exercido em comissão de serviço, terá que ter natureza laboral e consequentemente subordinado.

Contudo, tal conclusão não é unanimemente aceite pela doutrina, gerando-se uma discussão em torno da natureza jurídica da relação de administração societária.

Capítulo I

Natureza jurídica da relação da administração societária

Tal como referido, para se verificar a admissibilidade do recurso ao regime da Comissão de Serviço para o desempenho de cargos de administração societária, terá de se verificar previamente qual o enquadramento jurídico destes cargos, já que apenas se poderá conceber o recurso à comissão de serviço se estas funções forem prestadas por trabalhadores subordinados.

Assim, há duas vertentes doutrinárias principais: por um lado, os que entendem que os cargos de administração podem ser exercidos ao abrigo de um contrato de trabalho com subordinação jurídica e como tal passíveis de ser exercidos em comissão

de serviço; por outro, aqueles que entendem que tais funções são exercidas com autonomia, não sendo passíveis de ser exercidas segundo aquele regime.

1. Inadmissibilidade do exercício de comissão de serviço por parte de administradores societários:

A nível doutrinário, vários são os Autores que se têm pronunciado pela inadmissibilidade do exercício de comissão de serviço por parte de administradores societários, desde logo porque consideram que o cargo de administração não se consubstancia num contrato de trabalho.

Mais concretamente e no que concerne às sociedades anónimas, concluem pela impossibilidade legal da natureza laboral da relação de administração, por força do artigo 398º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, entendendo que a menção feita no artigo 161º, apenas se refere a funções executivas, situadas em plano imediatamente inferior ao do órgão societário executivo.

Vejamos alguns exemplos:

Quanto a este assunto pronunciaram-se ANTÓNIO FERRER CORREIA² e DUARTE RODRIGUES³, entendendo que na génese da relação de administração está um ato duplo: por um lado a nomeação pela sociedade da pessoa eleita para administrador; por outro, a celebração com essa pessoa de um contrato de emprego, devendo a mesma inserir-se no contrato de prestação de serviços autónomo e não no contrato de trabalho. Identificam a par deste contrato de emprego, uma relação organizada que surge com a designação do administrador e tem a natureza unilateral.

Importa igualmente ter em linha de conta o referido por ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁴ que considera estranho permanecer na lei a referência a “*cargo de administração ou equivalente*” (uma vez que tais cargos são exercidos em regime de

² António Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, Coimbra, 1968, pág. 324

³ Ilídio Duarte Rodrigues, *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas*, Petrony, 1990, pág. 270

⁴ António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2012, pág. 206

mandato), desde que, já no DL 404/91, de 16/10, a figura da comissão de serviço foi introduzida no campo das relações de trabalho privadas, tendo inclusive Coutinho de Abreu proposto que esta norma (então, o artigo 244º do CT 2003) se interpretasse de forma “restritivo-teleologicamente”, excluindo do seu campo de aplicação os titulares de órgãos de administração das sociedades.”

Também BRITO CORREIA⁵ refere que a sociedade não tem sobre o administrador um poder de direção com a intensidade típica da relação laboral, nem sequer pode dizer-se que o administrador tenha mera autonomia técnica perante a sociedade, pois tem muito mais autonomia do que essa. Diz ainda quanto à possibilidade de destituição do administrador, que a sociedade não detém poder disciplinar sobre o mesmo, já que se este infringir os seus deveres não pode aquela aplicar-lhe outro tipo de sanção que não a destituição.

No mesmo sentido, DIOGO VAZ MARECOS⁶ entende quanto aos administradores das sociedades anónimas e gerentes das sociedades por quotas, que a lei mostra-se desde logo adversa à acumulação daquelas qualidades com as de trabalhador subordinado das mesmas sociedades, situação que consta inclusive do artigo 398º do Código das Sociedades Comerciais. Nesse sentido, se na comissão de serviço há subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, esta é inconciliável com a figura do administrador societário. Tanto assim é que o artigo 162º n.º 6 deste Código do Trabalho estabelece que as funções de administração podem ser exercidas com carácter permanente, o que é desde logo inconciliável com o previsto no artigo 391º n.º 3 e 403º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais que determina que qualquer membro do Conselho de Administração pode ser destituído a qualquer momento por deliberação da Assembleia Geral. Não existindo norma equivalente para os gerentes, este Autor defende que são aplicáveis os princípios fundamentais do direito do trabalho que restringem a existência do vínculo laboral.

Nesse sentido, não sendo admissível aos administradores e gerentes exercerem esses cargos ao abrigo da comissão de serviço, deve concluir-se que o conceito de administração que o legislador fez constar no artigo 161º não é utilizado no sentido

⁵ Luís Brito Correia, *Os Administradores das Sociedades Anónimas*, Almedina, 1993, pág. 556

⁶ Diogo Vaz Marecos, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra Editora, 2012, pág. 392

orgânico estrito mas em sentido funcional enquanto função a desempenhar por um trabalhador subordinado em comissão de serviço, mais concretamente em cargos de administração superior empresarial ou com poderes de direção delegados, dependentes da administração societária.

Também JOSÉ ANDRADE MESQUITA⁷ quanto à natureza jurídica da administração societária diz que existe tão só uma dependência genérica que não se enquadra na subordinação jurídica inerente ao contrato de trabalho.

Perfilhador desta tese, JORGE COUTINHO DE ABREU⁸ defende que a disciplina da comissão de serviço está pensada e insere-se sistematicamente em legislação para trabalhadores subordinados. Ora, o Administrador, enquanto tal, não está juridicamente subordinado à sociedade nem sujeito a ordens e instruções de alguma entidade, gozando de espaço de irredutível autonomia decisória, de poder de iniciativa, não sendo um simples executor, mas enquanto titular do órgão administrativo forma e expressa a vontade juridicamente imputável à sociedade, exercendo dessa forma também a função de empregador. Pelo que, não se podendo aplicar a generalidade da disciplina do Código do Trabalho, deverá interpretar-se restritivo-teleologicamente o artigo 161º do Código do Trabalho, excluindo do seu campo de aplicação os titulares de órgãos de administração das sociedades.

No mesmo sentido, MÁRIO PINTO e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO⁹ especificam que a natureza do vínculo existente entre uma sociedade e os seus gerentes ou administradores é dada, no tocante aos administradores das sociedades anónimas, no artigo 398º do Códigos das Sociedades Comerciais, que veda expressamente a possibilidade de coexistência efetiva de um vínculo laboral com o exercício de tal função.

⁷ José Andrade Mesquita, *Direito do Trabalho*, 2ª Edição, 2004, pág. 397

⁸ Jorge M. Coutinho de Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2006, pág. 74. Coutinho de Abreu *Administradores e Trabalhadores de Sociedades (cúmulos e não)*, Temas Societários, IDET n.º 2, Almedina, pág. 15

⁹ Mário Pinto, Pedro Furtado Martins e António Nunes de Carvalho, *Comentário às Leis do Trabalho*, I, Lisboa, Lex, 1994, nota 6 ao artigo 1.º da LCT, pág. 29

Acrescentando PEDRO FURTADO MARTINS¹⁰ que o artigo 398º do Código das Sociedades Comerciais impede os administradores das sociedades anónimas de exercer tais funções em execução de um contrato de trabalho porque este artigo não foi revogado pelas regras de Direito do Trabalho e a comissão de serviço pressupõe a existência de uma relação de trabalho subordinado, sujeita ao regime laboral comum. Pelo que, os cargos de administração ou equivalentes a que se refere o artigo 161º não podem ser os cargos exercidos pelos administradores das sociedades anónimas. Assim, a expressão “cargos de administração” é utilizada em sentido amplo, referindo-se aos cargos de gestão ou direção situados abaixo da administração da sociedade anónima, ou seja, os cargos de coordenação global da direção e da gestão ou organização de que é titular a entidade patronal, desde que tais funções sejam exercidas em regime de subordinação jurídica mediante um contrato de trabalho, que poderá revestir a modalidade da comissão de serviço.

Esta expressão não deve contudo ser utilizada em sentido técnico, para designar o órgão executivo da sociedade comercial em qualquer das suas modalidades, porque isso levaria a aplicar o regime da comissão de serviço aos gerentes das sociedades e aos administradores das sociedades anónimas.

Este Autor defende assim interpretação diversa da que admite que a relação da administração societária se possa configurar como um contrato de trabalho em regime de comissão de serviço. Assim, usando a ideia de que o artigo 161º terá querido aludir ao órgão executivo da sociedade comercial e tendo presente a regra de direito societário que exclui a natureza laboral do vínculo com os administradores das sociedades anónimas, tende a limitar a aplicação da comissão de serviço aos gerentes das sociedades por quotas, a quem não se aplica o artigo 398º do CSC. Assim, este Autor admite que as funções de gerente sejam exercidas através da execução de um contrato de trabalho, designadamente em regime de comissão de serviço.

No mesmo sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ¹¹ afirma que o problema de se saber se, sendo nomeado para a administração de uma sociedade, o administrador estabeleceu com esta um contrato de trabalho, é resolvido pelo artigo 398º do CSC,

¹⁰ Pedro Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, 2012, pág. 596

¹¹ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Instituto do Direito do Trabalho de Lisboa, Almedina, 2002, pág. 315 e ss

dizendo que “da insusceptibilidade de manutenção de relações laborais conclui-se que o vínculo estabelecido com o administrador societário não é um contrato de trabalho”

Acrescentando o mesmo Autor¹² que para além desse facto, parece inferir-se da própria noção legal de sociedade que não existe qualquer subordinação entre os sócios, nem entre eles e a sociedade, pelo que, relativamente aos cargos de administração não estão em causa os administradores societários que não têm contrato de trabalho, mas os administradores com relação laboral.

Este regime assenta assim na existência de uma organização empresarial, para o exercício de atividades de administração, de direção ou de secretariado relacionado com estas funções, afastando-se deste regime as atividades que, fundando-se numa especial relação de confiança, estão desinseridas das funções de administração e direção no âmbito empresarial.

Também PINTO FURTADO¹³ e RAUL VENTURA¹⁴ entendem que, partindo do pressuposto que os administradores são designados por deliberação dos sócios, aquando da escolha de um administrador, não se pode falar em contrato, pois ao ato deliberativo não podem ser aplicadas as regras do negócio jurídico e, por maioria da razão, as do contrato. Por outro lado, a aceitação teria valor autónomo, sendo condição de eficácia do ato unilateral de designação. Consequentemente, todos os efeitos da relação de administração resultam da designação, produzindo aquela, pela aceitação, eficácia plena. Assim, pelo menos quanto aos titulares dos órgãos que sendo sócios da sociedade sejam designados em assembleia geral, a génese da relação de administração surge no ato jurídico unilateral da nomeação e cuja eficácia fica sujeita à aceitação.

Contudo, não obstante Raúl Ventura ter começado por negar a possibilidade de subsistência da relação de administração via contrato de trabalho, vem mais tarde admitir a possibilidade de serem exercidos sob o regime de Comissão de Serviço, entre outros, os cargos de administração.

¹² Pedro Romano Martinez, *Trabalho e Direitos Fundamentais - Compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial*, Separata de Estudo de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Coreia, Coimbra Editora, 2010, pág. 254

¹³ Jorge Pinto Furtado, *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina 2004, pág.340 e ss.

¹⁴ Raul Ventura, *Sociedades Comerciais: dissolução e liquidação*, 1960, pág. 128 e 130. Raul Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, 1944, pág. 296

Com uma posição mais moderada, no sentido de que tendencialmente é incompatível o vínculo de administração com o estatuto de trabalhador subordinado, mas que em determinados casos o mesmo deve ser aceite, surge MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁵, que começa por referir que a jurisprudência tem-se inclinado para excluir a qualificação laboral (mas antes de mandato) ao vínculo de administração, tendo em conta a ausência de subordinação jurídica devido à autonomia do trabalhador e ao tipo de função que desempenha, nomeadamente de representante da empresa que corporiza o interesse e vontade desta.

Contudo, tem que se ter em atenção que os administradores e gestores podem ser escolhidos entre os trabalhadores subordinados da empresa e para essa situação o artigo 398º n.º 2 determina a caducidade ou suspensão dos contratos conforme a antiguidade como trabalhadores.

Assim, esta Autora não aceita a tese que defende que a função da administração possa ser desenvolvida sob a égide de um contrato de trabalho em regime de comissão de serviço tendo em conta que o artigo 161º refere-se expressamente a cargos de administração e desta forma o artigo 398º n.º 2 do CSC teria sido derogado, nesta parte, por lei mais recente. Aliás, prevalecendo tal tese, poderia levar à confusão, na mesma pessoa, da qualidade de empregador e empregado, o que é incompatível porque a pessoa não pode subordinar-se a si mesmo.

Esta Professora defende assim uma interpretação restritiva do artigo 161º do CT, na qual as funções de administração podem ser desenvolvidas sob a moldura de comissão de serviço laboral desde que ainda correspondam a trabalho subordinado. Pelo que, o vínculo de administração ou gestão numa das empresas é, por princípio, incompatível com o estatuto de trabalhador subordinado noutra empresa do mesmo grupo.

Maria do Rosário Palma Ramalho chama contudo a atenção de que a regra do artigo 398º n.º 2 deve ser aplicada com cautela para evitar favorecimento, pelo administrador, da sua situação enquanto trabalhador na atualidade ou para o futuro. Isto porque, se o trabalhador de uma empresa dependente assume funções de administrador numa sociedade-mãe, pode influenciar a administração da sociedade dependente em moldes que poderão favorecer o seu próprio estatuto laboral quando

¹⁵ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, Situações Laborais Individuais, 2014, Almedina, pág. 71 e ss

retomar ao seu lugar nessa empresa. Contudo, o mesmo já não sucederá quando as funções de administração sejam desempenhadas numa sociedade dependente por um trabalhador subordinado da sociedade dominante, porque aqui a empresa dependente não tem influência na vontade da empresa dominante. Defendendo assim, nesses casos, uma interpretação restritiva das regras do artigo 398º n.º 2 do CSC, permitindo a acumulação da qualidade de trabalhador subordinado em empresa dominante, com a qualidade de administrador na sociedade dominada¹⁶.

Assim, para os perfilhadores da tese da inadmissibilidade do exercício de comissão de serviço por parte de administradores societários, os cargos de administração a que o artigo 161º do CT faz alusão, não são os dos administradores societários enquanto tal mas os cargos de gestão ou direção situados abaixo da administração das sociedades.

Contudo, não só diversos Autores se debruçaram sobre esta temática, como também já foram proferidos alguns acórdãos, cujos mais relevantes, quer do Supremo Tribunal de Justiça, quer das Relações, iremos fazer uma breve referência.

Assim e quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, cumpre fazer referência ao Acórdão que foi proferido no âmbito do Processo n.º 07S1695, de 09/04/2008, onde foi sustentado que, para além do artigo 398º do Código das Sociedades Comerciais não admitir no mesmo sujeito o cúmulo das qualidades de administrador de uma sociedade anónima e de trabalhador subordinado dessa mesma sociedade (quer a constituição do vínculo laboral tenha sido anterior, simultânea ou posterior à relação de administração), o próprio preceito revela hostilidade quanto às situações de trabalho conexas com a relação de administração que se traduz na possibilidade do administrador assegurar uma futura posição remunerada na sociedade administrada.

A comissão de serviço, sendo um regime laboral, pressupõe que haja sempre um contrato de trabalho, pelo que só poderá convencionar-se um contrato de comissão de serviço quando se esteja na presença de uma relação que possa constituir objeto idóneo

¹⁶ No mesmo sentido parecem entender Coutinho de Abreu e Raul Ventura quando referem que a norma do artigo 398º n.º 2 do CSC deve ser interpretada restritivamente e como tal um trabalhador de sociedade dominante pode ser designado administrador de sociedade dominada sem prejuízo da plena vigência do contrato de trabalho. (Jorge Coutinho de Abreu, *Administradores e Trabalhadores de Sociedades (cúmulos e não)*, *Temas Societários*, op. cit., pág. 18. Raul Ventura, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo : comentário ao código das sociedades comerciais*, Almedina, 1994, pág. 195.)

de um contrato de trabalho e na qual se possam identificar os elementos fundamentais do mesmo. Tendo natureza laboral, há incompatibilidade entre o vínculo laboral e os cargos de administração societária definida no artigo 398º do Código das Sociedades Comerciais.

Nesse sentido, o regime da Comissão de Serviço não revogou tacitamente o artigo 398º do Código das Sociedades Comerciais e como tal o “cargo de administração” referido no artigo 161º deve ser interpretado em sentido funcional, enquanto função a desempenhar pelo trabalhador subordinado em comissão de serviço.

Neste enquadramento, o contrato que vise o exercício do cargo de Administrador eleito pela Assembleia Geral de uma sociedade anónima, é nulo por violar o regime de incompatibilidade entre funções administrativas e laborais, previsto no artigo 398º n.º1 do CSC, norma esta de “ordem pública” que contem uma proibição imperativa que visa salvaguardar valores éticos nas condutas dos administradores, nomeadamente evitando eventuais favorecimentos.

Assim se pronunciou, também, o Supremo Tribunal de Justiça, através do Acórdão proferido no Processo n.º 03S2053, de 30/09/2004, onde pode ler-se que é dificilmente conciliável a subordinação jurídica de um contrato de trabalho, com a atividade de administradores que não estão adstritos às ordens de ninguém, só tendo que prestar contas dos seus atos de gestão à própria sociedade e cuja atividade reveste geralmente a natureza jurídica do “mandato”, ou, mais especificamente, de “contrato de administração”.

Contudo, se analisado todo o circunstancialismo do caso, se venha a concluir que o modo de execução das funções de gerente, administrador ou diretor se processou num contexto de subordinação jurídica à pessoa coletiva, poderá então afirmar-se existir um contrato de natureza laboral. Porém, se se tratar de sócio gerente de uma sociedade por quotas, este contrato de trabalho é válido e eficaz porque não existe qualquer impedimento legal à coexistência do exercício da gerência neste tipo de sociedades com a execução de um contrato individual de trabalho subordinado. Caso seja administrador de sociedade anónima e diretor de cooperativa, os administradores não podem exercer na pessoa coletiva “*quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo*”, pelo que, nesse caso, para além de ser difícil detetar uma real situação de subordinação jurídica, a eventual coexistência desta com a

aludida qualidade social implica a nulidade do contrato nos termos do artigo 398º do CSC (artigo 280º do CC).

Cita-se assim o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa referente ao Processo n.º 2848/10.9TTLSB.L1-4 de 06/02/2013, que reitera o já referido pelo Supremo Tribunal quanto ao fato do artigo 398º não permitir, num mesmo sujeito, as qualidades de administrador de uma sociedade anónima ou de sociedades que com esta estejam numa relação de domínio ou grupo e de trabalhador subordinado dessa mesma sociedade. Aquele preceito tenta inclusive evitar a possibilidade do Administrador assegurar uma futura posição remunerada na sociedade administrada.

Neste caso, o contrato é nulo por violação do artigo 398º n.º1 do Código das Sociedades Comercias.

Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no âmbito do Processo n.º 246/11.6TTPTG.E1, datado de 15/11/2012 refere que não é cumulável no mesmo sujeito e no mesmo período, a figura de Presidente de direção da sociedade e de trabalhador subordinado, pelo que, durante o período para o qual foram designados os administradores, não podem exercer na sociedade quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho subordinado ou autónomo.

Veja-se também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, relativo ao Processo n.º 1947/2006-4, datado de 13/12/2006, que decidiu que a comissão de serviço consubstancia um verdadeiro contrato de trabalho, pelo que só será legítimo recorrer à prestação de trabalho em regime de comissão de serviço, quando se esteja perante uma relação que possa constituir objeto idóneo do próprio contrato de trabalho e na qual se possam identificar os elementos fundamentais dessa realidade contratual. Assim, a lei não admite que a mesma pessoa acumule as qualidades de administrador de uma sociedade anónima e de trabalhador, subordinado ou autónomo, dessa mesma sociedade. Dessa forma, o recurso à comissão de serviço pode dar à relação de administração vantagens *contra legem*, através de uma ficcionada vinculação laboral e da manipulação dos respetivos esquemas tutelares, configurando por isso uma relação de trabalho com fim contrário à lei, à ordem pública e ofensivo dos bons costumes.

Por fim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no âmbito do Processo n.º 2029/05, de 20/10/2005 que consignou que os gerentes, constituindo os órgãos diretivos e representativos da sociedade e participando na formação da vontade social, agem no âmbito de um contrato de mandato (ou de administração) e não no âmbito de um contrato subordinado. Pelo que, é difícil a configuração de uma situação em que o sócio-gerente esteja vinculado à sociedade por um contrato de trabalho, no qual a subordinação é um dos elementos principais.

2. Admissibilidade do exercício de comissão de serviço por parte de administradores societários:

Apesar de não ser tão expressiva, muitos são os Autores que admitem o exercício de comissão de serviço por parte de administradores societários.

Neste sentido, ALBERTO DE SÁ E MELLO¹⁷ entende que não há qualquer incompatibilidade do administrador vinculado à empresa por contrato de trabalho exercer estas funções em comissão de serviços.

Mais aprofundadamente, ALEXANDRA MARQUES SEQUEIRA¹⁸ defende que esta questão não pode ser resolvida de forma tão simplista, através apenas do recurso ao artigo 398º do Código das Sociedades Comerciais porque este preceito não fornece elementos concludentes para confirmar ou afastar a tese da laboração do estatuto do administrador. Não tendo o mesmo como objeto a relação entre a sociedade e o administrador enquanto tal, mas sim a incompatibilidade de coexistência de pluralidade de vínculos jurídicos.

Tanto mais que, se o artigo 398º n.º1 proibisse o exercício das funções de administração em regime de trabalho subordinado, de igual forma recusaria a configuração tradicionalmente aceite da aplicação subsidiária do regime do mandato.

¹⁷ Alberto de Sá e Mello, *Direito do Trabalho para Empresas*, Almedina, 2016, pág. 82

¹⁸ Alexandra Marques Sequeira, *Alexandra Marques Sequeira, Do exercício da administração societária em regime de comissão de serviço: laboral – a profissionalização dos administradores?*, MaiaJuridica, Revista de Direito, Janeiro-Junho 2007, pág. 44 e ss.

Acrescentando que o próprio legislador não estipulou para as sociedades por quotas qualquer disposição que permita ou proíba o cúmulo de um contrato de administração com um contrato de trabalho, pelo que, quando se analisa a admissibilidade do exercício das funções de administração societária em execução de comissão de serviço laboral, o que está em causa não é o regime da acumulação de vínculos jurídicos, mas apenas a apreensão da natureza de um único vínculo, o da administração.

Por isso, esta Autora não exclui, em teoria, a possibilidade da relação de administração ser qualificável como contrato de trabalho, nem a hipótese de o legislador apenas ter querido dizer que, com a designação do administrador se extingue ou suspende o anterior contrato de trabalho para passar a haver um outro, com regime específico.

O artigo 398º n.º 1 visa apenas evitar que as garantias de estabilidade concedidas pelo direito do trabalho restrinjam o funcionamento efetivo do princípio da livre destituição do administrador, evitando-se abusos e fraude, nomeadamente através da celebração de um contrato fictício, anterior à designação, para garantir ao futuro administrador as regalias laborais após a cessação das suas funções.

Assim, Alexandra Sequeira discorda dos que afirmam não existir subordinação jurídica, mencionado para o efeito os artigos 376º n.º 1, alínea c), 403º e 405º do Código das Sociedades Comerciais. É que, se por um lado a administração tem poderes próprios, por outro, existe subordinação do trabalhador ao órgão representativo da sociedade anónima, ou seja, ao conselho de administração. Assim sendo, é possível admitir que existe subordinação jurídica do trabalhador-administrador ao conselho de administração caso este possa deliberar validamente sem o voto ou com o voto contra do trabalhador-administrador. Tanto mais, que é a sociedade que tem a disponibilidade dos meios de produção utilizados pelo administrador.

Por outro lado, a destituição sem direito a qualquer indemnização em caso de justa causa, não é mais do que a consagração deste poder da sociedade, poder esse que integra parte essencial da subordinação jurídica.

A titularidade de poderes não é por isso incompatível com a subordinação jurídica cuja existência terá de se apurar no caso concreto, vendo as especificidades da relação de administração.¹⁹

Pelo que, para esta Autora, a existência de subordinação jurídica e consequente qualificação do contrato de trabalho, só se pode aferir através do próprio contrato de administração e da sua execução.

Com o mesmo entendimento ILÍDIO DUARTE RODRIGUES²⁰ diz que o contrato de administração constituirá um contrato de trabalho sempre que o administrador tenha direito a retribuição e tenha sido atribuído à sociedade o poder de organizar a execução do seu trabalho, quer pela fixação do tempo de trabalho a prestar, quer pelo modo de o executar e constituirá um contrato de prestação de serviço sempre que não seja remunerado ou, sendo-o, caiba ao próprio administrador organizar a execução do seu trabalho.

Também LUIS MIGUEL MONTEIRO²¹ entende que a norma do artigo 398º n.º1 do CSC não nega natureza laboral à relação de administração, limitando-se a estabelecer que durante o período para o qual foram designados, os administradores não podem exercer na sociedade que com esta estejam em relação de domínio ou grupo, quaisquer funções ao abrigo do contrato de trabalho, nem podem celebrar quaisquer desses contratos que visem uma prestação de serviços quando cessarem as funções de administrador.

Este impedimento inerente ao exercício de funções de administração evita que da posição de supremacia e da participação na formação de vontade societária inerente àquelas funções, redunde qualquer benefício pessoal.

Por isso não se retira da norma qualquer argumento quanto à qualificação jurídica da relação de administração, quanto à sua incompatibilidade genética com o

¹⁹ Vide neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 23/01/2003, disponível em www.dgsi.pt.

²⁰ Ilídio Duarte Rodrigues, *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas*, ob. cit., pág. 53

²¹ Luís Miguel Monteiro, *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 9ª Edição, 2013, pág. 404. Luís Miguel Monteiro, Regime Jurídico do Trabalho em Comissão de Serviço, Estudos de direito do Trabalho em homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, pág. 512

trabalho subordinado, nem quanto ao regime a que a administração societária fica sujeita.²².

Também este Autor entende que, se o preceito impedisse o exercício de funções de administração em regime de trabalho subordinado, do mesmo modo recusaria a aplicação subsidiária do regime legal do mandato. Porquanto, o n.º 2 do artigo 398º do CSC não proíbe ao administrador apenas o trabalho subordinado, mas igualmente o “trabalho autónomo”, expressão geralmente lida como referente a prestação de serviço.

Ora, o fato de o administrador não poder prestar outro serviço à sociedade, não é obstáculo a que preste um serviço enquanto administra a sociedade.

Por outro lado, se se entendesse haver incompatibilidade entre a natureza da prestação do administrador e a do trabalhador subordinado, então ela teria de abranger os cargos diretivos noutros tipos societários, como os gerentes das sociedades por quotas, porquanto não existem diferenças estruturais entre aqueles cargos. Contudo, muitos aplicam o artigo 398º apenas às sociedades anónimas e, reconhecendo que a expressão “cargo de administração” constante do artigo 161º abrange o exercício de funções no órgão executivo da sociedade comercial, circunscrevem o respetivo desempenho em regime de comissão de serviço ao cargo ocupado pelo gerente de sociedade por quotas que tenha “vínculo laboral”.

Este Autor entende ainda que o argumento da eventual confusão entre o titular do poder diretivo e vinculado à direção não convence, lembrado para o efeito a distinção básica entre órgão enquanto centro de imputação de interesses de pessoa coletiva e respetivo titular, onde muitas vezes o administrador expressa uma vontade já formada, que o tem a si próprio como destinatário.

Assim, a administração societária pode ter ou não natureza laboral consoante se verifique que a prestação é oferecida em termos laboralmente relevantes, isto é, executada de modo juridicamente subordinado ou autónomo.

Nesse sentido, sempre que a execução de administração societária assuma as características de trabalho subordinado ao ser prestado sob a autoridade e direção de outrem, pode constituir-se a partir da celebração de contrato de comissão de serviço.

²² Contra Brito Correia, segundo o qual a norma do n.º 1 do artigo 398º do CSC pressupõe também que o regime da relação de administração não se identifica nem com o regime do contrato individual de trabalho, nem com o regime do contrato de prestação de serviço (trabalho autónomo: tem um regime distinto.) (Brito Correia, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 1993, pp. 592 e 593).

Mais acrescenta este Autor, que a subordinação verifica-se entre o administrador (subordinado) e o dirigente, que na maioria das vezes, será o órgão de administração cuja vontade é formada por intervenção decisiva de outra pessoa singular, a qual, em razão da sua participação no capital social, molda a vontade da pessoa coletiva.

Neste enquadramento também MARIA IRENE GOMES²³ entende que o critério para qualificação do cargo enquanto “cargo de administração ou equivalente” deve ser concretizado casuisticamente tendo em consideração o tipo de funções inerente ao cargo e a posição ocupada pelo respetivo titular na organização empresarial. Para ser qualificado como tal é ainda relevante o grau de autonomia e responsabilidade do seu titular, independentemente de qualquer «rótulo» do cargo em causa.

Distanciando-se das teorias referidas, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO²⁴ recusa reconduzir a administração societária a um contrato, mas não deixa de a retratar como realidade autónoma, de cariz societário e com fatos constitutivos múltiplos.

Este Autor defende o abandono da determinação da natureza dos atos de constituição da administração, como ponto de partida da qualificação de tal relação. Segundo o Autor, perante a panóplia de fatos constitutivos, a natureza da situação há-de verificar-se pela análise do seu conteúdo e não pela forma da sua constituição. E do seu conteúdo, resulta tratar-se, na leitura do Autor, de uma situação jurídica de administração privada, patrimonial, complexa, compreensiva e nuclearmente absoluta.

No entanto, o Autor não exclui a hipótese de aplicação analógica de algumas normas de direito do trabalho para os titulares dos órgãos sociais, referindo que tal ramo de direito possibilita a transposição de normas laborais para outros sectores, sempre que a analogia das situações assim o reclame e permita.

Na jurisprudência²⁵ saliente-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 28/05/2003, que, embora se referindo aos efeitos do contrato de um trabalhador designado administrador, refere, a dada altura, que “*Tal contrato estaria suspenso*

²³ Maria Irene Gomes, *A Comissão de Serviço*, A Reforma do Código de Trabalho, Coimbra Editora, 2004, pág. 370

²⁴ António Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, pág. 395 e 396

²⁵ In *www.dgsi.pt*

durante o tempo em que fossem exercidas as funções de administrador, em comissão de serviço” numa clara admissão da figura.

Capítulo II

Propostas de articulação do regime jurídico-laboral e societário

Como acabámos de ver e quanto à admissibilidade do exercício de cargos de administração de sociedades anónimas serem exercidos sob o regime da Comissão de Serviço, há argumentos em ambos os sentidos

Por isso, e tendo em conta a posição que admite a possibilidade do contrato de administração consubstanciar um contrato de trabalho e ser exequível em comissão de serviço, cumpre referir algumas questões praticas que podem ser levantadas, bem como propostas de articulação entre os regimes laboral e societário.

Assim, há quem diga que as normas de direito societário regulariam de forma mais adequada as tarefas de direção das sociedades comerciais do que as que disciplinam o trabalho subordinado, entendendo por isso alguma doutrina que não deve ser aplicado a qualificação laboral, uma vez que é desnecessária a sua proteção.

Contudo, a comissão de serviço suporta perfeitamente as preocupações de transitoriedade da administração societária e o regime comercial, porque possibilita a qualquer momento e unilateralmente, a cessação das funções exercidas, não contendo regras imperativas reguladoras do conteúdo da relação jurídica durante o período de cumprimento da comissão de serviço que contrariem o regime do CSC²⁶.

Outra das questões que pode ser levantada, será a compatibilização de regime entre a comissão de serviço e o preceituado no artigo 398º n.º 2 do CSC, na parte que determina a cessação dos contratos de trabalho dos trabalhadores com antiguidade inferior a um ano.

²⁶ Neste sentido também Luís Miguel Monteiro, *Regime Jurídico do Trabalho em Comissão de Serviço*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, Almedina, 2004, pág. 516

Quanto a este ponto alguns Autores defendem que, uma vez que a norma já foi declarada inconstitucional, embora sem força obrigatória geral²⁷, tal situação faz com que não haja nenhum preceito legal que imponha a cessação do contrato de trabalho por efeito da ocupação do cargo de administrador societário. Dessa forma, não haverá qualquer incompatibilidade entre os regimes de cessação assinalados, não obstante no CSC haver a referencia à extinção do contrato e no regime da comissão o mesmo só cessar no termo do contrato se as partes assim o acordarem.

Contudo, quanto a este assunto, por merecer melhor desenvolvimento e estar diretamente relacionado com a temática da cessação, iremos aprofunda-lo num capítulo final.

Outro problema de compatibilização de regime que se pode colocar, está diretamente relacionado com o fato de a comissão de serviço poder cessar a todo o tempo, mediante comunicação à parte contrária e a administração societária terminar no termo do prazo para que o administrador foi nomeado nos termos do artigo 391º n.º 3 do CSC ou por destituição nos termos do artigo 403º n.º 1 do CSC, havendo neste caso a obrigação de indemnizar, exceto se existir justa causa.

Assim, este regime poderá ser compatibilizado pela ideia de que mesmo a cessação da comissão de serviço deve depender da verificação de fatos que justifiquem a rutura do vínculo que andaria em torno da ideia de quebra da relação de confiança.

O Professor LUIS MIGUEL MONTEIRO refere inclusive que a possibilidade de denúncia na comissão de serviço também deve variar consoante se esteja perante a extinção da relação por tempo indeterminado ou a cessação antecipada da comissão de serviço, na qual também haverá obrigação de indemnização.

Poderia ainda colocar-se a questão de que no exercício da administração em sociedade anónima, esta é obrigatoriamente sujeita a termo, e que o provimento daquele cargo em regime de comissão de serviço, não. Contudo, tal não é necessariamente exato e só levaria à inutilização da faculdade de denúncia da comissão de serviço.

Também quanto a este ponto, LUIS MIGUEL MONTEIRO refere que a congruência das duas soluções resulta do carácter supletivo do regime societário, uma vez que o

²⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1018/96 de 9 de Outubro

artigo 257º n.º 7 do CSC, aplicado às sociedades anónimas, reconhece ao administrador destituído sem justa causa o direito a ser indemnizado.

Assim, quando aplicável o regime da comissão de serviço e, concretamente quanto à compensação, poderá entender-se que constitui estipulação contratual que afasta a aplicação do mencionado preceito do CSC.

Pelo que, neste particular e em jeito de conclusão, dir-se-á o seguinte:

Quanto à qualificação do contrato de administração, entendemos que a situação jurídica do administrador pode ter uma base contratual e o artigo 398º do CSC não se pronuncia especificamente sobre a qualificação do vínculo do administrador.

Efetivamente, não existe nenhuma regra específica no que se refere à qualificação do mesmo, pelo que a sua eventual integração no âmbito laboral pressuporá que o administrador seja juridicamente subordinado.

No que concerne às sociedades anónimas, parte significativa da doutrina e jurisprudência tem concluído pela impossibilidade legal da natureza laboral da relação de administração, partindo do pressuposto que a aplicação do regime do Código do Trabalho aos administradores poderá trazer resultados adversos às exigências da gestão societária, conforme entende o Professor MENEZES CORDEIRO, ao defender ser impossível perpetuar as situações jurídicas de administração das sociedades.

Contudo e a nosso ver, não se poderá afirmar que a administração societária não terá necessariamente natureza laboral, pois tal qualificação irá depender da forma como essa prestação é efetuada e se é relevante em termos laborais, ou seja, se as funções exercidas pelo administrador apresentam os requisitos do contrato de trabalho, designadamente, a prestação de uma atividade, a retribuição e a subordinação jurídica.

Assim, conforme sejam exercidas as funções do administrador no caso concreto, é que se poderá verificar se estas se poderão qualificar na natureza de um contrato de trabalho, com subordinação jurídica, ou não. Se assim for, então os cargos de administração de sociedades anónimas podem estar incluídas no artigo 161º do CT.

Por outro lado, também poderão ser exercidos sob o regime da comissão de serviço, os cargos de administração referidos pela Professora MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, designadamente, em que há o *“exercício de funções de administração numa sociedade dependente ou dominada por um trabalhador subordinado da sociedade*

dominante”, porque aqui, para além de não se colocar a questão de um eventual favorecimento derivado do cargo de supremacia do administrador, é mais vincada a subordinação jurídica exercida pela sociedade dominante perante a sociedade dominada, e de onde o trabalhador é administrador.

De resto tem sido quase unanimemente admitido pela jurisprudência²⁸ e doutrina, que o gerente de uma sociedade por quotas pode desempenhar as suas funções (funções materialmente idênticas às desempenhadas pelos administradores) ao abrigo do contrato de trabalho.

²⁸ Vide Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça datados de 02/10/2002, 31/05/2001 e 29/09/1999, os quais entenderam não ser de aplicar às sociedades por quotas, por analogia, o disposto no artigo 398º do CSC.

Parte III

A problemática da cessação da comissão de serviço

Verificado o âmbito de aplicação da comissão de serviço em cargos ou funções de administração ou equivalente, cumpre agora analisar outro dos regimes mais problemáticos da comissão de serviço que é a cessação.

A cessação da comissão de serviço é uma das especificidades mais marcantes deste regime e vem prevista nos artigos 163º e 164º do Código do Trabalho.

A grande diferenciação reside precisamente no fato de que é permitido a ambas as partes denunciar livremente a vinculação celebrada sob aquele regime.

Assim, o contrato de trabalho ou acordo para a prestação de trabalho em regime de comissão de serviço, pode ser feito cessar por qualquer das partes sem necessidade de invocação de justa causa, mediante comunicação escrita à outra parte, encontrando-se apenas sujeita à comunicação para efeitos de aviso prévio, com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias, consoante a comissão de serviço tenha tido uma duração inferior ou superior a dois anos, nos termos do artigo 163º n.º 1 do CT.

Não obstante a cessação da comissão de serviço estar dependente de aviso prévio, o seu incumprimento não gera invalidade ou ineficácia da renúncia irregularmente declarada, mas sim a constituição da parte que declarou a denúncia na obrigação de indemnizar a contraparte, nos termos do artigo 401º do CT.

Aplica-se assim o regime do incumprimento da comunicação do aviso prévio na denúncia do contrato pelo trabalhador, ficando este sujeito às regras do regime laboral comum, aqui também estendido à denúncia pelo empregador.

Em linha com o estabelecido nos artigos 114º n.º 4 e 401º do CT, e em oposição com a doutrina do artigo 363º n.º 4, o contrato de comissão de serviço termina na data determinada pelo respetivo declarante, ainda que em incumprimento do prazo de aviso prévio estabelecido no artigo 163º n.º 1, havendo apenas, nesta situação, lugar a indemnização por cessação antecipada.²⁹

²⁹ Em sentido contrário há quem entenda que a comissão de serviço prolonga-se até 30 ou 60 dias após essa comunicação. Com este entendimento Alberto de Sá Mello, *Direito do Trabalho para Empresas*, ob. cit., pág. 83

Face ao exposto, o autor da denúncia tem de pagar uma indemnização correspondente ao valor da retribuição base e das diuturnidades que o trabalhador receberia durante o período do aviso prévio em falta, sem prejuízo de indemnização superior se a contraparte provar que sofreu danos de valor mais elevado do que o coberto pela indemnização devida pela inobservância do prazo de aviso prévio.

Capítulo I

Efeitos da cessação na comissão de serviço interna

A comissão de serviço interna é a modalidade em que o empregador recorre a trabalhadores da empresa para o desempenho de funções de especial confiança através deste regime, e neste caso, o contrato de trabalho destes trabalhadores sofre uma vicissitude modificativa, por acordo das partes, enquanto durar a comissão de serviço (artigo 162º 1ª parte).

Aqui, o trabalhador desempenha funções que não correspondem à sua categoria profissional, mas esta modificação tem carácter precário ou transitório.

Havendo cessação da comissão de serviço de trabalhador já antes vinculado à empresa (comissão de serviço interna), este regressará às funções que desempenhava antes do início da comissão de serviço, mantendo o direito a todas as vantagens que teria adquirido caso se tivesse mantido nessa categoria, nomeadamente promoções automáticas e aumentos salariais, ou seja, a antiguidade deste trabalhador continuou a contar-se durante o período de exercício da comissão, nos termos do artigo 164º n.º 1, alínea a) do CT.

Assim, quando o trabalhador iniciou as funções em comissão de serviço, do ponto de vista do seu posicionamento profissional perante a Empresa, não se verificou qualquer alteração substancial, não existiu uma promoção ou subida de categoria porque na realidade o contrato de trabalho subjacente ao acordo da comissão de serviço permaneceu em estado latente até que esta cessasse. Por isso mesmo, na altura da cessação da comissão de serviço, não poderá falar-se em alteração de categoria, uma vez

que o trabalhador limitou-se a recuperar a categoria que lhe cabia no contrato de trabalho, pelo que o princípio da irreversibilidade da categoria não fica posto em causa.

Também não estará em causa a irredutibilidade de retribuição, uma vez que, cessada a comissão de serviço, deixa de ser devida a retribuição auferida no âmbito do exercício dessa comissão.

Neste sentido, pronunciou-se inclusive o Tribunal da Relação de Lisboa³⁰, onde foi decidido que, uma vez que os cargos de chefia dentro dos CTT (Correios de Portugal) são sempre exercidos sob o regime da comissão de serviço, cessada a mesma, o trabalhador tem direito à remuneração que anteriormente auferia, sendo lícito os CTT retirar, após essa cessação, todas as parcelas remuneratórias que estavam dependentes do efetivo exercício das funções de chefia, as quais não integravam a retribuição do trabalhador já que o pagamento delas não podia criar nele qualquer expectativa de futuro pois sabia que essas funções e respetiva remuneração eram apenas temporárias, enquanto durasse a comissão de serviço.

Acrescentando o Acórdão que, face ao mesmo AE, a nomeação para esses cargos não tem de revestir a forma escrita, pelo que, não sendo observada esta, o trabalhador não adquire, só por essa circunstância, o direito ao exercício permanente do cargo de chefia.

Contudo, no acordo de comissão de serviço estabelecido entre empregador e trabalhador, é possível estabelecer que, com o termo da comissão, cessa também o contrato de trabalho, definindo a compensação a que o trabalhador terá direito.

Capítulo II

Efeitos da cessação na comissão de serviço externa

A comissão de serviço externa é a modalidade em que há o recrutamento de novos trabalhadores com os quais é celebrado um contrato de trabalho sob regime de comissão de serviço, para desempenho de uma função de especial confiança. Esta é a

³⁰ Processo n.º 2992/09.5TTLSB.L1-4 de 29/02/2012, in *www.dgsi.pt*

modalidade que justifica o tratamento da figura como contrato de trabalho especial (artigo 162º n.º 1 parte final e n.º 2).

Dentro desta modalidade, pode ainda fazer-se a seguinte distinção:

- Comissão de serviço externa com garantia de emprego, em que se prevê a manutenção da relação de trabalho após a cessação da comissão de serviço, passando o trabalhador a exercer funções inerentes à categoria profissional prevista no acordo de comissão de serviço.
- Comissão de serviço externa sem garantia de emprego, na qual a cessação da comissão de serviço envolve a extinção da relação de trabalho.

Havendo cessação da comissão de serviço de trabalhador que tenha sido admitido *ex novo* (comissão de serviço externa), verifica-se o seguinte:

Desde logo, o acordo escrito que titulou a contratação determinará o seu destino.

Como regra geral, estabelece-se a cessação do contrato de trabalho como efeito automático da cessação da comissão, ficando a mesma sujeita às regras gerais, exceto quanto à parte do artigo 349º n.º 3 do CT, que impõe termo certo ao acordo revogatório e o trabalhador terá direito a uma compensação.

Contudo, no acordo as partes podem convencionar que finda a comissão, será atribuído um lugar na empresa e atribuída a categoria correspondente.

Na comissão de serviço externa com garantia de emprego, o regime é semelhante ao da comissão de serviço interna, mas com algumas particularidades, tanto mais que aqui o artigo 162º n.º 3 alínea d) do CT, parece pressupor que a constituição da relação de trabalho é feita através da celebração do contrato em regime de comissão de serviço, que posteriormente se converte num contrato sujeito ao regime laboral comum pelo funcionamento da cláusula que prevê que o trabalhador permanecerá na empresa e que indica a atividade que irá exercer após cessar a comissão de serviço.

De qualquer forma, o resultado final é idêntico uma vez que também aqui o trabalhador pode ser colocado em categoria profissional inferior e deixar de auferir a retribuição inerente ao cargo que exerceu em regime de comissão de serviço.

Assim, o trabalhador que foi contratado de início sob este regime e permaneça na empresa após ele, terá a antiguidade reconhecida desde o começo daquela ligação.

Já quanto à comissão de serviço externa sem garantia de emprego, e exceto se houver acordo em contrário, subsiste uma diferença entre a denúncia consoante a mesma seja declarada pelo empregador ou pelo trabalhador,

No primeiro caso, a denúncia imotivada é acompanhada do dever do empregador de pagar a compensação prevista no artigo 366º do CT, ou seja, uma compensação idêntica à devida no despedimento coletivo, conforme o disposto no artigo 164º n.º 1, alínea c) do CT.

Se for o trabalhador o autor da denúncia da comissão de serviço sem garantia de emprego, a extinção do contrato de trabalho não é acompanhada de compensação, nem do trabalhador ao empregador, nem vice-versa, uma vez que a indemnização visa compensar a perda de emprego, que neste caso é opção do trabalhador³¹.

Contudo é precisamente neste ponto, quanto à possibilidade da livre denúncia por parte do empregador, da comissão de serviço externa sem garantia de emprego, que têm surgido diversas críticas por parte de um segmento relevante da doutrina.

Na verdade, existem duas teses em confronto: por um lado, alguns Autores propendem para a inconstitucionalidade material da norma constante do artigo 164º n.º 1, alínea c) do CT na parte em que permite a livre extinção da comissão de serviço sem garantia de emprego, por decisão unilateral imotivada do empregador, embora com direito a indemnização, por violação do artigo 53º da CRP; para outros Autores, como MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³², entendem que constituindo este procedimento um importante desvio ao princípio constitucional da segurança no emprego, este traço essencial da figura justifica-se pela inexigibilidade da continuação do vínculo, uma vez esgotada a relação de confiança pessoal entre as partes que presidiu à sua constituição.

Assim:

³¹ Neste sentido Maria Irene Gomes, *Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviço*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professo Manuel Alonso Olea, Almedina, 2004, pág. 265.

³² Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, ob. cit., pág. 347

2.1. Pela inconstitucionalidade do artigo 164º n.º 1, alínea c):

A este propósito e defensor da primeira tese, JOÃO LEAL AMADO³³ refere que a extinção da comissão de serviço por decisão unilateral do empregador viola o princípio da causalidade do despedimento, a garantia constitucional da segurança no emprego e a proibição dos despedimentos sem justa causa, pondo em causa o artigo 53º da CRP.

Este Autor não contesta a faculdade das partes porem termo à comissão de serviço, o que é aliás a lógica do instituto que é marcado pela ideia de transitoriedade de cargos de especial confiança, mas sim que esta extinção livre e imotivada acarrete o fim da relação laboral com a perda de emprego para o trabalhador.

A comissão de serviço pode e deve ser transitória mas o emprego não tem de ser precário.

Por tal razão urge distinguir entre a comissão de serviço interna e externa e, dentro desta, com e sem garantia de emprego, sendo que neste último caso, o trabalhador pode ser despedido através de simples denúncia imotivada da comissão de serviço, o que, não obstante ter direito a receber uma indemnização, tudo leva a crer no sentido da inconstitucionalidade dessa norma.

Para este Autor não convence ainda a tese de que este desvio ao princípio constitucional da segurança no emprego é justificado pela inexigibilidade da continuação do vínculo uma vez esgotada a relação de confiança entre as partes, porque o fim dessa particular relação de confiança apenas torna inexigível a continuação da comissão de serviço e não todo e qualquer vínculo laboral.

A este propósito, cumpre relembrar os ensinamentos de *GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA* que entendem que «*O direito à segurança no emprego não consiste apenas no direito a não ser despedido sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos (embora esta seja a sua componente mais importante, que a Constituição expressamente destaca). O seu âmbito de proteção abrange todas as situações que se traduzam em injustificada precariedade da relação de trabalho.*»

³³ João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2014, pág. 157 ss. João Leal Amado, *Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável?*, Revista de legislação e de Jurisprudência, Janeiro-Fevereiro de 2011, Coimbra Editora, pág. 174 ss.

Ora, se o Código do Trabalho permite que um trabalhador em comissão de serviço seja licitamente despedido sem justa causa, mediante pré-aviso e em troca de uma indemnização, parece indubitável que esta situação cabe no âmbito de aplicação do artigo 53º da CPR e que a disposição em análise devia ser declarada inconstitucional. Isto porque se está perante uma restrição de um direito fundamental dos trabalhadores que não obedece aos ditames do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade, visto que a medida em causa não se revela necessária ao fim pretendido pelo legislador.

Assim, devia ser conciliada a indispensável flexibilidade de desempenho de cargos de confiança em regime de comissão de serviço com a livre denúncia dessa comissão, com o respeito pela segurança no emprego e pelo princípio do despedimento causal, garantindo a manutenção do contrato de trabalho e colocando o trabalhador a desempenhar outras funções na empresa.

Parafraseando GOMES CANOTILHO³⁴: *“tomemos a sério os direitos, liberdades e garantias.”*

Também JORGE LEITE³⁵ entende que, o que inicialmente podia ser um expediente razoável para ultrapassar algumas dificuldades resultantes do artigo 53º da CRP, pode acabar por ser uma espécie da *“cavalo de troia”* da garantia constitucional da segurança no emprego.

E no mesmo sentido JÚLIO GOMES³⁶ defende que quando o contrato for celebrado com trabalhador não vinculado anteriormente, será necessário que o acordo para o exercício do cargo em regime de comissão de serviço indique qual a atividade que o trabalhador vai exercer quando a comissão de serviço cessar, sob pena da cessação do próprio contrato de trabalho.

Contudo, este Autor não entende como é que, admitindo-se que o trabalho prestado em comissão de serviço é trabalho subordinado, ainda assim se aceita que haja despedimento sem justa causa. Isto porque, a exigência constitucional de justa causa

³⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2008

³⁵ Jorge Leite, *Comissão de Serviço*, Questões Laborais, Ano VII, 2000, 16, Coimbra Editora, pág. 158 e 159

³⁶ Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, pág. 753

para o despedimento devia traduzir-se na inadmissibilidade de denúncia do contrato de trabalho pelo empregador.

2.2. Pela constitucionalidade do artigo 164º n.º 1, alínea c):

Em sentido contrário quanto a este ponto e tendo em conta que na comissão de serviço externa sem garantia de emprego, a denúncia põe fim ao vínculo laboral existente entre as partes, PEDRO FURTADO MARTINS³⁷ diz que considera que nestes casos a denúncia da comissão de serviço configura um despedimento *ad nutum* ou sem necessidade de motivação, cuja consagração implicou uma alteração do entendimento de alguns dos princípios em que assenta o Direito Português de proteção contra os despedimentos, nomeadamente quanto à interpretação do artigo 53º da CRP.

Este Autor discorda assim do Constitucionalista Rui Medeiros quando este refere que do regime em apreço não decorre que o artigo 53º da CRP não se aplique a todas as relações de trabalho porque se assim fosse, podia concluir-se que nestes casos existe fundamento para admitir mais amplamente a cessação da relação de trabalho ou a restrição dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Certo é que, se a lei permite ao empregador pôr fim ao contrato por ato unilateral de vontade e sem invocar qualquer motivação, este Autor não percebe como se pode evitar a conclusão de que se está perante uma situação de despedimento para o qual não é exigida uma causa, ou seja, que não se aplica a proibição constitucional do despedimento sem justa causa.

No mesmo sentido PEDRO ROMANO MARTINEZ³⁸ entende que é insustentável a manutenção da atividade, categoria e da própria relação laboral quando existe degradação da relação pessoal, uma vez que a confiança para o exercício de certos cargos traduz-se na salvaguarda da elevada e constante lealdade, dedicação e competência.

³⁷ Pedro Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho*, ob. cit., pág. 602. Pedro Furtado Martins, *Aplicação do regime geral da cessação do contrato de trabalho ao contrato em comissão de serviço*, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume III, Universidade Católica Editora, 2015, pág.174

³⁸ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 7ª Edição, Almedina, 2015, pág. 682

Numa posição mais central, DIOGO VAZ MARECOS³⁹ defende que o empregador não necessita expor ao trabalhador os motivos concretos que o levaram a tomar a sua decisão. Contudo, discricionariedade não é arbitrariedade, pelo que a lei impõe que a decisão seja vinculada relativamente a alguns aspetos, nomeadamente a observância ao direito de igualdade e à proibição de discriminação.

Pelo que, impor-se-á uma interpretação conforme à Constituição da República Portuguesa sempre que a decisão de cessação da comissão de serviço constitua uma manifestação discriminatória dos trabalhadores. Está vedado ao empregador a decisão de cessação que resulte apenas de razões de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Também MARIA IRENE GOMES⁴⁰ refere que deve entender-se esta norma de forma restrita, de modo a excluir que possam ser invocados como fundamento da cessação da comissão de serviço, razões que representem fatores de discriminação.

Parece-nos que esta Autora entende que a prova dessa discriminação caberá ao trabalhador, o qual terá de provar os fatos constitutivos da discriminação alegada, nos termos do artigo 342º do Código Civil.

No mesmo sentido LUIS MANUEL MENEZES LEITÃO⁴¹ refere que a força normal de extinção da comissão de serviço é a denúncia do contrato com pré-aviso, o que nos casos de comissão de serviço sem garantia de emprego, implica a liberalização do despedimento por parte do empregador. Contudo, essa liberalização não é absoluta, uma vez que haverá ilicitude de despedimento se os fundamentos da cessação forem motivos políticos, ideológicos, étnicos e religiosos, nos termos do artigo 381º, n.º1, a) do CT.

Bem como LUÍS MIGUEL MONTEIRO⁴², que entende que é discutível que a cessação do acordo de comissão de serviço seja um espaço absolutamente livre de

³⁹ Diogo Vaz Marecos, *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit, pág. 398

⁴⁰ Maria Irene Gomes, *Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviço*, ob. cit., pág. 263

⁴¹ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2016, pág. 434

⁴² Luís Miguel Monteiro, *Regime Jurídico do Trabalho em Comissão de Serviço*, ob. cit. pág. 526 e 527

decisão, uma vez que o que justifica este regime especial é a relação de confiança, e se as funções satisfazem necessidades permanentes da empresa, pode entender-se que apenas a quebra de confiança justifique o termo da comissão.

Se assim for e embora o regime não obrigue o empregador a fundamentar a decisão, o trabalhador poderia impugnar a arbitrariedade desta, isto é, a inexistência de fato que de modo objetivo justificasse a quebra de confiança com o consequente termo da comissão. Neste caso, a consequência não seria a invalidade da cessação, por ausência de previsão legal, mas a obrigação de ressarcir os danos causados, nos termos gerais da responsabilidade civil.

Também a nível jurisprudencial já se pronunciou o Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 64/91, processo n.º 117/91, datado de 04/04/1991, e mais recentemente no Acórdão n.º 338/2010, referente ao processo n.º 175/09, datado de 22/09/2010⁴³, onde ambos declararam a constitucionalidade do preceito do artigo 163º n.º 1 do CT, na parte que determina a cessação do contrato de trabalho por efeito automático da denúncia da comissão de serviço externa, concluindo este último que não há violação do princípio da segurança no emprego consagrada no artigo 53º da CRP, por esta situação não caber no âmbito dessa norma, admitindo que a tutela do trabalhador seja apenas de carácter indemnizatório.

Acresce referir que o Supremo Tribunal de Justiça já defendeu um entendimento mais restritivo da norma no Acórdão datado de 22/10/2003, Processo n.º 02S2771, onde decidiu que não era de admitir como fundamento para a cessação da comissão de serviço razões que, objetivamente, representem fatores de discriminação ilegítima, por contrariedade ao princípio constitucional da igualdade, pelo que, o exercício do direito da cessação da comissão de serviço deve manter-se nos limites gerais do abuso de direito e da boa-fé.

Reiterando a mesma ideia, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo n.º 122/10.0TTPTG.E1, de 17/05/2012, que confirma que a comissão de serviço possa ser feita cessar a qualquer momento por livre iniciativa de qualquer das partes mas a

⁴³ Todos os acórdãos deste capítulo in *www.dgsi.pt*

cessação não pode basear-se em qualquer fato de discriminação ilegítimo, designadamente de natureza política (cfr. artigo 13.º, n.º 2, da Constituição).

Analisadas as teses quanto à constitucionalidade da livre cessação pelo empregador da comissão de serviço externa sem garantia de emprego, cumpre fazer referência a outras especificidades da cessação da comissão de serviço, as quais foram alvo de decisões jurisprudenciais, que por visarem situações de aplicação prática, serão interessantes de frisar.

Assim:

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/03/2012, relativo ao Processo n.º 171/11.0TTPDL.L1-4, debruçou-se sobre a hipótese de ser aposto um termo certo ao contrato de comissão de serviço, o que desde logo não faz sentido porque a relação de confiança à partida não será a prazo. Assim, este Supremo Tribunal entendeu que, se assim ficasse estipulado pelas partes, este prazo não seria juridicamente vinculativo mas na mesma suscetível de denúncia, sem necessidade de justificação, a todo o tempo e independentemente de tal termo, sem mais consequências do que a indemnização por a eventual violação do prazo legal da comunicação extintiva. A aposição do termo não dispensa assim o empregador do pagamento da indemnização prevista nos artigos 164º n.º1, alínea c) e 366º do Código do Trabalho, pois tal só não acontece nas situações de cessação que forem da responsabilidade única e exclusiva do trabalhador, o que não é o caso do dito acordo, que resulta da vontade e declaração de ambas as partes.

Caso se admita a aposição do referido termo ao contrato de comissão de serviço, o mesmo terá de obedecer igualmente às restrições do regime do contrato de trabalho a termo certo.⁴⁴

⁴⁴ Neste sentido Pedro Furtado Martins entende ser admissível a aposição de um termo resolutivo ao contrato de trabalho em regime de comissão de serviço uma vez que não faz sentido permitir que as partes se desvinculem sem necessidade de justificação nem procedimento específico e depois impedi-las de acordarem a aposição de um termo ao respetivo contrato. Pode contudo ser convencionado haver cessação antecipada, mediante aviso prévio, mas sem necessidade de motivação. Este Autor defende ainda que, sendo convencionado um termo, as partes terão que aceitar as consequências que daí advém, nomeadamente que a cessação da comissão de serviço por caducidade decorrente da verificação do termo, não seja acompanhada da possibilidade do trabalhador resolver o contrato com direito a compensação, bem como afasta a liberdade de denúncia, mediante aviso prévio da comissão de serviço. (Pedro Furtado

Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, referente ao Processo n.º 293/09.8TTSNT.L1-4, datado de 09/11/2011 vem deixar claro que se deixarem de se verificar os pressupostos da contratação do trabalhador em regime de comissão de serviço e este ainda assim continuar a trabalhar para o empregador, o seu regime de trabalho passou a estar integrado no âmbito de um contrato de trabalho normal por tempo indeterminado.

Outra situação que se colocou e veio a ser decidida pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no Processo n.º 88/04.5TTEVR.E1, datado de 12/07/2011 foi o caso de uma sociedade empregadora que deliberou fazer cessar o acordo de nomeação em comissão de serviço que havia celebrado com o trabalhador, deliberação essa que posteriormente veio a ser anulada judicialmente por um vício de natureza formal. Neste caso, o Tribunal entendeu que a comissão de serviço manteve a sua plena vigência, tendo o empregador que cumprir com o acordo de comissão, designadamente quanto ao pagamento das diferenças retributivas devidas ao trabalhador.

No que concerne à possibilidade do contrato de trabalho em comissão de serviço ter um período experimental, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 832/10.1TTVNG.P1, de 30/05/2011, estipulou que a existência de período experimental depende da estipulação expressa no respetivo acordo, conforme preceituado no artigo 112º n.º 3 do CT.

Assim e se as partes nada disserem, presume-se que entenderam não se justificar a existência deste período experimental, designadamente pelo facto de já se conhecerem como sucede por exemplo na comissão de serviço interna.

Quanto a este ponto, PEDRO FURTADO MARTINS⁴⁵ acrescenta que esta estipulação pelas partes tem como consequência a exclusão do aviso prévio do artigo 163º n.º 1, bem como dos efeitos associados ao fim da comissão de serviço que vêm previstos no artigo 164º do CT. Assim, havendo denúncia no período experimental, se estivermos perante uma comissão de serviço interna, o trabalhador regressa ao cargo

Martins, *Aplicação do regime geral da cessação do contrato de trabalho ao contrato em comissão de serviço*, ob. cit., pág.180).

⁴⁵ Pedro Furtado Martins, *Aplicação do regime geral da cessação do contrato de trabalho ao contrato em comissão de serviço*, ob. cit., pág.178

que tinha anteriormente sem direito a resolver o contrato nos termos do artigo 164º n.º 1, alínea b) do CT. Já quanto à comissão de serviço externa, se for sem garantia de emprego, cessa a relação laboral sem direito à compensação prevista no artigo 164º n.º 1, alínea c). Se for com garantia de emprego, há quem entenda que a denúncia no período experimental afeta apenas o exercício no cargo ocupado em comissão de serviço, sendo o trabalhador colocado no cargo convencionado pelas partes para quando terminasse a comissão. Contudo Pedro Furtado Martins não concorda quanto a este ponto, e a nosso ver com razão, uma vez que se as partes convencionaram um período experimental para prova das qualidades daquele trabalhador, não deverá ser só a comissão de serviço que fica sujeita a essa livre denúncia durante o período experimental, mas todo o vínculo laboral.

Por fim, o Acórdão da Relação de Lisboa, referente ao processo n.º 6680/2004-4, datado de 24/11/2004, embora reconheça a natureza imperativa mínima da regra que estabelece o prazo de denúncia da comissão de serviço, decidiu não estar o empregador obrigado a respeitar a antecedência superior à legalmente prevista, na hipótese de se verificar quebra de confiança na prestação do trabalho. Contudo, se não for alegada nem provada a quebra de confiança, é ilícita a cessação que não respeitou o prazo contratualmente estipulado.⁴⁶

Aqui e quanto ao prazo de denúncia, LUÍS MIGUEL MONTEIRO⁴⁷ diz que esta decisão pode ser criticável desde logo porque sendo a quebra de confiança a causa primeira de denúncia, aquela eventualidade terá sido assumida pelos contraentes que ainda assim fixaram para a eficácia de rutura contratual prazo superior ao previsto na lei, que por isso estavam obrigados a observar.

⁴⁶ Quanto a este Acórdão pode ler-se no sumário que “I O exercício de determinadas funções em comissão de serviço só se mantém enquanto perdurar a relação de confiança que as caracteriza. II- A regra que estabelece o prazo de antecedência necessário para qualquer das partes fazer cessar a comissão de serviço (artigo 246º do CT) é um imperativo mínimo, admitindo estipulação mais favorável ao trabalhador. III- A entidade patronal não está obrigada a respeitar o prazo de pré-aviso para a cessação da comissão de serviço mais longo do que o previsto na lei, quando se verifique uma situação de quebra de confiança no trabalhador relativamente ao cargo que ocupa. IV- Não sendo alegada nem provada a quebra de confiança é ilícita a cessação da comissão de serviço que não respeitou o prazo contratualmente acordado.”

⁴⁷ Luís Miguel Monteiro, *Código do Trabalho Anotado*, Comentário ao artigo 163º, ob. cit., pág. 411

Também PEDRO FURTADO MARTINS⁴⁸ parece aceitar a alteração, pelas partes, do regime de denúncia, aumentando quer o período de aviso prévio, quer o montante da compensação.

Capítulo III

O regime especial de denúncia da comissão de serviço

Em qualquer dos casos, tanto na comissão de serviço interna como externa com garantia de emprego, o trabalhador em resposta à cessação da comissão de serviço sem efeito extintivo do contrato de trabalho, dispõe de 30 dias seguintes à decisão do empregador que ponha termo à mesma para resolver o contrato, com direito à indenização, conforme disposto no artigo 164º n.º 1, alínea b) do CT.

Neste sentido, quer seja na comissão de serviço interna ou externa com garantia de emprego, a denúncia tanto do empregador como do trabalhador não tem por efeito extinguir o vínculo laboral. Contudo, se a denúncia for feita pelo empregador, o trabalhador tem direito a resolver o contrato de trabalho.

Esta resolução tem a particularidade de, também ela, não necessitar de ser motivada e envolver o pagamento de uma compensação, calculada nos termos do artigo 366º do CT.

Quanto a este ponto concordamos com o Professor PEDRO ROMANO MARTINEZ⁴⁹ que considera questionável esta solução do trabalhador ter direito a compensação idêntica à estabelecida em sede de despedimento coletivo, apesar de a cessação ter sido requerida pelo próprio. Isto porque, esta solução vem contrariar o pressuposto comum de que a resolução invocada pelo trabalhador com causas objetivas não implica pagamento de compensação (artigos 394º n.º 3 e 396º n.º1 do CT) e afaste-se da solução prevista no artigo 164º n.º 1, alínea c) que estatui que a compensação só é devida caso a comissão de serviço cesse por iniciativa do empregador.

⁴⁸ Pedro Furtado Martins, *Aplicação do regime geral da cessação do contrato de trabalho ao contrato em comissão de serviço*, ob. cit., pág.181

⁴⁹ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pág. 684.

Vejamos alguma Jurisprudência quanto a este particular:

No que concerne à denúncia, pronunciou-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça⁵⁰, processo n.º 07S4007, de 13/02/2008 sustentando que, ao contrário da resolução do contrato de trabalho onde se pressupõe a existência de uma justa causa que frustra as expectativas da parte que a invoca, a denúncia do contrato é livre e exige a observância de um aviso prévio legal que remete os seus efeitos para o termo desse prazo.

A denúncia é assim o ato extintivo do trabalhador que, depois de comunicada pelo empregador a intenção de pôr termo à prestação de trabalho em comissão de serviço, com a antecedência legal vem resolver o contrato com efeitos imediatos, ainda na vigência da própria comissão de serviço, pondo fim ao contrato de trabalho pré-existente e à própria comissão que ainda não havia cessado.

Por outro lado, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, referente ao Processo n.º 391/12.0TTTCSC.L1-4, datado de 26/06/2013, pronunciou-se no sentido de fixar que uma das características da comissão de serviço consiste em contemplar um regime excecional de recrutamento para determinadas funções tipificadas na lei que assentam numa especial relação de confiança entre as partes e cujas funções são reversíveis.

Cessada a comissão de serviço, cessa o direito ao estatuto que correspondia à função desempenhada, nomeadamente remuneratório, retomando o trabalhador à categoria base e ao correspondente estatuto, podendo implicar descida na valorização relativa às funções e no montante da retribuição.

Contudo, nos termos do disposto no artigo 164º n.º 1 alínea b), após decisão da entidade empregadora de pôr termo à comissão de serviço, o trabalhador pode preferir desvincular-se definitivamente, tendo nesse caso direito a ser indemnizado. Esta indemnização a que tem direito o trabalhador em comissão de serviço interna, mas também externo com garantia de emprego, destina-se a compensá-lo pela perda de emprego decorrente da cessação da comissão de serviço.

⁵⁰ Todos os acórdãos deste capítulo in *www.dgsi.pt*

O valor da retribuição a ser considerado no cálculo da indenização é a que era auferida no desempenho da comissão de serviço.

Ora, o fato de o trabalhador poder resolver o contrato no prazo de 30 dias seguintes à decisão do empregador que ponha termo à comissão de serviço, pode colocar algumas dúvidas de articulação com os prazos do aviso-prévio, nomeadamente no que concerne à questão de saber se este prazo deveria ser contado da data de receção da comunicação da denúncia da comissão de serviço ou só a partir da data em que esta produz efeitos.

Analisando a questão, verifica-se que a letra da lei comporta ambas as alternativas. Isto porque, se por um lado refere o início da contagem do prazo «à decisão do empregador»; por outro, especifica que essa decisão é a que «ponha termo à comissão de serviço», o que apenas sucede após o decurso do prazo de aviso prévio.

Quanto a este ponto ABÍLIO NETO⁵¹ chama a atenção desde logo que o prazo de aviso prévio só começa a correr na data em que a entidade patronal dá conhecimento ao trabalhador da decisão de pôr termo à comissão de serviço (artigo 224.º, n.º 1, 1ª parte, do Código Civil) e não na data da própria decisão.

Do mesmo modo DIOGO VAZ MARRECOs⁵² defende que o direito do trabalhador resolver o contrato deve contar-se a partir da data da decisão do empregador e não a partir da data do termo da comissão de serviço, pelo que o trabalhador pode resolver o contrato ainda na pendência da comissão de serviço desde que o faça motivado pela decisão do empregador de cessar a comissão de serviço.

Também MARIA IRENE GOMES⁵³ e PEDRO FURTADO MARTINS⁵⁴ entendem que o prazo de 30 dias da resolução pelo trabalhador tem início quando a denúncia for comunicada ao trabalhador, uma vez que, se esta consiste em possibilitar a desvinculação ao trabalhador que não pretende continuar ao serviço depois de verificar

⁵¹ Abílio Neto, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, Ediforum, 2012, pág. 365

⁵² Diogo Vaz Marrecos, *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pág. 402

⁵³ Maria Irene Gomes, *Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviço*, ob. cit., pág. 264

⁵⁴ Pedro Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho*, ob. cit., pág. 607 e 608

que o empregador não quer manter a comissão de serviço, não se vê fundamento para que o trabalhador só possa reagir depois de decorrer o prazo de aviso prévio, quando já conhecia a vontade do empregador desde que recebeu a declaração de denúncia, posição aliás, com a qual concordamos.

Em sentido contrário, LUÍS MIGUEL MONTEIRO⁵⁵ defende que o prazo de resolução deve contar-se da data em que a denúncia da comissão de serviço se torna eficaz, ou seja, que põe termo à relação jurídica, e não do momento em que é comunicada ao trabalhador.

Por fim, cumpre ainda referir que nos termos do artigo 164º n.º 2 do CT, admite-se que os prazos de denúncia e o valor da compensação, sejam aumentados por Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho ou por disposição do contrato de trabalho.

Quanto a esta possibilidade, DIOGO VAZ MARECOS⁵⁶ acrescenta que se o empregador e o trabalhador acordarem que, após a cessação da comissão de serviço, o trabalhador passará para determinada categoria, a promoção automática que se verifique por aplicação de disposição de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho prevalece sobre a estipulação, desde que mais favorável (artigo 476º).

Apesar do artigo 164º n.º 1, alínea a) não o prever, nada impede que as partes acordem que quando cessar a comissão de serviço, o trabalhador que permaneça na empresa tenha direito a uma indemnização (artigo 405º n.º 1 Código Civil).

Reforçando ainda o Professor PEDRO ROMANO MARTINEZ⁵⁷ que apesar de aqui poder estar em causa a cessação do trabalho, não deve ser aplicada a regra da imperatividade do artigo 339º do CT, pelo que as partes poderão alterar algumas soluções, principalmente se mais favoráveis para o trabalhador, dando como exemplo, precisamente, a estipulação de uma indemnização aquando do termo da comissão de serviço, independentemente da cessação do vínculo.

⁵⁵ Luís Miguel Monteiro, *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pág. 414

⁵⁶ Diogo Vaz Marrecos, *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pág. 476

⁵⁷ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pág. 685.

Capítulo IV

Regime da compensação pela cessação da comissão de serviço

Explicado o regime da cessação do contrato de trabalho, cumpre fazer uma especial referência aos efeitos indemnizatórios associados à cessação da comissão de serviço, os quais se encontram previstos no artigo 164º n.º 1, alíneas b) e c) do CT.

Assim, a cessação da comissão de serviço de trabalhador da empresa, confere-lhe o direito a retomar o posto de trabalho que detinha anteriormente (artigoº 164º n.º 1, alínea a), contando-se o tempo da comissão de serviço para efeitos de antiguidade, como se tivesse decorrido na categoria de que o trabalhador é titular (artigoº 162º n.º 5).

Contudo, quando a iniciativa da cessação da comissão de serviço for do empregador e o trabalhador opte pela resolução do contrato nos 30 dias seguintes, tem direito a receber a indemnização ali prevista, e que é atualmente indexada ao valor da indemnização prevista no artigo 366º do CT para o despedimento coletivo (artigoº 164º n.º 1 alínea b).

O valor desta indemnização pode contudo ser alargado nos termos do artigo 164º n.º 2, tanto por convenção coletiva como por contrato de trabalho.

Porém, após a entrada em vigor da Lei n.º 69/2013, de 30 de Agosto, esta compensação correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, acrescida do valor proporcional em caso de fração de ano, indemnização essa que deveria ser suportada pelo empregador e pelo fundo de compensação do trabalho (cfr. artigo 366.º n.ºs 1 e 3).

Contudo, para os contratos celebrados antes de 1 de Novembro de 2011, o valor da compensação será composto por três parcelas: a primeira, relativa ao tempo de duração do contrato decorrido até 31 de Outubro de 2012, equivalente a um mês de retribuição base e diuturnidades; a segunda, respeitante à duração do contrato após 1 de Novembro de 2012 (inclusive) e até 30 de Setembro de 2013, com base no referencial de 20 dias de retribuição base e diuturnidades; e a terceira, em relação à duração do contrato a partir de 1 de Outubro de 2013 (inclusive), no qual o montante de compensação corresponde à soma dos seguintes montantes:

- 18 dias de retribuição base e diuturnidades no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato (quando o contrato de trabalho a 1 de Outubro de 2013 ainda não tenha atingido a duração de três anos),
- 12 dias de retribuição nos anos seguintes.

O montante total da compensação não pode ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades.

Quanto à cessação do contrato celebrado depois de 1 de Novembro de 2011 e até 30 de Setembro de 2013, a compensação prevista no artigo 366º do Código do Trabalho, é calculada num montante correspondente a 20 dias de retribuição base e diuturnidades e a partir de 1 de Outubro de 2013, o montante de compensação corresponde a 18 dias de retribuição nos três primeiros anos de duração do contrato e 12 dias de retribuição nos anos seguintes.

De realçar que estes valores têm tetos máximos, os quais vêm previstos no artigo 5º da Lei n.º 69/2013, de 30 de Agosto.

Ainda quanto à compensação cumpre referir que finda a comissão de serviço interna, o trabalhador também não terá direito a auferir outros suplementos compensatórios que apenas auferia ao abrigo da comissão de serviço.

Nesse sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça⁵⁸, datado de 06/02/2002, veio defender que se o trabalhador deixar de prestar trabalho suplementar e trabalho noturno quando cessarem as funções de chefia, a entidade patronal não tem que continuar a pagar esses complementos e tal situação não corresponde a qualquer redução da retribuição.

Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, referente ao Processo n.º 3612/10.0TTLSB.L1-4, de 20/03/2013, exemplifica que o subsídio por isenção de horário de trabalho, bem como todas as prestações complementares auferidas em função da natureza das funções em comissão de serviço (subsídio noturno, isenção de horário de trabalho e outros subsídios), apenas são devidas enquanto persistirem as funções que lhes servem de fundamento, podendo o empregador suprimir as mesmas logo que cesse a situação específica que teve na base da sua atribuição, sem que isso implique a violação do princípio da irredutibilidade da retribuição.

⁵⁸ Todos os acórdãos deste capítulo in *www.dgsi.pt*

No que concerne à cessação da comissão de serviço de trabalhador externo, verifica-se uma situação semelhante uma vez que este tem os mesmos efeitos extintivos e indemnizatórios quando a cessação seja da iniciativa do empregador. Tal situação só não acontece em caso de cessação do contrato por despedimento com justa causa, e a não ser que tenha sido acordado, no contrato de comissão de serviço, a integração do trabalhador em determinado posto de trabalho, conforme estipula o artigo 162º n.ºs 2 e 3, alínea d) e 164º n.º 1 alíneas a) in fine e c).

Assim, o artigo 164º n.º 1, alínea c) apenas atribui compensação ao trabalhador contratado de início em comissão de serviço, cujo vínculo com a empresa cesse por iniciativa do empregador, desde que não seja por causa imputável ao trabalhador.

Consequentemente, o trabalhador não terá direito à indemnização quando a comissão de serviço cesse por sua iniciativa, bem como quando a cessação se deva a fato a si imputável e desde que esta cessação tenha sido antecedida de um procedimento disciplinar com a aplicação da sanção de despedimento, conforme o disposto nos artigos 351º e seguintes do CT.

Capítulo V

Outras formas de cessação

Cumprindo por fim referir que a denúncia regulada nos artigos 163º e 164º do CT, não é a única forma de cessação do contrato de trabalho em regime de comissão de serviço, aplicando-se também as demais modalidades de extinção do vínculo laboral do regime geral da cessação do contrato de trabalho.

Como exceção ao direito do trabalhador ser compensado pela cessação da comissão de serviço, mantém-se a previsão do despedimento com justa causa prevista no artigo 164º n.º 1, alínea c) do CT.

Contudo, quando o empregador, na sequência de um procedimento disciplinar, aplicar a sanção de despedimento sem indemnização ou compensação, nos termos do artigo 328º n.º 1, alínea f) do CT, enquanto o trabalhador exercia funções ou um cargo

em comissão de serviço, e se aquele despedimento for declarado ilícito nos termos dos artigos 381.º e 382.º, então as consequências de tal despedimento são as previstas nos artigos 389º a 392º do CT, nomeadamente, o empregador é condenado a indemnizar o trabalhador por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais, conforme previsto no artigo 389º n.º 1, alínea a), na reintegração do trabalhador, conforme artigo 289º n.º 1, alínea b) e no pagamento de todas as retribuições que o trabalhador deixar de auferir, nos termos do artigo 390.º n.º 1, todos do Código do Trabalho.

Por outro lado, caso o trabalhador despedido ilicitamente exerça cargo ou funções em regime de comissão de serviço, deve ser reintegrado no posto de trabalho que ocupava enquanto permanecia nesse exercício, não devendo entender-se que o despedimento ilícito, consubstanciou uma decisão do empregador de pôr termo à comissão de serviço. Apenas subsequentemente à reintegração é que o empregador poderá pôr termo à comissão de serviço.

Assim, se o trabalhador tiver optado pela reintegração no posto de trabalho ocupado em comissão de serviço, nos termos do artigo 389º n.º 1, alínea b), o empregador poderá pôr termo à comissão de serviço nos termos e prazos referidos no artigo 163º e com os efeitos previstos no artigo 164º, todos do CT.

Tanto mais que, o legislador laboral ao consagrar no artigo 392º n.º 1 do CT que relativamente a trabalhador que ocupe cargo de administração ou direção, o empregador pode opor-se à reintegração do trabalhador, passou a assegurar a harmonização de uma eventual incompatibilidade que pudesse existir entre estes regimes.

Em nosso entender e na hipótese de o trabalhador optar pela indemnização em substituição da reintegração, o valor daquela deverá ser calculado com base nos critérios do artigo 391º e não com base na indemnização pela cessação da comissão de serviço que remete para o artigo 366º e que é atualmente menos favorável para o trabalhador.

De qualquer modo, o trabalhador em regime de comissão de serviço cujo contrato termine por despedimento julgado ilícito, terá sempre direito a receber as retribuições que deixou de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito da decisão judicial, deduzidas das importâncias referidas no artigo 390º do Código do Trabalho.

Quanto a outras formas de cessação, entendemos que a comissão de serviço é uma modalidade de contrato de trabalho, a que se aplicam subsidiariamente as normas gerais que não sejam incompatíveis com o seu regime. Pelo que, a sua cessação é regulada pelas regras gerais nos casos em que não haja regulamentação específica da figura, como sucede com o despedimento com justa causa e com a resolução do contrato.⁵⁹

Por outro lado, quando o contrato de trabalho em comissão de serviço cessa por impossibilidade ligada ao empregador, em consequência de, por via legislativa, ter sido extinto o departamento onde o trabalhador exercia funções, verifica-se a caducidade desse contrato e, não sendo aplicável o disposto no artigo 163º n.º 1 do Código do Trabalho, não haverá lugar à obrigação de formular pré-aviso ou de o trabalhador receber a correspondente indemnização, devido à cessação do contrato ser alheia à vontade do empregador.⁶⁰

Capítulo VI

A problemática do artigo 398º n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais

Terminada a análise do regime jurídico da cessação da comissão de serviço e ultrapassada que está a questão dos administradores das sociedades poderem exercer funções ao abrigo do regime da comissão de serviço, cumpre aprofundar a questão da articulação entre este regime e o que vem previsto no artigo 398º do CSC, essencialmente o seu n.º 2, na parte que determina a extinção do contrato de trabalho para trabalhadores internos cujo contrato vigore por período inferior a 1 ano.

Assim e admitindo que o artigo 161º do CT engloba o cargo de administração societária como exequível em comissão de serviço, cumpre articular esse regime com o do CSC.

⁵⁹ Vide Acórdão da Relação do Porto, Processo n.º 134/09.6TTGDM.P1, de 19/03/2012

⁶⁰ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 3867/13.9TTLSB.L1-4 de 13/07/2016.

O artigo 398º n.º 1 do CSC proíbe o exercício de quaisquer atividades (que não a da própria administração), perante a sociedade ou perante sociedades que com ela estejam em relação de domínio ou de grupo, ficando abrangidas as funções temporárias ou permanentes, exercidas mediante contrato de trabalho subordinado ou autónomo.

A lei visa assim assegurar a livre destituição dos administradores e defender a sua total independência.

A norma proíbe igualmente a celebração de contratos de trabalho subordinado ou autónomo para surtir efeitos após a cessação das funções de administrador.

Quanto a este ponto e no que diz respeito à incompatibilidade entre os vínculos laboral e de Administração consagrada no n.º 1 do artigoº 398º CSC, a sua conformidade com o texto constitucional tem sido afirmada, conforme decorre do Acórdão do Tribunal Constitucional⁶¹ n.º 539/2007, de 30/10/2007, que considerou improcedente a ali invocada inconstitucionalidade formal, orgânica e material, do n.º 1 do artigo 398º, bem como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, referente ao Processo n.º 4476/06, da 4.ª Secção, de 07/03/2007.

Fora da proibição, fica assim o exercício de funções de administrador em sociedade que esteja em relação de grupo com aquela em que a pessoa considerada já seja administradora.

Assim, o problema maior coloca-se no caso de se estar perante uma comissão de serviço interna, ou seja, em que é designado administrador uma pessoa que exerça funções subordinadas na própria sociedade ou sociedade em relação de domínio ou de grupo, vindo nesse caso o n.º 2 daquele artigo proceder à harmonização com o que vem regulado no n.º 1.

Este artigo 398º n.º 2 do CSC estatui que *“Quando for designado administrador uma pessoa que, na sociedade ou em sociedades referidas no número anterior, exerça qualquer das funções mencionadas no mesmo número, os contratos relativos a tais funções extinguem-se, se tiverem sido celebrados há menos de um ano antes da designação, ou suspendem-se, caso tenham durado mais do que esse ano.”*

Contudo, tendo o legislador fixado de modo imperativo os fatos constitutivos e extintivos do regime da comissão de serviço, poderá haver o perigo de colisão com o consagrado no artigo 398º n.º 2 CSC.

⁶¹ Todos os acórdãos deste capítulo in www.dgsi.pt

Ora, no regime laboral, o contrato de trabalho daquele que passou a exercer a certa altura funções ao abrigo do regime da comissão de serviço, subsiste durante aquele período, extinguindo-se quanto muito no momento da cessação da comissão de serviço e por vontade do trabalhador, sendo que se o mesmo não denunciar o contrato de trabalho, finda a comissão de serviço, irá voltar para o cargo que ocupava anteriormente (artigo 164º n.º 1 alíneas a) e b) do CT).

Assim, a parte do artigo 398º n.º 2 do CSC que refere que quando for designado administrador uma pessoa que na sociedade exerça funções ao abrigo de contrato de trabalho subordinado ou autónomo de duração superior a um ano, esses contratos ficam suspensos, tal solução não levanta qualquer incompatibilidade de regime com a comissão de serviço porque os efeitos da suspensão do contrato de trabalho determinada pelo artigo 398º n.º 2 do CSC são coincidentes com o que no regime laboral se encontra previsto para o período de vigência da comissão de serviço.

Aliás, MARIA IRENE FERREIRA GOMES defende que o Código das Sociedades Comerciais se socorreu de um mecanismo no artigo 398º n.º 2 que materialmente se traduz na comissão de serviço associada ao contrato de trabalho. Assim, quando a norma preceitua que o contrato do trabalhador designado administrador se suspende com aquela designação, o expediente técnico legislativo utilizado pelo legislador é na verdade o da comissão de serviço. Ou seja, também aqui o legislador procura permitir ao trabalhador exercer temporariamente funções diferentes do seu lugar de origem, preservando-lhe este último através da suspensão do contrato de trabalho.

Contudo, o mesmo já não acontece quanto à outra parte da premissa que refere que se esses mesmos contratos de trabalho tiverem duração inferior a um ano à data de início da comissão de serviço, que se extinguem, situação que obviamente já suscita graves problemas.

Antes de mais, cumpre referir que esta norma tem vindo a ser objeto de discussão a vários níveis, tendo mesmo a procura de solução criado divisão no próprio Tribunal Constitucional, o qual já deliberou em ambos os sentidos e ainda não proferiu um Acórdão de Uniformização de Jurisprudência.

Isto porque, uma parte da jurisprudência entende que o artigo 398º n.º 2 do CSC (na parte que considera extintos os contratos de trabalho) é inconstitucional com base numa série de argumentos de índole formal, orgânica e material, quer por não terem

sido ouvidos os organismos representativos dos trabalhadores (a propósito de uma matéria que criaria uma nova forma de extinção do contrato de trabalho, reduzindo assim os direitos dos trabalhadores), quer porque afeta direitos, liberdades e garantias, bem como por não ter sido aprovada pela Assembleia da República.

Contudo, outra parte da jurisprudência do mesmo Tribunal já entendeu que a referida norma não padece de inconstitucionalidade, porque para além de não violar direitos fundamentais, é uma norma essencialmente societária que só reflexamente é aplicada quanto a questões laborais.

Vejamos em pormenor tais teses.

1. Com o entendimento pela inconstitucionalidade da norma⁶²:

Pronunciou-se o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 626/2011, Processo n.º 245/11, 1ª Secção, datado de 19/12/2011, que a questão de constitucionalidade aqui em causa já foi apreciada e decidida no Acórdão n.º 1018/96, afirmando este que a norma em apreciação enquadra-se no conceito de “legislação laboral”, a qual é inovadora e não resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/86 de 02 /09 que tivesse sido dada aos organismos representativos dos trabalhadores a possibilidade de participarem na elaboração do artigo 398º n.º 2, devendo por isso ser julgada inconstitucional por violação dos artigos 54º n.º 5, alínea d), e 56º n.º 2, alínea a), da Constituição da República Portuguesa.

Este acórdão decidiu assim julgar inconstitucional o artigo 398º n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais, na parte que estabelece a extinção dos contratos de trabalho celebrados há menos de um ano, de que seja titular o trabalhador de uma sociedade que venha a ser designado como administrador dessa sociedade.

Contudo, este Acórdão teve um voto de vencido do Juiz Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, onde propôs uma distinção entre as intervenções diretas sobre matéria laboral e as intervenções que interferem, de forma acidental ou meramente episódica naquele domínio, entendendo que o artigo 398º, n.º 2 do CSC, seria subsumível

⁶² Todos os acórdãos deste capítulo in *www.dgsi.pt*

a esta segunda categoria, pelo que não tem natureza laboral uma vez que visa “disciplinar as sociedades que tenham por objeto a prática de atos de comércio”.

Por outro lado, este Juiz Conselheiro entendeu ainda que esta norma não interfere na definição de qualquer tipo de direitos ou deveres dos trabalhadores que necessitasse da intervenção de representantes sindicais porque não altera o quadro legal em que se desenvolve o regime do contrato individual de trabalho, incluindo a sua cessação. Pelo que, não interferindo em área que reclamasse a participação sindical, a norma não ofende os princípios constitucionais.

De referir também um dos primeiros e mais importantes Acórdãos a pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma que foi o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1018/96, Processo n.º 714/95, 2ª Secção, de 09/10/96⁶³, que vem defender que o artigo 398º, n.º 2, do CSC, consagra uma nova causa de extinção do contrato de trabalho, isto é, uma causa de cessação que não estava anteriormente prevista na lei. Como tal, tendo esta norma repercussão direta e imediata no contrato de trabalho, deve considerar-se abrangida pelo conceito de legislação do trabalho, pelo que os representantes dos trabalhadores deveriam ter a oportunidade de participar na sua elaboração.

Também pela inconstitucionalidade do artigo 398º n.º 2 do CSC pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, no Processo n.º 96S263, datado de 22/10/1997, o qual afirma que a designação de administrador de uma sociedade anónima não extingue a relação de trabalho, subordinado ou autónomo, vigente há menos de um ano, sendo aquele artigo formalmente inconstitucional.

⁶³ Pode ler-se no referido Acórdão que: “(...) Tendo a aludida norma, como acima se referiu, aquela repercussão directa e imediata, não se poderá deixar de a considerar como incluível no conceito de legislação do trabalho (tendo em conta a economia do presente aresto, limitar-nos-emos a, sobre tal conceito, fazer apelo ao que, a propósito, foi dito, por entre muitos outros, no Acórdão deste Tribunal n.º 362/94, in *Diário da República* 1ª Série-A, de 15 de Junho de 1994 - cfr. ponto 1.2 de I).

Sucedo, todavia, que não resulta minimamente do preâmbulo do D. L. n.º 262/86 — nem os autos fornecem ao Tribunal quaisquer outros elementos de onde se extraísse contrária conclusão — que, para a respectiva edição e, concretamente, no que se reporta ao que veio a ser consagrado no art.º 398º, n.º 2, do C.S.C., tivesse sido dada aos organismos representativos dos trabalhadores a possibilidade de intervirem, quanto à solução que ali veio a ser adoptada, naquilo que a Comissão Constitucional chamou de “intervenção na zona prévia e diversa da decisão legislativa formal” que nesse lugar teve assento (cfr. Parecer n.º 7/78, nos Pareceres da Comissão Constitucional, 6º. Vol., 30 e segs.), tal com se impõe hoje na alínea d) do n.º 5 do artigo 54º em alínea a) do n.º 2 do artigo 56º, ambos da Constituição, e se impunha, no domínio da versão da Lei Fundamental vigente em 1986, na alínea d) do artigo 55º e na alínea a) do n.º 2 do artigo 57º, intervenção essa expressa e regulada, ao nível da legislação ordinária, pela Lei n.º 45-A/94.

Daí que, inelutavelmente, se deva concluir no sentido de a norma em apreciação padecer de vício de inconstitucionalidade formal, por ofensa dos preceitos acima indicados.(...)

Quanto a esta questão que tem sido discutida no Tribunal Constitucional, COUTINHO DE ABREU⁶⁴ defende a inconstitucionalidade formal da norma, porque, ao entender que a mesma é primordialmente laboral, os organismos representativos dos trabalhadores deveriam ter participado na sua elaboração, o que não sucedeu. Neste enquadramento, os contratos celebrados há menos de um ano deveriam ser considerados também suspensos.

2. Com o entendimento pela constitucionalidade da norma⁶⁵:

Com esta interpretação pronunciou-se o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 539/2007, Processo n.º 445/07, de 18/12/2007, que decidiu não declarar inconstitucional a norma do artigo 398º n.º1 do CSC, uma vez que esta não regula posições jurídicas de trabalhadores, devendo por maioria de razão ser utilizada a mesma ordem de ideia quanto ao n.º 2 daquele preceito e que é objeto de análise.

Assim, este acórdão não só declara esta norma constitucional, como se pronuncia sobre a vertente formal, orgânica e material da mesma.

Em primeiro lugar o Acórdão vem referir que este artigo não regula a posição jurídica dos trabalhadores, tendo apenas como destinatário o administrador da sociedade. Ora, não tendo esta norma efeito direto e imediato na relação de trabalho, não pode a mesma ser considerada legislação laboral e como tal não está sujeita à audição das estruturas representativas dos trabalhadores no processo legislativo, não padecendo assim de qualquer inconstitucionalidade formal.

Por outro lado, esta norma também não põe em causa a liberdade de escolha de profissão, porque pressupõe a prévia escolha do próprio interessado ir para o cargo de administrador, nem a segurança no emprego e o direito ao trabalho, visto que não

⁶⁴ Jorge Coutinho de Abreu, *Administradores e trabalhadores de sociedades (cúmulos e não)*, ob. cit., pág. 16

⁶⁵ Quanto à constitucionalidade da norma prevista no artigo 398º n.º 2 do CSC no que concerne à suspensão do contrato de trabalho pelo exercício de funções de administração, vide o Acórdão do Tribunal Constitucional, Processo n.º 259/01, de 30/05/2001 e Acórdãos n.º 201/90 e n.º 362/94 publicados, respetivamente, no Diário da República, 2.ª série, de 21 de Janeiro de 1991, e no Diário da República, 1.ª série, de 15 de Junho de 1994.

Todos os acórdãos deste capítulo in *www.dgsi.pt*.

consagra uma causa de extinção do contrato de trabalho, mas apenas a sua invalidade por força das normas de direito societário. Esta norma visa apenas impedir qualquer aproveitamento daquelas funções em benefício próprio, salvaguardando o exercício imparcial das competências que estão atribuídas à administração.

Ora, não incidindo esta norma sobre matéria de direitos, liberdades e garantias, a mesma não constitui reserva relativa de competência da Assembleia da República (artigo 165º n.º 1, alínea b) da CRP), pelo que, tendo sido emanada pelo Governo sem prévia autorização legislativa não a vicia de qualquer inconstitucionalidade orgânica.

Por fim, poderia colocar-se a questão de saber se a cominação de nulidade do contrato de trabalho celebrado pelo administrador com a sociedade após o início das respetivas funções de administração, colidia mais uma vez com a proteção constitucional da liberdade de escolha da profissão, da garantia de segurança no emprego e do direito ao trabalho (artigos 47º n.º 1, 53º e 58º, n.º 1, conjugados com os artigos 17º e 18º n.º 2, todos da CRP). Contudo, o entendimento de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, por aplicação do disposto no artigo 398º n.º 1 do CSC, corresponde a um despedimento sem justa causa, não tem qualquer fundamento para o Acórdão em análise. Na prática, aqui não está em causa uma extinção do contrato de trabalho, por exercício da vontade da entidade empregadora, mas antes a aplicação das normas que impõem a invalidade do contrato celebrado, por violação de regras do direito societário, nada contendo com a proteção constitucional da segurança no emprego e do direito ao trabalho, pelo que também quanto a este ponto este Tribunal pugnou pela constitucionalidade material da norma.

Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no âmbito do Processo n.º 1947/2006, de 13/12/2006, pronuncia-se sobre o assunto e apesar de ter por base o referido artigo 398º n.º 1, também analisa o n.º 2, propugnando pela sua constitucionalidade.

O Acórdão começa assim por referir que a lei é frontalmente desfavorável ao cúmulo das qualidades de administrador de uma sociedade anónima e de trabalhador subordinado ou autónomo dessa mesma sociedade. Até porque da análise do artigo 398º n.º 2 do CSC, verifica-se que a norma apenas visa evitar o receio de fraude com obtenção de eventuais vantagens para o próprio Administrador e não deixa dúvidas quanto à natureza não laboral da relação do administrador com a sociedade, porque se assim

fosse, não faria sentido que o contrato se suspendesse ou extinguisse, devendo quanto muito o mesmo modificar-se temporariamente enquanto tivesse por objeto o exercício de funções de administração.

Ainda assim, neste Acórdão é defendida a tese de que não faz sentido invocar a inconstitucionalidade do artigo 398º n.º 2 do CSC para afastar a aplicação deste regime porque não se vislumbra que a norma em apreço, no segmento que determina a extinção do contrato de trabalho, viole a Constituição da República Portuguesa, designadamente os artigos 54º n.º 5, alínea d) e 56º n.º 2, alínea a), pois não está aqui em causa a criação de qualquer novo regime jurídico-laboral mas tão só matéria do foro comercial com reflexos no contrato de trabalho.

Por outro lado, neste Acórdão é evidenciada uma manifesta discordância quanto ao entendimento de que o regime da comissão de serviço previsto no Código do Trabalho (na altura ainda no DL 404/91 de 16/10) tenha derogado, nesta parte, o artigo 398º n.º 2 do CSC (cujos campos de aplicação são totalmente distintos) ou que o legislador, com aquele diploma pretendeu uma inovadora interligação entre o direito laboral e o direito das sociedades comerciais, não obstante, para tal conclusão, não ajude o fato do artigo 161º n.º 1 se aplicar ao exercício de “cargos de administração”.

Contudo, é pacífico afirmar que o legislador não utilizou nesta norma o conceito de administração em sentido orgânico estrito, enquanto órgão de um determinado tipo societário, a sociedade anónima, mas em sentido funcional, enquanto função a desempenhar pelo trabalhador em comissão de serviço.

Assim, podemos distinguir que os artigos 161º e seguinte dos CT dizem respeito aos contratos de prestação de trabalho em regime de comissão de serviço e o artigo 398º n.º 2 à relação do administrador societário com a sociedade.

Do mesmo modo, verte também a jurisprudência do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 06S4476, de 07/03/2001, que, não obstante reportar-se ao disposto no artigo 398º n.º 1 do CSC, os argumentos expostos poderão, por maioria de razão, ser aplicados ao preceituado no artigo 398º n.º 2 do CSC.

Tendo em conta que o artigo 398º do CSC não estabelece qualquer sanção para a celebração de contrato de trabalho entre a sociedade e o administrador, esta jurisprudência entende ser aplicável a regra geral do artigo 294º do Código Civil, que determina a sua nulidade.

Contudo a norma do artigo 398º n.º 1 do CSC não padece de inconstitucionalidade orgânica por violação do direito de liberdade de escolha de profissão, consagrado no artigo 47º n.º 1 da CRP, porquanto não estabelece qualquer restrição ao direito de escolha da profissão de administrador, consignando antes um condicionamento ao exercício dessa atividade. Não sofrendo igualmente de inconstitucionalidade formal, por violação do disposto nos artigos 54º n.º 5, alínea d), e 56º n.º 2, alínea a) da CRP, pelo fato das comissões de trabalhadores e as associações sindicais não terem intervindo no respetivo processos legislativo, visto que não se trata de disposição que diga respeito à legislação do trabalho, segundo a definição constante da Lei n.º 16/79, de 26 de Maio.

Assim, tendo o artigo 398º n.º 1 sido considerado constitucional, poderemos pela mesma ordem de ideia defender que o n.º 2 daquele artigo não enferma de inconstitucionalidade exatamente pela mesma razão de ser (argumentos de ordem orgânica e formal).

Por fim, e mais recentemente, veio o Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão proferido no âmbito do Processo n.º 2974/11.7TTLSB.L1-4, de 29/01/2014, também se pronunciar pela constitucionalidade da norma do artigo 398º n.º 2 do CSC, a qual vem disciplinar as sociedades, não na área laboral mas na sua vida societária, visando uma especificação à regulação da administração dessa mesma sociedade. Não está assim em causa qualquer tipo de direitos ou deveres de trabalhadores, nem desenvolve o regime do contrato individual do trabalho, inclusive no que concerne à sua cessação. Sendo esta uma norma especial para uma situação especial, não ofende qualquer disposição ou princípio constitucional.

Tal solução tem também sido sufragada por parte da doutrina, nomeadamente:

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁶⁶ que discorda que a norma do artigo 398º 2 do CSC, na parte em que considera extintos os contratos de trabalho celebrados pelo administrador com a própria sociedade há menos de um ano, tenha sido julgada inconstitucional pelo fato do preceito ter sido aprovado sem a audição prévia dos

⁶⁶ António Menezes Cordeiro, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2011, comentário ao artigo 398º, pág. 1063

organismos representativos dos trabalhadores quando estaria em causa uma norma de natureza laboral (inconstitucionalidade orgânica). Ora, para este Autor, o artigo 398º n.º 2 é uma norma materialmente comercial, que apenas visa evitar que se contorne a proibição do artigo 398º n.º 1, quanto à prestação de serviço contratada pelo administrador à sociedade.

Por sua vez, o mesmo artigo 398º n.º 2, na parte em que suspende o contrato de trabalho, foi julgado constitucional, solução que já era inclusive defendida pela doutrina e jurisprudência. Durante a suspensão não se mantém o poder disciplinar da entidade empregadora, exceto se o trabalhador se mantiver em funções em sociedades do grupo.

Não se pronunciando especificamente quanto à constitucionalidade de norma, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁶⁷ parece aceitar a constitucionalidade da mesma quando refere que o trabalhador subordinado que é designado para integrar a administração da sua empresa, sendo esta função incompatível com o estatuto de subordinação que, até então, aquele trabalhador detinha (já que, nas novas funções, o trabalhador passou a identificar-se como empregador), o artigo 398º n.º 2 do CSC estabelece a solução de que se o contrato tiver sido celebrado no ano anterior à designação, extingue-se por caducidade. Esta Autora entende que se trata assim de uma caducidade motivada por impossibilidade legal, superveniente e absoluta da subsistência do vínculo, nos termos do artigo 343º, alínea b) do CT.

Também para a doutrina que defende ser incompatível a existência de contrato de trabalho para trabalhador que é investido no cargo de Administrador e que aplica o artigo 398º do CSC para fazer caducar esse contrato, por maioria de razão, parece-nos que implicitamente também estarão a admitir a sua constitucionalidade.

Assim, e não obstante se aceitar o entendimento de que a norma do artigo 398º n.º 2 do CSC não padece de inconstitucionalidade, importa ainda fazer a harmonização entre esse regime e o da cessação da comissão de serviço.

⁶⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, ob. cit., pág. 65

Quanto a este ponto, ABÍLIO NETO⁶⁸ afirma ser defensável que esta disposição do CSC tenha sido derogada pelo DL n.º 404/91, de 16/10 (que estabeleceu o Regime da Comissão de Serviço, atualmente inserido no CT), na parte que permite que um trabalhador de uma empresa seja designado seu administrador em regime de comissão de serviço, sem que o respetivo contrato de trabalho caduque, independentemente de ter sido celebrado antes de decorrido um ano ou até simultaneamente com a designação do cargo de administrador.

Nesse sentido, ALEXANDRA SEQUEIRA⁶⁹ e LUÍS MIGUEL MONTEIRO⁷⁰ entendem que, quando aplicável o regime da comissão de serviço e concretamente a compensação prevista no artigo 164º n.º 1, alínea c), os mesmos constituem estipulação contratual que afasta a aplicação do mencionado preceito do CSC.

Também ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS⁷¹ defende que os contratos que decorram há mais de um ano devem considerar-se igualmente suspensos, o que não significa que nada persista, havendo antes um “vínculo relaxado”.

Quanto a este particular também se pronunciou RAUL VENTURA⁷², que entende que entre este normativo e o regime da comissão de serviço, existe uma séria divergência. Pois, se quanto aos contratos que tenham durado mais de um ano antes da designação para administrador, ainda poderá dizer-se que eles se suspendem durante a comissão de serviço como administrador, já relativamente a contratos de trabalho celebrados há menos de um ano antes da designação, o regime de comissão de serviço é incompatível com a extinção do contrato. Nesta medida, propugna aquele Autor a derrogação da norma do CSC para os casos em que for aplicável a comissão de serviço.

⁶⁸ Abílio Neto, *Código das Sociedades Comerciais Jurisprudência e Doutrina*, Coimbra Editora, 2007, pág. 849.

⁶⁹ Alexandra Marques Sequeira, *Do exercício da administração societária em regime de comissão de serviço: laboral – a profissionalização dos administradores?*, ob. cit., pág. 57

⁷⁰ Luís Miguel Monteiro, *Regime Jurídico do Trabalho em Comissão de Serviço*, ob. cit., pág. 519.

⁷¹ Alexandre de Soveral Martins, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Jorge M. Coutinho de Abreu), Volume VI, Almedina, 2013, pág. 341

⁷² Raul Ventura, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, ob. cit. Pág. 196

Conclusão

A Comissão de Serviço enquanto figura que permite a flexibilização do regime laboral consegue, a nosso ver, corresponder com o duplo compromisso que combina o exercício de funções onde é necessária uma especial relação de confiança para o desempenho de certos cargos estratégicos nas empresas e a fácil desvinculação quando cessa esse elemento essencial.

Por ser obrigatoriamente uma modalidade do contrato de trabalho, por um lado traz vantagens para o empregador, que consegue dinamizar esses cargos ou funções, e por outro, mostra-se vantajoso para o trabalhador, que ao aceitar a sua contratação sob o regime da comissão de serviço, terá benefícios que lhe seriam vedados pelos restantes institutos de sede laboral e que serão certamente suficientes para contrabalançar o fato da precaridade de tais funções.

Assim e no que concerne em concreto aos cargos de administração exercidos em comissão de serviço, somos da opinião de que este Instituto, à partida, poderá não ter sido estruturado de modo a ser articulado com o regime societário, uma vez que a maior parte dos vínculos dos administradores societários, não obstante estarem sujeitos a subordinação perante a vontade da Assembleia Geral (através do Conselho de Administração que pode fiscalizar e destituir o administrador), não são efetuados no âmbito de um contrato de trabalho e nem o próprio artigo 398º do CSC o parece permitir.

Contudo, se verificarmos que as funções exercidas pelos Administradores assim o justificam, porque são efetuados com subordinação jurídica e em termos laborais relevantes, então poderá aplicar-se este Instituto às sociedades comerciais.

Tanto assim é, que o próprio normativo societário que colide com o regime da comissão de serviço é apenas aplicável às sociedades anónimas, pelo que se o legislador entendesse que aquele regime era de todo incompatível com o da comissão de serviço, tê-lo-ia abrangido aos restantes tipos societários cujas estruturas são semelhantes.

Neste contexto, entendemos que aquele preceito apenas visa evitar o favorecimento que porventura pudesse existir para os administradores em regime de

comissão de serviço, motivo pelo qual, caso essa questão esteja salvaguardada não vemos qualquer inconveniente na articulação dos regimes.

Por outro lado, e admitindo-se que os administradores sejam escolhidos entre os trabalhadores com relação laborar com a sociedade, aí não parece restarem dúvidas que aos mesmos poderão, e até mesmo deverão, ser aplicadas as regras do Regime da Comissão de Serviço o qual, neste caso, terá de se conjugar com a norma do artigo 398º n.º 2 do CSC.

Na verdade, o fato do referido artigo aplicar o duplo regime de suspensão ou extinção, conforme o contrato tenha a duração superior ou inferior a um ano, parece permitir concluir que o próprio legislador societário admite que a suspensão do contrato é suficiente para a articulação de regimes.

Porém, caso não haja qualquer vínculo laboral, então deveremos interpretar restritivamente o disposto no artigo 161º do CT, no sentido de que quando faz referência a cargos de administração ou equivalentes, não deverá englobar os administradores societários mas os órgãos executivos das sociedades comerciais ou de administradores de empresas.

Contudo, dar apenas esta interpretação restritiva à norma do artigo 161º, seria quase como esvaziar o seu conteúdo na parte em que se refere ao “cargo de administração ou equivalente”, uma vez que os órgãos que se posicionam imediatamente abaixo da administração societária, poderão facilmente ser englobados na parte do preceito que se refere a cargos de “direção ou chefia diretamente dependente da administração ou de diretor-geral ou equivalente”.

Assim, e admitindo que os cargos de administração societária poderão ser excepcionalmente exercidos sob o regime da comissão de serviço, cumpre referir dois aspetos fundamentais: o primeiro, quanto ao regime especial de livre cessação da comissão de serviço; o segundo, quanto à sua articulação com o regime do Códigos das Sociedades Comerciais.

No que concerne ao regime da cessação previsto no artigo 164º n.º 1, alínea c) do CT, parece-nos que a sua aplicação não viola qualquer disposição ou princípio constitucional, uma vez que a cessação é uma das características próprias deste instituto, que as partes aderem apenas se quiserem e que visa a transitoriedade

pretendida, motivo pelo qual, a sua cessação não terá de ser motivada, tendo apenas de ser observado os princípios da não discriminação.

Aliás, não se poderia entender de outra forma, uma vez que tal seria incompatível com a característica fundamental da especial relação de confiança e com o fato deste instituto estar enraizado na autonomia das partes.

É óbvio que a solução ideal seria a proteção máxima do trabalhador. Contudo, tal solução não se coaduna com o pulsar e ritmo das empresas, tanto mais que num caso de comissão externa, sem garantia de emprego, o empregador teria de arranjar um posto de trabalho que não possuía num qualquer departamento da empresa para evitar despedir o trabalhador, quando este fora contratado num pressuposto específico, perdendo-se dessa forma o efeito flexibilizador pretendido pelo instituto da Comissão de Serviço e até mesmo o recurso à mesma.

A tal argumento acresce o fato do trabalhador estar ciente desta situação e de a ter livremente aceite, vigorando a autonomia das partes e a autodeterminação do trabalhador, o qual, ao aceitar os termos daquele Regime, é porque as condições são, ainda assim, vantajosas para compensar a fragilidade do vínculo.

Por fim, quanto à questão de harmonização deste regime com o Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente com o artigo 398º n.º 2, cumpre primeiramente referir que, não obstante não concordarmos com parte do conteúdo da norma em apreço, perfilhamos o entendimento de que este preceito não padece de inconstitucionalidade em qualquer das suas vertentes. Isto porque, a nível formal, entendemos que a norma não visa uma alteração laboral, mas sim uma especificação à lei societária, e em particular à regulação da administração dessa mesma sociedade, não estando em causa qualquer tipo de direitos ou deveres de trabalhadores.

Na realidade, esta norma, não consagra qualquer causa de extinção do contrato de trabalho, mas apenas a sua invalidade por força das normas societárias.

Assim, consideramos que apenas teria efeito direto na relação laboral se esta proibição estivesse igualmente inserida no regime da comissão de serviço do CT. Contudo, o Código de Trabalho não só não preconiza igual proibição, como até o parece permitir pela leitura do artigo 161º quando se refere em concreto aos “cargos de administração”.

Ora havendo uma norma laboral que expressamente admite o regime, não poderemos considerar que a norma societária que regula uma especificidade quanto ao exercício da administração possa ter efeito direto na esfera laboral, sob pena do legislador, após anos de discussão sobre o tema, seja incoerente ao ponto de não acrescentar qualquer referência à proibição em causa na legislação de trabalho e ainda manter, naquele código, a indicação de cargos de administração sem mais.

Certo é que, exatamente por ser uma norma societária que regula uma situação especial do Código das Sociedades Comerciais, é que esta nunca foi incluída no Código do Trabalho. E tanto assim é, que a lei laboral na sua última alteração não veio introduzir qualquer norma com esse sentido, sinal de que o legislador não pretendeu conferir-lhe natureza laboral mas apenas remetê-la ao campo societário.

Face ao exposto, parece-nos que o artigo 398º do CSC, não tem efeito direto e imediato na relação de índole laboral, só lhe sendo aplicável de forma excecional e reflexa, norma esta que aliás, e a nosso ver, já devia há muito ter sido revista pelo legislador societário, por se encontrar efetivamente desfasada da realidade laboral e aparentemente incompatível com esta.

Nesse sentido e não sendo na sua génese uma norma laboral, não tinha de ter a participação dos organismos representativos dos trabalhadores no respetivo processo legislativo de negociação e aprovação.

Por outro lado, a norma em apreço também não padece de qualquer inconstitucionalidade orgânica, uma vez que o preceito não incide sobre direitos, liberdades e garantias, nomeadamente de escolha de profissão, porque a aceitação do cargo, tal como já referido, está na total autonomia do trabalhador, o qual, ao aceitar o cargo, abdica de outro relativamente ao qual o seu regime é incompatível.

Nesse sentido, entendemos estar perante um regime equilibrado, não só porque as desvantagens são largamente ultrapassadas pelas vantagens inerentes, mas acima de tudo porque é um regime que assenta na livre vontade das partes, e por isso não há qualquer incompatibilidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Portuguesa, pelo que, não constituindo aquela matéria reserva relativa de competência da Assembleia da República, não carecia de prévia autorização legislativa.

Do mesmo modo, somos levados a concluir que não há qualquer inconstitucionalidade material, uma vez que a mais recente edição do próprio Código das Sociedades Comerciais, manteve-se neste particular, sem qualquer alteração, mesmo

após ter sido proferida jurisprudência em sentido contrário, o que leva a crer que o legislador entende tratar-se de uma norma em sintonia com a Constituição.

Contudo, aquando da harmonização de regimes, o instituto da comissão de serviço deve ser aplicado com cautela de modo a evitar situações de favorecimento, exceto nos casos em que seja um trabalhador subordinado da sociedade dominante que passa a administrador de uma sociedade dominada, na qual esse favorecimento certamente não existirá.

Neste enquadramento e perfilhando a tese de que esta norma é constitucional, cumpre proceder à harmonização do Regime da Comissão de Serviço com o disposto no Código das Sociedades Comerciais.

Quanto a este ponto, somos da opinião de que quanto aos contratos celebrados há mais de um ano, não há qualquer problema de harmonização, uma vez os contratos de trabalho ficam suspensos aquando da nomeação do trabalhador para exercer as funções de administrador, de modo a garantir a referida idoneidade e independência.

Contudo e no que concerne às situações em que os contratos de trabalho tenham duração inferior a um ano é que se coloca o maior problema de articulação. Não obstante esta dificuldade prática, entendemos que a mesma facilmente seria resolvida pelo legislador societário, bastando para tal eliminar do preceito a distinção de regime quanto ao contrato com duração inferior a um ano, porque na prática, o que importa é verificar que o administrador em regime de comissão de serviço, não fica em posição de se favorecer (nomeadamente evitando que o trabalhador de sociedade dominada fosse para administrador de sociedade dominante), sendo indiferente o prazo do seu contrato, até porque, caso o contrato fosse celebrado com intuito fraudulento, o trabalhador apenas teria que esperar um ano para prosseguir com o seu intento.

Assim, e conforme já sobejamente referido, por entendermos que esta norma societária do artigo 398º n.º 2, na parte que se refere à extinção dos contratos, é a única entrave ao pleno exercício dos cargos de administração societária em regime de comissão de serviço, somos da opinião que não será este regime que deverá sofrer qualquer alteração, mas sim a norma do CSC, em virtude da sua aplicação excecional às questões laborais.

Face ao exposto, entendemos que o legislador deverá proceder à sua eliminação, permitindo assim a harmonização do regime societário com o laboral, porquanto, ao

desaparecer aquela parte do preceito, o restante regime do artigo 398º não entra em contradição com o Código do Trabalho, porque o Código das Sociedades Comerciais apenas exige que as funções de administração não sejam exercidas em simultâneo com quaisquer funções ao abrigo do contrato de trabalho subordinado ou autónomo, o que seguramente não acontecerá se o contrato ficar suspenso.

Contudo, e uma vez que ainda não existe esta solução normativa, entretanto perfilhamos a tese de que dado o tipo do contrato, o regime do Código do Trabalho revoga nessa parte o do Código das Sociedades Comerciais, uma vez que, sendo a comissão de serviço efetuada por acordo das partes, deve essa mesma autonomia prevalecer. Como tal, o contrato não se extingue, mas provoca os efeitos ali estipulados.

Neste sentido, entendemos que se estivermos perante uma situação de comissão de serviço interna, a sua cessação implica o retorno do trabalhador ao seu anterior cargo. Caso estejamos perante o exercício de funções numa situação de comissão de serviço externa, a cessação implica a sua caducidade, uma vez que lhe é aplicado o regime da comissão de serviço.

De qualquer modo, ambas as partes têm a possibilidade de, a todo o momento e por declaração unilateral, fazer cessar as funções exercidas, não existindo regras imperativas reguladoras do conteúdo da relação jurídica durante o período da comissão de serviço.

Face ao exposto e a nosso ver, o Regime da Comissão de Serviço sustenta perfeitamente as preocupações de transitoriedade da administração societária e a harmonização com o regime comercial até que o legislador entenda rever a lei no sentido de consagrar uma melhor solução.

Bibliografia

Abreu, Jorge M. Coutinho de

- *Administradores e Trabalhadores de Sociedades (Cúmulos e não)*, Temas Societários, IDET, n.º 2, Almedina.

- *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI, Almedina, 2013

- *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2006

Amado, João Leal

- *Comissão de serviço e segurança no empregado: uma dupla inconciliável?*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Janeiro – Fevereiro 2011, Coimbra Editora

- *Contrato de Trabalho*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2014

Cordeiro, António Menezes

- *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2º Edição, Almedina, 2011

- *Da constitucionalidade da comissão de serviço laborais*, Revista de Direito e Estudos Sociais, Janeiro-Junho, 1991, Livraria Almedina Coimbra

- *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex Lisboa, 1997.

- *Direito das Sociedades*, Almedina, 2011

- *Manual de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra 1991

Correia, António Ferrer

- *Lições de Direito Comercial*, Lisboa: Lex, 1994

Correia, Luís Brito

- *Os Administradores das Sociedades Anónimas*, Almedina, 1993

Fernandes, António Monteiro

- *Direito do Trabalho*, Almedina, 2014

Furtado, Jorge Henrique Pinto

- *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 6^a ed., Quid Juris, 2012

- *Curso de Direito das Sociedades*, 5^a Edição, Almedina, 2004

Gameiro, António / Pereira Luís

- *Comissão de serviço*, JusPrático: laboral e segurança social, Coimbra Editora, 2010

Gomes, Júlio Manuel Vieira

- *Direito do Trabalho*, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007

- *Da validade do contrato de trabalho com uma sociedade de um grupo para o exercício de funções de administração social noutra sociedade do mesmo grupo*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professo Manuel Alonso Olea, Almedina, 2004

Gomes, Maria Irene Ferreira

- *A comissão de serviço à luz do Código do Trabalho*, Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho, Almedina, 2004

- *A Comissão de Serviço*, a Reforma do Código do Trabalho, Centro de Estudos Judiciários Inspeção-Geral do Trabalho, Coimbra Editora, 2004

- *Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviço*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professo Manuel Alonso Olea, Almedina, 2004

Labareda, João

- *Direito societário Português – algumas questões*, Quid Juris, Lisboa, 1998

Lambelho, Ana / Gonçalves Luísa Andias

- *Manual de Direito do Trabalho, Da teoria à prática*, Coimbra Editora, 2014.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes

- *Direito do Trabalho*, Almedina, 5ª Edição, 2016

Leite, Jorge

- *Comissão de Serviço*, Questões Laborais, Ano VII - 2000, n.º 16, Coimbra Editora

Marecos, Diogo Vaz

- *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra Editora, 2012

Martinez, Pedro Romano

- *Direito do Trabalho*, 7ª Edição, Almedina, 2015

- *Trabalho e Direitos Fundamentais, Compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial*, Separata de Estudo de Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Coreia, FDUL, Coimbra Editora, 2010

- *Direito do Trabalho*, Instituto do Direito do Trabalho de Lisboa, Almedina, 2002

Martins, Alexandre de Soveral

- *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Jorge M. Coutinho de Abreu), Volume VI, Almedina, 2013

Martins, Pedro Furtado

- *Aplicação do regime geral da cessação do contrato de trabalho ao contrato em comissão de serviço*, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume III, Universidade Católica Editora, 2015

- *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, 2012

Mello, Alberto de Sá e

- *Direito do Trabalho (Direito Individual)*, Almedina, 2016

Mesquita, José Andrade

- *Direito do Trabalho*, 2ª Edição, AAFDL, 2004

Monteiro, Luís Miguel

- *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 2013
- *Código do Trabalho: Três anos de jurisprudência comentada*, Livraria Petrony, 2007
- *Regime Jurídico do Trabalho em Comissão de Serviço*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, Almedina 2002

Morais, Nuno

- *Acumulação da qualidade de trabalhador e administrador: o art 398º do Código das Sociedades Comerciais*, O Advogado, 2005

Neto, Abílio

- *Código das Sociedades Comerciais: jurisprudência e doutrina*, 4ª Edição, Ediforum, 2007
- *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 3ª Edição, Ediforum, Setembro 2012

Pinto, Mário / Carvalho, António Nunes de

- *Comentário às Leis do Trabalho*, I, Lisboa, Lex, 1994

Procuradoria-Geral da República

- *Cessação da Comissão de Serviço de Pessoal Dirigente: exercício de funções de gestão corrente, remuneração: Parecer da P.G.R. n.º 47/96*, Trabalho & Segurança Social, Revista de Actualidade Laboral, n.º 1 Janeiro 1998

Ramalho, Maria do Rosário Palma

- *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5ª Edição, Almedina, 2014

Rodrigues, Ilídio Duarte

- *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas*, Petrony, 1990

Santos, João

- *Comissão de serviço: instrumento contratual idóneo à contratação de administradores societários?*, Trabalho & Segurança Social, Revista de Actualidade Laboral, Setembro 2008

Sequeira, Alexandra Marques

- *Do exercício da administração societária em regime de comissão de serviço laboral: a profissionalização dos administradores?*, MaiaJuridica, Revista de Direito, Janeiro-Junho 2007

Ventura, Raul Jorge Rodrigues

- *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo : comentário ao código das sociedades comerciais*, Almedina, 1994

- *Sociedades Comerciais: dissolução e liquidação*, Edições Atica, 1960

- *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, Estudo de Direito Privado, Imprensa Portuguesa, 1944

Índice

Resumo	3
Abreviaturas	5
Introdução	6
PARTE I - O Instituto da Comissão de Serviço	7
PARTE II - Comissão de Serviço em cargos de administração ou equivalente	10
Capítulo I	
Natureza jurídica da relação da administração societária	10
1. Inadmissibilidade do exercício de comissão de serviço por parte de administradores societários:.....	11
2. Admissibilidade do exercício de comissão de serviço por parte de administradores societários:.....	20
Capítulo II	
Propostas de articulação do regime jurídico-laboral e societário	25
PARTE III - A problemática da cessação da comissão de serviço	29
Capítulo I	
Efeitos da cessação na comissão de serviço interna	30
Capítulo II	
Efeitos da cessação na comissão de serviço externa	31
2.1. Pela inconstitucionalidade do artigo 164º n.º 1, alínea c):	34
2.2. Pela constitucionalidade do artigo 164º n.º 1, alínea c):	36
Capítulo III	
O regime especial de denúncia da comissão de serviço	42
Capítulo IV	
Regime da compensação pela cessação da comissão de serviço	46
Capítulo V	
Outras formas de cessação	48
Capítulo VI	
A problemática do artigo 398º n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais	50

1.Com o entendimento pela inconstitucionalidade da norma:	53
2. Com o entendimento pela constitucionalidade da norma:	55
Conclusão	61