

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 4

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2009

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Profa. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

COORDENAÇÃO: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 4 (janeiro/junho 2009)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**DIRETOR ESTATUTÁRIO X DIRETOR
EMPREGADO: O REGIME JURÍDICO DO DIRETOR
DA SOCIEDADE ANÔNIMA**

**NON EMPLOYEE DIRECTOR X EMPLOYEE DIRECTOR:
LEGAL ASPECTS OF COMPANY DIRECTORS**

*Sérgio Campinho
Mariana Pinto*

Resumo: O artigo tem por escopo apresentar estudo sobre o regime jurídico do diretor da sociedade anônima, confrontando as figuras do diretor estatutário e do diretor empregado. No desenvolvimento do tema, preliminarmente, são expostas as diversas correntes de opinião formuladas no âmbito das doutrinas trabalhista e comercialista, promovendo-se, ainda, a abordagem do direito concreto manifestado pela construção pretoriana. Posta a divergência temática, propõem os autores uma resposta à questão central do trabalho: como enquadrar, com segurança e coerência sistemática, os diretores de sociedade anônima, tenham eles ou não vínculo trabalhista prévio com a companhia.

Palavras-chave: Sociedade Anônima. Diretor Estatutário. Diretor Empregado. Regime Jurídico. Enquadramento. Subordinação. Verbetes nº. 269, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho.

Abstract: This article features a study over legal aspects of company directors, confronting both figures non employee directors against employee directors. Preliminary will be shown a school of

opinion among labor and commercial law doctrines presenting an overview of legal cases brought to Superior Courts. Disclosure divergent views of the theme, the authors give an answer about its main issue: how to put, in a safety and coherent way, the company directors with or without previous labor contract.

Keywords: Company. Non Employee Director. Employee Director. Legal Aspects. Settlement. Subordination.

Sumário: I — Introdução. II — A Administração da Companhia. III — A Diretoria como Órgão da Companhia. IV — O Regime Jurídico dos Diretores. V — Conclusão. VI — Bibliografia.

I — Introdução

De há muito a qualificação do vínculo que une o diretor à sociedade anônima vem despertando os interesses doutrinário e pretoriano. Sendo ele enquadrado como *diretor estatutário*, a sua vinculação com a companhia será estritamente societária. Todavia, vindo a ser considerado *diretor empregado*, manterá com a pessoa jurídica uma relação de natureza trabalhista, merecedora do tratamento assegurado pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A polêmica causada pela matéria — que traduz uma clara interseção entre os Direitos Comercial e do Trabalho — não fica restrita ao Direito Brasileiro¹.

1 No Direito Alemão, como sustenta Ulrich Preis, o cargo de direção (*Organstellung*) dentro de uma sociedade anônima (*Aktiengesellschaft*) é baseado em uma relação contratual entre a companhia e o terceiro que se torna diretor. E este contrato pode ganhar também feições trabalhistas, traduzindo, pois, um contrato de trabalho. A relação de trabalho (*Anstellungsverhältnis*) pode ser então, ainda que excepcionalmente, qualificada como relação de emprego (*Arbeitsverhältnis*) se o empregado (*Arbeitsnehmer*) passar a ocupar o cargo de diretor e se verificar a continuidade da relação típica de subordinação trabalhista. O Tribunal Federal do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*) reconhece, ainda, como válida a celebração de contrato de emprego entre a companhia e um de seus sócios. Todavia, caso este não seja subordinado àquela, não restará configurada relação típica de emprego (DIETERICH, Thomas; et. al. (Org.). *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 7ª ed. München: Beck, 2007, pp. 1.421/1.422).

II — A Administração da Companhia

A Lei nº. 6.404/76 veio introduzir, no Direito Societário Brasileiro, dois sistemas de estruturação administrativa da sociedade anônima: o monista e o dualista. Até então, a Lei do Anonimato adotava o sistema monista, prevendo, assim, a assembléia geral como órgão único de fiscalização, supervisão e controle dos atos de gestão empresarial. No sistema dualista convivem dois órgãos que repartem essas funções ou atribuições: a assembléia geral dos acionistas e o conselho de administração.

Consoante dispõe o artigo 138, da Lei nº. 6.404/76, a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao

No Direito Espanhol, Manuel Alonso Olea e Maria Emilia Casas Baamonde analisam a questão sob três óticas. Primeiramente, ressaltam que os *administradores y consejeros* são as pessoas físicas que encarnam os órgãos da pessoa jurídica e mantêm com o empresário (que, na hipótese, é uma sociedade) uma relação derivada de sua representação, normalmente conforme o estatuto social, na qual a exclusão da aplicação das normas laborais vem imposta por não existir contrato de trabalho. O *alto directivo* é composto por aqueles trabalhadores que exercem poderes inerentes à titularidade da sociedade e vinculados aos seus objetivos gerais, poderes estes que devem ser exercidos com autonomia e plena responsabilidade, limitadas, apenas, pelos critérios e instruções diretivas emanadas do “dono” da sociedade ou dos órgãos do governo de onde se localiza a sua sede. Segundo asseveram os referenciados autores, a razão da antiga exclusão e da atual consideração do trabalhador de alta direção como “trabalhador especial” advém da peculiar relação de confiança que o liga ao empresário, que torna difícil a aplicação de normas comuns do contrato de trabalho, especialmente a de sua extinção, porque são precisamente os interesses empresariais os confiados ao *alto directivo* no seio da sociedade. Por fim, o *directivo de régimen común* seria o trabalhador, normalmente intelectual, altamente qualificado, com poder na sociedade, embora não alto (no sentido exposto quando da análise do *alto directivo*), ao qual se aplica o regime laboral comum, ou seja, estão sujeitos à legislação trabalhista. Aduzem, ainda, que uma mesma pessoa pode ostentar as qualidades de conselheiro e trabalhador comum (e também as de conselheiro e trabalhador de alta direção, caso relativamente freqüente do chamado ‘*consejero delegado*’); em tais casos, sob as influências do antigo entendimento pretoriano (segundo o qual a que prepondera é a primeira circunstância), o regramento atual impõe a separação das qualidades concorrentes para manter incólume e em regime trabalhista a do trabalhador comum (e, se for o caso, a do trabalhador especial de alta direção), solução que também conta com precedentes jurisprudenciais. Contudo, se se eleva a conselheiro sem pacto de reserva da condição anterior de trabalhador, o caminho é o contrário (*Derecho del Trabajo*, 11ª ed. Madrid: Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Seccion de Publicaciones, 1989, p. 64/70).

conselho de administração e à diretoria, ou somente a esta. Uma primeira leitura do texto normativo poderia trazer a idéia de que a lei, consagrando um sistema de liberdade absoluta de decisão dos acionistas, daria a eles a opção de adotarem qualquer dos dois sistemas de administração. Mas não é bem assim. O modelo dualista faz-se obrigatório para as companhias de capital aberto; para aquelas que, embora de capital fechado, adotem o regime de capital autorizado; bem como para as sociedades de economia mista (§2º, do artigo 138 e artigo 239, ambos da Lei nº. 6.404/76). Essas regras são, destarte, de ordem pública, razão pela qual não admitem derrogação por parte dos acionistas.

O conselho de administração, quando presente na organicidade social, seja por opção dos acionistas, seja por imposição legal, executará funções deliberativas e de ordenação interna da companhia, dentre as quais estão compreendidas as de fixação da orientação geral dos negócios da sociedade, bem como as de cunho fiscalizatório dos atos da diretoria. Constitui-se em um órgão de deliberação colegiada, não desempenhando seus membros funções distintas. Atua, pois, em bloco, sendo suas decisões tomadas por maioria de votos. Situa-se, assim, em posição intermediária entre a assembléia geral dos acionistas — a quem cabe a nomeação e a destituição de seus membros — e a diretoria.

A diretoria, por sua vez, revela o poder executivo da companhia. Exerce, em caráter permanente, os poderes de direção e representação da sociedade anônima. De sua idoneidade e eficiência depende o êxito da empresa.

É a diretoria composta por dois ou mais diretores, pessoas naturais, eleitos e destituíveis, a qualquer tempo, pelo conselho de administração e, caso este inexistir, pela assembléia geral. Não se exige aos diretores a condição de acionista, eis que a referenciada função requer, prioritariamente, capacitação técnica para exercê-la.

Os diretores, ao contrário dos conselheiros de administração, atuam isoladamente, segundo as suas atribuições e poderes, os quais

devem ser sempre exercidos de forma harmônica, visando ao benefício e aos interesses da companhia. É facultado, todavia, estabelecer no estatuto que certas decisões de competência do aludido órgão serão tomadas de modo colegiado, em reunião de diretoria. Nesse caso, a deliberação se dará por maioria de votos.

Por desempenhar um poder executivo, a representação da companhia é sempre privativa dos integrantes da diretoria. Não definindo o estatuto as atribuições de cada diretor, nem tendo o conselho de administração, se existente, fixado-as, competirá a qualquer diretor a representação da sociedade e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

Permite-se, entretanto, que os diretores, nos limites de suas atribuições e poderes, constituam mandatários em nome da companhia, devendo ser especificados, no instrumento do mandato, os atos e operações que os procuradores poderão praticar, bem como a sua duração, admitindo-se a outorga por prazo indeterminado apenas nos mandatos judiciais.

É ilegal, portanto, a prática de os diretores constituírem, em nome próprio, mandatários que os representem e os substituam no exercício de suas funções. O que a lei permite é que a sociedade, por intermédio de seus diretores, constitua mandatários para a realização de atos devidamente especificados no respectivo instrumento de mandato. Trata-se, portanto, de mandatário da sociedade, em cujo nome é constituído, e não do diretor que subscreve a procuração.

As funções dos administradores da companhia (membros do conselho de administração e da diretoria), por prescrição legal, são indelegáveis (artigo 139, da Lei nº. 6.404/76). Suas atribuições e poderes não podem, portanto, ser outorgados a outros órgãos criados pela lei ou pelo estatuto².

2 Ainda à luz do Decreto-Lei nº. 2.627/40, Carvalho de Mendonça sustentava que “os poderes substanciais confiados por lei a cada um dos três órgãos acima enumerados [assembleia geral, administração e conselho fiscal], não podem ser suprimidos nem reduzidos pelos estatutos. A

Dessa feita, por mais que haja, de fato, uma *subordinação de órgãos*, não há que se cogitar da existência de uma *subordinação funcional* de pleno direito entre os membros da diretoria e os do conselho de administração. Em outros termos, a subordinação existente entre os órgãos da companhia não se confunde com uma pretensa *subordinação funcional pleno iure* entre os integrantes da diretoria e do conselho de administração. No mais, a *subordinação de órgãos*³, em si considerada, não se identifica com a subordinação caracterizadora do vínculo trabalhista (artigo 3º, da CLT). Esta poderá se materializar caso ocorra, na vida prática da sociedade, uma subordinação funcional hierárquica de fato dos membros da diretoria a outros órgãos sociais.

III — A Diretoria como Órgão da Companhia

Por muito tempo, prevaleceu no direito societário a visão contratualista da relação que se estabelece entre os diretores da companhia e a própria sociedade. Nesse cenário traçado, eram eles considerados ora prestadores de serviços, ora representantes legais ou mandatários da pessoa jurídica.

Ante a absoluta inadequação da teoria contratualista, culminou a mesma por ceder espaço à teoria organicista, segundo a qual

lei os distribuiu com caráter imperativo. Não se poderia, por exemplo, confiar ao conselho fiscal a aprovação das contas, nem à diretoria a fiscalização de si própria ou a faculdade de modificar os estatutos” (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. IV, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, pp. 8/9).

3 Ao analisar o “tipo de subordinação que envolve o diretor”, Fábio Ulhoa Coelho salienta que “é inegável que o membro da diretoria está submetido seja ao conselho de administração, seja à assembléia geral, uma vez que esses outros órgãos detêm o poder de o destituir do cargo a qualquer tempo”. E, adiante, conclui que “a subordinação entre os órgãos societários tem natureza diversa daqueloutra que caracteriza o vínculo empregatício. Entre os membros da diretoria e os órgãos superiores da companhia (conselho de administração, se houver, e assembléia geral, sempre) verifica-se subordinação *de órgão para órgão* (dependência societária), e não *pessoal* (dependência trabalhista)” (*Curso de Direito Comercial*, v. 2, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 243/244).

os administradores são meio de exteriorização da capacidade jurídica da sociedade. Não atuam, assim, como simples representantes da pessoa jurídica. São mais do que isso. Enquanto titulares de um órgão de administração, apresentam⁴ a companhia, ou seja, fazem presente a vontade da pessoa jurídica. Desse modo, quando a sociedade age por meio de seus administradores é ela própria quem manifesta a sua vontade na realização dos atos que venha a praticar. Não se estabelece, pois, entre os diretores e a companhia uma relação de contrato, independentemente de serem eleitos pela assembleia geral ou pelo conselho de administração.

A nomeação traduz ato jurídico unilateral, por meio do qual se atribui aos diretores a qualidade de órgãos da sociedade, valendo mencionar que a eficácia da referida atribuição fica condicionada à aceitação pessoal da nomeação por parte de cada nomeado. Uma vez concretizada, passam os integrantes deste órgão executivo a realizar funções indelegáveis, fato que afasta a concepção equivocada da existência de uma *subordinação funcional pleno iure* de seus integrantes a outro órgão social.

Se, como pretendem alguns sustentar, os diretores estivessem subordinados⁵ de pleno direito aos membros do conselho de administração, quando existente, estes deveriam estar aptos a acumularem as funções e atribuições daqueles, pois, como curial em matéria de exegese, quem pode o mais pode o menos. A própria indelegabilidade das atribuições e dos poderes de cada órgão⁶, enfatize-se, evidencia a ausência de *subordinação funcional* de pleno direito entre os órgãos da sociedade anônima.

4 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 384.

5 Continuamos tratando da *subordinação funcional*.

6 Ao cuidar da indelegabilidade de funções Modesto Carvalhosa chama atenção para o fato de que “não pode o Conselho de Administração, no caso de vacância de cargos na diretoria, assumir provisoriamente, ou seja, até a próxima reunião do órgão, poderes de execução administrativa e de representação da companhia” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43).

Com efeito, quando a lei estabelece que cada órgão da sociedade titulariza funções e atribuições próprias (artigo 139 e §7º, do artigo 163, ambos da Lei nº. 6.404/76) sem a intervenção de outros órgãos, quer manter incólume o equilíbrio interno que deve existir na estrutura social, sem o qual a sociedade não prospera, e evitar uma sobreposição organizacional⁷. No caso da diretoria, essa autonomia funcional, por lei assegurada, repousa justamente no fato de não serem os diretores sociais meros mandatários dos sócios ou da própria sociedade e sim por corporificarem a própria companhia ao atuarem no desempenho de suas competências.

IV — O Regime Jurídico dos Diretores

Como ressaltamos na introdução deste trabalho, não é de hoje que se discute a qualificação do vínculo que une o diretor e a companhia, mormente quando se está diante de empregado que é chamado a ocupar o referenciado cargo de administração.

Em 1950, por ocasião do julgamento, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº. 13.117/SP, o Ministro Relator Lafayette de Andrada, assim enunciava a questão⁸:

7 Nas palavras de Modesto Carvalhosa, “o direito societário absorveu o princípio da indelegabilidade do direito constitucional, visando exatamente a estabelecer os pesos e contrapesos que permitem instituir o controle da legitimidade do exercício de competência de seus órgãos” (*ob. cit.*, p. 40).

8 O aludido julgamento ocorreu no dia 16.05.1950. A decisão foi proferida por unanimidade e o acórdão em comento veio assim ementado: “Empregado eleito diretor da empresa. Decisão de que deixando o cargo da diretoria volta ao exercício anterior. Salários atrasados. Exame de fatos. Não conhecimento dos recursos”. Ante a relevância histórica da decisão em tela, cumpre mencionar, em síntese, que o reclamante fora contratado como contador da reclamada em 22.03.1922, tendo sido nomeado diretor da sociedade em 11.06.1934. Em 05.01.1945, por não concordar com a orientação de um colega de diretoria, renunciou o cargo de diretor com o escopo de voltar, como empregado, a ser contador da companhia, a qual o despediu, sob o argumento de que “aceitando a comissão consistente em eleição para o cargo de diretor, havia o reclamante renunciado à situação de empregado”. Consoante relatado no corpo da decisão, o juízo *a quo* considerando que “o fato do empregado aceitar cargo eletivo de administração

Insurge-se o recorrente [a reclamada] contra a solução dada pelo Tribunal Superior do Trabalho a seguinte tese: “eleito diretor, perde o empregado de sociedade anônima a sua qualidade de empregado?” (...)

De fato, se analisarmos o problema sob o aspecto formal, como no substancial, verificaremos que não há razão alguma de ordem moral, jurídica ou social que determine a perda da condição de empregado para aquele que foi chamado a fazer parte da diretoria. Seria profundamente injusto se tal ocorresse, já pelo lado humano, como também porque subsiste o contrato de trabalho, se quisermos distinguir entre a pessoa jurídica da sociedade e a pessoa física do empregado eleito diretor. Ainda aqui vencerá o princípio da continuidade do contrato de trabalho, acolhido há muito pelas decisões de nossos tribunais, em face das transformações jurídicas das empresas.

Na evolução do tema, quanto aos casos em que se verifica a existência de vínculo de emprego prévio entre aquele que é eleito diretor e a sociedade, pode ser identificada na doutrina trabalhista a existência de quatro posicionamentos distintos⁹.

ou gerência não importa em automática rescisão de seu contrato de trabalho, salvo proibição expressa na lei ou nos estatutos sociais (...), ficando em suspenso a subordinação do empregado enquanto exerce poderes de administração, aplicou o artigo 496, convertendo a reintegração em indenização tendo em vista a incompatibilidade reconhecida por ambas as partes”. Por fim, cumpre destacar que a tese da reclamada baseava-se no argumento consoante o qual “o diretor de uma sociedade anônima não poderá ser considerado empregado da mesma, não sendo admissível essa figura híbrida de empregado-empregador”.

9 Sérgio Pinto Martins aponta a existência de duas teorias, as quais se desdobrariam nas quatro correntes por nós mencionadas. Eis o seu texto: “no Direito do Trabalho podemos dizer que existem duas teorias para justificar a situação em que se encontra o diretor da empresa, embora sejam encontrados os seus desdobramentos: a primeira considera o diretor um mandatário da sociedade, não gozando este de quaisquer direitos trabalhistas, mas de vantagens estatutárias; a segunda, em que o diretor é um verdadeiro empregado, subordinado aos dirigentes máximos da empresa e até mesmo ao Conselho de Administração, nas sociedades que o possuem. (...) Se o empregado for eleito diretor da empresa, são encontradas quatro orientações para justificar a sua situação na sociedade: (a) há a extinção do contrato de trabalho; (b) há a suspensão do contrato de trabalho; (c) há a interrupção do contrato de trabalho; (d) não se altera a situação jurídica do empregado eleito para o cargo de diretor (*Direito do Trabalho*, 19^a ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 178). Maurício Godinho Delgado, ao tratar do tema em comentário, também enumera

Como chegou a sustentar Mozart Victor Russomano, em posição originalmente defendida¹⁰, a elevação do empregado ao patamar efetivo de diretor provoca a extinção de seu antigo contrato empregatício, dada a incompatibilidade dos cargos e funções.

Para uma segunda corrente, a alteração qualitativa no *status* da pessoa física do empregado que passa a diretor não culmina na extinção do vínculo precedente. Todavia, a incompatibilidade de situações jurídicas provoca a suspensão do contrato de trabalho. São adeptos desta tese Délio Maranhão e Luiz Inácio B. Carvalho¹¹, Amauri Mascaro Nascimento¹², Alice Monteiro de Barros¹³, além de Arnaldo

estes quatro posicionamentos doutrinários (*Curso de Direito do Trabalho*, 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2006, pp. 359/361).

10 Argumentava que “se a investidura foi permanente, é preciso que se haja de entender ter sido extinto o contrato anterior, para que se abstraia dos direitos que adquirira ou viria a adquirir” (*O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º v., 4ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1965, p. 121). Anos depois, o referenciado autor filiou-se à corrente que trataremos a seguir, consoante a qual o contrato de trabalho resta suspenso. Senão, vejamos: “Um dos pontos que têm provocado profundas divergências nas decisões da Justiça do Trabalho em geral e do Tribunal Superior em particular é a *condição jurídica do empregado eleito para o cargo de diretor de sociedade anônima*. Três são as posições que vêm sendo sustentadas a propósito: a) A primeira — mais drástica — parte do princípio de que o empregado que aceita sua eleição para cargo de diretor da sociedade anônima renuncia à condição de empregado, operando-se, por isso, a *extinção* do contrato de trabalho. (...) A jurisprudência e a doutrina abandonaram esta primeira posição, que nós próprios defendemos em outras oportunidades. (...) Nós nos temos manifestado em favor da idéia de que — não tendo havido rescisão formal do contrato em decorrência da eleição para diretor da sociedade anônima — o exercício desse cargo *suspende* o contrato (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 18/19).

11 MARANHÃO, Délio & CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 74.

12 Eis as suas palavras: “o contrato do empregado eleito diretor é suspenso durante a vigência de seu mandato? Sim, quando expresso na ata da assembléia que deliberou sobre a suspensão do contrato de trabalho e eleição para o cargo estatutário da diretoria e desde que neste o diretor passe a ter atribuições diferentes daquelas que vinha exercendo como empregado. Na Carteira de Trabalho e Previdência Social deve ser anotada a suspensão. (...) Quando não consta da ata de assembléia de eleição a suspensão do contrato de trabalho, a empresa fica sem prova de que houve essa suspensão. Ainda que venha a constar da ata, mas desde que o diretor continue a exercer as mesmas funções que vinha cumprindo como empregado, fica

Sussekind, o qual sustenta¹⁴ que “as condições de órgão da pessoa jurídica e de empregado do mesmo sujeito de direito são, lógica e juridicamente excludentes: ‘*burlent de se trouver ensemble*’¹⁵. E ao tratar especificamente da incompatibilidade entre a função de diretor e o exercício de emprego, aduz o ilustre jurista¹⁶:

O bom senso e a lógica jurídica evidenciam que a mesma pessoa física não pode exercer o poder de comando, característico da figura do empregador, e permanecer juridicamente subordinado a esse poder, que se objetiva nos poderes diretivo e disciplinar. (...)

Destarte, ou se acolhe a tese da suspensão do contrato de trabalho ou se entende, como o faz Renato Corrado, que: “A relação de subordinação originária, em conseqüência da nomeação para o cargo de administrador, não se suspende, mas é dissolvida para dar lugar a uma colaboração autônoma, ainda que possa vir a ser restaurada” (*Trattado di Diritto del Lavoro*, Torino, vol. II, 1966, pp. 343/344).

Ainda no que tange a esta segunda corrente, esclarece Délio Maranhão¹⁷ que “não há como computar o tempo em que o empre-

prejudicada a suspensão do contrato diante da continuidade das mesmas condições de trabalho anteriores. A tendência da Justiça do Trabalho, nesses casos, é declarar que não houve, de fato, suspensão do contrato de trabalho” (*Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho — relações individuais e coletivas do trabalho*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 613/614).

13 Confira-se: *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 254.

14 *Empregado de S.A. Eleito Diretor* in Revista Forense, v. 339, julho-agosto-setembro de 1997. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 49/52, encontrado, ainda, em www.chermontdebritto.adv.br/ingles/paginas/material_juridico/empregado_diretor.htm (acessado em 11.04.2009). No referenciado artigo o autor faz menção a parecer elaborado em co-autoria com Délio Maranhão, o qual, como já ressaltamos, partilha do mesmo entendimento (*Pareceres sobre Direito do Trabalho e Previdência Social*, v. III. São Paulo: LTr, 1973, pp. 79/90).

15 Em tradução livre: “urram por se encontrarem juntas”.

16 *Ob. cit.* (1997), pp. 50/51.

17 SUSSEKIND, Arnaldo... [et. al.]. Outros autores: Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. I, 22ª ed. atualizada por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005, p. 321.

gado *não podia ser empregado*. (...) Aliás, na hipótese de suspensão, o respectivo período, de regra, não é computável como tempo de serviço, salvo expressa exceção”.¹⁸

Uma terceira corrente, que encontra como adepto Evaristo de Moraes Filho¹⁹, com fulcro em contestável exegese do artigo 499²⁰, da CLT, baseia-se na existência de mera interrupção da prestação de serviços, sendo o período despendido na diretoria computado no tempo de serviço do empregado.²¹

18 Refere-se o autor à permanência de subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

19 *Pareceres de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, pp. 75/97 e 171/180.

20 Art. 499 — Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais. §1º — Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado. §2º — Ao empregado despedido sem justa causa, que só tenha exercido cargo de confiança e que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa, é garantida a indenização proporcional ao tempo de serviço nos termos dos arts. 477 e 478. §3º — A despedida que se verificar com o fim de obstar ao empregado a aquisição de estabilidade sujeitará o empregador a pagamento em dobro da indenização prescrita nos arts. 477 e 478.

21 Tal posicionamento é combatido com veemência por Arnaldo Sussekind, *litteris*: “há os que consideram que o preceituado no art. 499 da CLT pode fundamentar a tese da simples interrupção remunerada da prestação de serviços do empregado eleito diretor da sociedade anônima. Que diz esse dispositivo? Simplesmente que: ‘não haverá estabilidade no exercício de cargo de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais’. Como se vê, o artigo diz respeito à inexistência de estabilidade no exercício, pelo empregado, como empregado (sem o que não teria sentido, nem razão de ser), de certos cargos. Por isso, está no artigo, com todas as letras, que esses cargos devem ser de confiança imediata do empregador. Que tem isso a ver com a eleição para a diretoria de sociedade anônima? Atingiria às raízes do ridículo supor que o legislador trabalhista precisasse dizer que o diretor de sociedade anônima, no exercício desse cargo, não adquire estabilidade... Esquecem os ‘construtores’ do aludido entendimento — escrevemos no mencionado parecer — ao invocar o art. 499 da CLT, ‘que o cargo de diretor pode existir nas sociedades civis e até mesmo nas empresas de empregador em nome individual. E de que, aí sim, tratar-se-á de diretor-empregado, exercendo cargo de confiança do empregador, e que, como empregado, no exercício desse cargo, não adquire estabilidade. Não é possível, portanto, na conformidade do Direito e do simples bom-senso, confundir essa hipótese, da qual, logicamente, cogita o art. 499 da CLT, com a eleição para o cargo de órgão da sociedade anônima, matéria, inclusive, estranha ao Direito do Trabalho’ (*ob. cit.*, p. 104)” (*ob. cit.* — 1997 — p. 51).

Uma quarta corrente, oriunda da posição defendida por José Antero de Carvalho²² e Octávio Bueno Magano²³, postula que a nomeação para o cargo de diretor não altera a situação jurídica do empregado, o qual continua, como tal, a desfrutar dos direitos inerentes a essa condição. Para eles, somente se o diretor for considerado “dono do negócio” ou acionista controlador é que não será empregado.

Para chegar a esta conclusão, Bueno Magano ampara-se na seguinte assertiva: essa condição estável de empregado decorre da subordinação que o diretor tem em relação aos acionistas integrantes do conselho de administração da companhia²⁴. Basta, pois, em seu entender, haver conselho de administração para restar caracterizada a existência de subordinação da diretoria àquele órgão e, por conseguinte, de vínculo de emprego a unir a sociedade e seus diretores.²⁵

22 *Diretor, CLT, FGTS, Previdência e a Mensagem nº. 25/1981* in Revista de Direito do Trabalho, nº. 33, setembro-outubro de 1981. São Paulo, 1982, pp. 43/51.

23 *Manual de Direito do Trabalho: Direito Individual do Trabalho*, v. II. São Paulo: LTr, 1980, pp. 117/118.

24 “Como homens de trabalho, subordinados ao conselho de administração, que os pode destituir a qualquer tempo, hão de ser necessariamente os diretores classificados como empregados, já que a subordinação é o traço característico do contrato de trabalho” (*ob. cit.*, p. 119). Eis aqui reconhecida pelo mencionado doutrinador o que denominamos de “subordinação funcional”.

25 Mas essa linha de raciocínio, cumpre desde já anotar, deixa a desejar. A uma, porque, conforme desenvolvemos no item III, *supra*, o simples fato de a lei estabelecer que cada órgão da sociedade titulariza funções e atribuições próprias (artigo 139 e §7º, do artigo 163, ambos da Lei nº. 6.404/76) e, portando, indelegáveis afasta esta equivocada concepção de *subordinação funcional pleno iure*. A duas, porque, como bem ressalta Fábio Ulhoa Coelho (*ob. cit.*, p. 242), a aludida “tese não esclarece, contudo, a situação do diretor de companhia estruturada pelo sistema monista”. Em outras palavras, caso estivéssemos diante de uma companhia de capital fechado, sem o regime de capital autorizado, a qual não tivesse optado pela adoção do conselho de administração como órgão, em que pilares se embasaria a referenciada tese? A quem os diretores estariam subordinados? Estariam os mesmos, neste caso, subordinados à assembléia geral, a qual traduziria órgão único de fiscalização, supervisão e controle dos atos de gestão empresarial? Ou seriam os mesmos considerados diretores estatutários? Amauri Mascaro Nascimento comunga de entendimento semelhante ao por nós aqui sustentado: “segundo decidem alguns juízes, esse aspecto, o Conselho como órgão da sociedade, é suficiente para caracterizar a subordinação à empresa, uma vez que o diretor está adstrito a seguir as diretrizes

Em meio a essa pluralidade de posicionamentos, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o seu entendimento — o qual se harmoniza com a tese defendida pela segunda corrente *supra* mencionada — através da edição do enunciado nº. 269 de sua súmula, o qual dispõe:

Diretor Eleito. Cômputo do Período como Tempo de Serviço. O Empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

Todavia, como salta aos olhos, o enunciado, seguindo o mesmo curso da matéria posicionada na doutrina trabalhista, não contempla a hipótese em que o diretor não tenha prévio vínculo de emprego com a companhia.

por ele estabelecidas. Não nos parece assim, sabendo-se que o Conselho de Administração da sociedade anônima não é um órgão subordinante de empregados, mas de definição das políticas da empresa como deixa claro a legislação específica” (*ob. cit.*, p. 616). Sérgio Pinto Martins, por seu turno, também manifesta a sua discordância em relação à *subordinação funcional pleno iure*. Após salientar que “à primeira vista” verifica-se “que os diretores podem ser destituídos *ad nutum* pelo Conselho de Administração (art. 143), o que importaria dizer que haveria subordinação do diretor ao conselho de administração, como órgão intermediário entre a assembléia geral e a diretoria que exerce controle sobre os atos dos diretores” conclui, adiante, que “o fato de o diretor estar sujeito a determinações do Conselho de Administração ou à Assembléia Geral não o torna empregado, pois a sujeição ocorre em relação a órgãos da sociedade e não a pessoas” (*ob. cit.*, pp. 179/180). Outro não é o entendimento de Mozart Victor Russomano, o qual aduz que “no modelo dualista de administração, a subordinação existente entre a Diretoria e o Conselho de Administração é meramente societária e, portanto, inexistente relação de emprego também” (*O Empregado e o Empregador no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978, pp. 116/119 *apud* CALVO, Adriana. *Diretor de Sociedade Anônima: Patrão — Empregado?* São Paulo: LTr, 2006, p. 61). Contrariamente a esta *subordinação funcional pleno iure* também já entendeu a Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, quando do julgamento do Recurso de Revista nº. 412290/1997 de Relatoria do Ministro José Luiz Vasconcellos, julgado à unanimidade, em 11.04.2000, assim ementado: “Diretor. Sociedade anônima. Vínculo empregatício. Sendo o reclamante diretor de sociedade anônima, eleito na forma da lei e ‘subordinado’ tão-somente ao Conselho Administrativo, não é empregado. Recurso de Revista conhecido e provido”.

Dentre os comercialistas, a matéria também não se encontra uniformemente disposta.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo²⁶ não considera de direito do trabalho o vínculo estabelecido entre o diretor e a companhia, porquanto “o contrato de trabalho exige um vínculo de subordinação, e esta não se afina com as características das atribuições dos administradores de sociedades anônimas”. Ressalta, ainda, que o administrador deve agir “de acordo com sua convicção pessoal e os interesses da companhia, responsabilizando-se, é claro, pelos atos praticados, quando for o caso”.

Fábio Ulhoa Coelho²⁷, por seu turno, assevera:

(...) se a hipótese é de antigo empregado eleito para a diretoria, deve-se presumir a continuidade da subordinação empregatícia; se, no entanto, o primeiro e único contrato entre a companhia e o diretor foi já para integrar a diretoria, deve-se presumir o inverso, quer dizer, a ausência daquela forma pessoal de subordinação.

Tavares Borba²⁸, após ressaltar que “as relações entre a sociedade e seus administradores apresentam natureza comercial e não trabalhista” culmina por filiar-se àqueles que defendem a suspensão do contrato de trabalho ao aduzir que “os chamados diretores empregados, ou seja, os empregados que se elevam à posição de diretores²⁹, têm o contrato de trabalho suspenso quando exercem funções de diretores. Todavia, se ao empregado, mesmo enquanto diretor, são asseguradas as condições de seu contrato de trabalho, mantém-se, a toda evidência, uma relação trabalhista”.

26 *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 45.

27 *Ob. cit.*, p. 244.

28 *Direito Societário*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 419.

29 Neste trabalho, a expressão “diretor empregado” é utilizada quando almejamos nos referir aos diretores que são enquadrados como empregados, os quais merecem, pois, o tratamento assegurado pela CLT.

A tese da suspensão do contrato de trabalho ganha, ainda, como adepto Modesto Carvalhosa³⁰, o qual sustenta que “sendo o empregado eleito diretor, o vínculo de emprego permanece, ficando suspensos os efeitos do contrato de trabalho durante todo o seu mandato”.

Lamy Filho e Bulhões Pedreira³¹, autores do anteprojeto da Lei nº. 6.404/76, sustentavam que o empregado nomeado diretor teria o seu contrato de trabalho interrompido:

O empregado da companhia eleito para o cargo de administrador, sem contrato de trabalho que discipline a hipótese — e se o Estatuto nada dispuser a respeito, e a deliberação da Assembléia Geral que o eleger for omissa sobre o assunto — ao aceitar as funções, passa a fazer jus à remuneração nas condições vigorantes para os demais administradores; seu contrato de trabalho entende-se interrompido, tendo direito a reverter ao cargo efetivo quando deixar o exercício da função, e à contagem desse tempo para todos os efeitos legais, menos o da estabilidade (art. 499, da CLT).

Uma vez expostas as diversas correntes de opinião acerca do tema, cumpre-nos responder à seguinte questão: como enquadrar, com segurança e coerência sistemática, os diretores de uma sociedade anônima, tenham eles ou não vínculo trabalhista prévio com a companhia?

Como a própria indagação denuncia, mister se faz repartir a análise da questão em dois cenários: (i) o diretor era empregado da sociedade; e (ii) o diretor não possuía vínculo de emprego com a companhia.

Tendo o diretor vínculo trabalhista precedente com a pessoa jurídica, impõe-se bifurcar mais uma vez a análise, verificando se os

30 *Ob. cit.*, p. 165.

31 *A Lei das S.A.*, v. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 403.

direitos ostentados pelo mesmo antes da assunção do cargo de diretor foram mantidos ou não.

Caso se constate, na hipótese concreta, que os seus direitos foram preservados, ainda que não totalmente, mas em sua substancial maioria, não há que se cogitar da suspensão do contrato de trabalho, ou seja, o diretor continua sendo empregado da sociedade, mantendo-se inalterada a relação trabalhista. Este foi o escorreito entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 100.531-9/SP, de relatoria do Ministro Soares Muñoz, cujo acórdão veio assim ementado³²:

SOCIEDADE ANÔNIMA. DIRETOR. Empregado de Sociedade Anônima eleito Diretor-Presidente e a quem a empresa assegurou todos os direitos trabalhistas decorrentes do vínculo empregatício. Competência da Justiça do Trabalho para julgar a ação de cobrança movida pela sociedade contra o seu ex-Diretor, exigindo-lhe o numerário recebido como adiantamento anteriormente à renúncia do cargo. Recurso extraordinário de que não se conhece.

Contudo, se os aludidos direitos não tiverem sido mantidos, tendo o diretor passado a receber honorários e outros benefícios próprios dos diretores da companhia (definidos no estatuto ou pela assembléia geral) ou, ainda, característicos de um tratamento geral conferido à diretoria da sociedade, em princípio, não se verifica a manutenção do vínculo trabalhista, estando o contrato de trabalho suspenso, por força do prefalado enunciado nº. 269, da súmula do TST. Mas, esta conclusão — ao contrário daquela mencionada no parágrafo imediatamente anterior — não é absoluta. Faz-se necessário investi-

32 O aludido julgamento ocorreu no dia 09.09.1983. A decisão foi proferida por unanimidade e, em seu voto, o Ministro Relator Soares Muñoz consignou que “realmente, o recorrido [ex-diretor da sociedade recorrente], quando foi designado Presidente da recorrente, era seu empregado e conservou a relação empregatícia, de conformidade com o que lhe foi assegurado pela empregadora em documento inequívoco”.

gar a eventual presença de subordinação, como a parte final do próprio verbete preconiza.

Ao tratar especificamente da subordinação caracterizadora do vínculo de emprego, ressalta Sérgio Pinto Martins³³:

Mais se aproxima o diretor da condição de empregado se verificado o requisito subordinação. É o caso de o diretor ter horário fixo para trabalhar, ser controlado pelo empregador por intermédio de cartão de ponto, livro de ponto ou folha de ponto.

Estando o “diretor” obrigado a cumprir ordens de serviço dos superiores, sofrendo fiscalização, penalidades e advertências, estará evidenciada a relação de emprego. O diretor subordinado à presidência, ou à vice-presidência ou a diretor superintendente da empresa, que praticamente decide tudo e a quem presta contas, não lhe dando margem a qualquer decisão, é um verdadeiro empregado. (...)

Quando o diretor é recrutado do quadro de funcionários da própria empresa, a relação de emprego torna-se mais aparente. Se antes a pessoa era empregada e continua a fazer o mesmo serviço como diretor, sem qualquer acréscimo de atribuições, em que não se verifica nenhuma mudança, será considerada empregado. Não tendo a diretoria eleita nenhuma autonomia, pois é apenas figurativa, sendo o diretor subordinado ao gerente-geral, nota-se também a existência do elemento subordinação. É o caso de todas as decisões que envolvem grandes valores como vendas e investimentos, ou quanto a aumentos de salário e outras decisões estratégicas, dependentes da decisão de uma pessoa na empresa, a quem cabe a palavra final sobre tais aspectos e a quem o diretor é subordinado.

Verificada a existência de subordinação³⁴, vinculada ao artigo

33 *Ob. cit.*, p. 180.

34 Confira-se a decisão proferida, em 27.08.2008, à unanimidade, pela Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, quando do julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. TST-AIRR-802543/2001.8, de Relatoria do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, que, em seu voto, fez menção à decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, na qual restou previsto que “quando em viagem a serviço do banco, [o Reclamante] apresentava relatório contendo o objetivo da viagem, o tempo previsto, assim como os clientes que seriam visitados. Tais informa-

3º, da CLT³⁵, não há que se cogitar da suspensão do contrato de trabalho. Cumpre enfatizar que a avaliação em comento considerará a subordinação que caracteriza o vínculo empregatício, a qual não se confunde com a subordinação existente entre os órgãos da sociedade e que, em regra, não é *funcional*.³⁶ Em outros termos, será necessário verificar se o diretor tem poder de decisão absoluto ou se o mesmo pode ser enquadrado como um diretor técnico (um diretor de área), o qual se submete, por exemplo, às regras ditadas pelo diretor presidente da companhia. A existência de subordinação se afere, pois, com base na relação pessoal existente dentro do órgão, ou seja, naquela que se estabelece entre os integrantes da diretoria³⁷, ou, ainda, quando o diretor tiver sua ação vinculada a uma orientação hierárquica superior, advinda do conselho de administração, caracterizadora de uma *subordinação funcional* de fato e, portanto, anacrônica na relação orgânica da companhia.

Se, por outro lado, além da ausência da preservação de direitos, restar caracterizada a inexistência de subordinação³⁸, conclui-se

ções restaram confirmadas pela segunda testemunha do autor, ao afirmar que ‘quando o Reclamante necessitava viajar a serviço era necessário submeter sua agenda de viagens ao vice-presidente (...)’. Note-se que a testemunha trazida pelo Reclamado (...) nada soube informar sobre tal assertiva. Ademais, esta testemunha afirmou que ‘os diretores gozavam de ausências temporárias, equivalente a férias anuais, cuja aprovação dependia do presidente. Desse modo, embora eleito para o cargo de Diretor, manteve-se a subordinação jurídica entre as partes, de sorte que faz jus, o reclamante, à integração das gratificações de balanço postuladas em função do exercício do referido cargo’.

35 Art. 3º — Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único — Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

36 Confira-se o final do item II e o item III, *supra*.

37 Nesse sentido, ao enfrentar o tema da subordinação aferida no “interior dos órgãos societários”, Fábio Ulhoa Coelho destaca que “os diretores de área (financeiro, comercial, de produção etc.), em geral, têm os seus serviços coordenados diretamente pelo presidente, ou por um vice-presidente, e *pode-se* verificar, por isso, em certos casos, a incidência do artigo 3º da CLT”. (*Ob. cit.*, p. 244).

38 Confira-se, dentre outros, os seguintes acórdãos: Embargos em Recurso de Revista nº. TST-

que se está diante de um diretor estatutário, restando, por conseguinte, suspenso o contrato de trabalho, enquanto durar o respectivo mandato, nos moldes do já mencionado enunciado nº. 269, da súmula do TST.

Ainda com o escopo de conferir segurança ao enquadramento do diretor da sociedade anônima, tem-se que, nas mesmas situações em que ele possuir vínculo trabalhista precedente com a sociedade, far-se-á necessário apurar se, à luz do caso concreto, após a assunção do cargo, continuou a exercer as mesmas funções que lhe haviam

E-RR-705228/2000.4, julgado, por unanimidade, em 25.08.2008, pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing; Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. TST-AIRR-1586/2002-361-02-40.8, julgado, por unanimidade, em 19.11.2008, pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda; e Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. TST-AIRR-81.274/2003-900-02-00.5, julgado, por unanimidade, em 04.02.2009, pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda. Confira-se, ainda, decisão proferida, em 21.06.2006, à unanimidade, pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por ocasião do julgamento do Recurso de Revista nº. TST-RR-19421/2002-900-06-00.5, de relatoria da Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, que em seu voto consignou que “consta expressamente no acórdão regional (...) que: no caso vertente, percebe-se que o reclamante efetivamente foi eleito diretor estatutário e que exerceu as suas atribuições na forma prevista nos respectivos estatutos, com limites evidentemente impostos pela lei que rege as sociedades anônimas (6.404/76). Cumpre ressaltar que o simples fato do reclamante, mesmo detentor da condição de diretor estatutário, possuir limites para o desempenho de suas atribuições, por si só, não elide a sua condição de diretor estatutário e não o torna, por essa razão, diretor empregado (...) não há nos autos comprovação de qualquer subordinação jurídica, com o fito de permitir o reconhecimento da condição do reclamante diretor empregado. (...) Não há dúvidas de que o reclamante tinha poderes de mando e que os limites para a prática de alguns atos decorriam da própria reserva legal (...)”. Ainda no que atine à inexistência de subordinação, confira-se o acórdão proferido, à unanimidade, pela Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, quando do julgamento do Recurso Ordinário nº. 00837-2001-221-04-00-3, de relatoria da “Juíza Relatora” Tânia Maciel de Souza, assim ementado: “(...) Da consideração da unicidade contratual — Manutenção do vínculo empregatício — Empregado eleito diretor de sociedade anônima. A prova carreada nos autos tanto documental quanto oral, autoriza o reconhecimento da unicidade contratual denunciada, mas não deixa dúvidas de que o reclamante, eleito Diretor de Controle da reclamada, exerceu tal cargo na sua plenitude, apenas limitado pelo estatuto e pelas decisões da assembleia de acionistas, a que se subordinava. Nos termos do Enunciado nº. 269 do C. TST, seu contrato de trabalho esteve suspenso no prazo de 02.05.96 a 07.07.99, não lhe sendo devidas as parcelas postuladas referentes a tal período. Recurso provido em parte (...).”

sido delegadas enquanto empregado da companhia. Quando isto ocorrer, prevalecerá, em atenção ao princípio da primazia da realidade³⁹, o entendimento consoante o qual continua o diretor a ser empregado da sociedade⁴⁰. Ante a manutenção de suas funções, pode-se entender que a subordinação característica do vínculo trabalhista também foi preservada.

Situação diversa se apresenta se o diretor não tiver prévia relação empregatícia com a sociedade. Neste caso, há uma presunção relativa de inexistência de vínculo entre o mesmo e a companhia e, portanto, se o diretor intentar caracterizar, em juízo, uma relação de trabalho, ao mesmo caberá o ônus da prova, a qual estaria, igualmente-

39 De acordo com o artigo 9º, da CLT, tem-se que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

40 Nesse sentido, confira-se o acórdão proferido, em 12.11.2008, por ocasião do julgamento, à unanimidade, pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. TST-AIRR-86899/2003-900-05-00.7, assim ementado: “Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. Empregado eleito diretor. Vínculo empregatício. Caracterização. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, o empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego. 2. Na hipótese, a decisão regional reconhece que o reclamante, embora tenha sido eleito diretor, não deixou de ser empregado, pois continuou exercendo as mesmas atividades, sem solução de continuidade; não teve alteração substancial no salário e qualquer participação no capital da empresa, sendo, ainda, subordinado; configurando-se inequívoca a subordinação jurídica peculiar do contrato de emprego. Assim, referida decisão está em consonância com a exceção contida na Súmula nº. 269, parte final. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento”. No voto do Ministro Relator Caputo Bastos restou consignado que “o fato de [o reclamante] receber contra-prestação denominada honorários e ser chamado de diretor não era suficiente para descaracterizar a feição de contrato de trabalho”. Confira-se, ainda, a recente decisão proferida pela Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, quando do julgamento, em 11.03.2009, à unanimidade, do Recurso Ordinário nº. 00436-2007-009-04-00-9, de relatoria da Desembargadora Flávia Lorena Pacheco, assim ementado: “Unicidade contratual. Empregado acionista eleito diretor de S/A. O exercício de cargo eletivo em S/A suspende o contrato de trabalho, nos termos da legislação própria, ‘salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego’. Exegese da Súmula nº. 269 do TST. Hipótese em que a prova dos autos demonstra que o reclamante, do período em que ocupou o cargo de Diretor Comercial da reclamada (S/A na época) manteve as mesmas funções e a mesma subordinação jurídica aos acionistas majoritários e fundadores da Sociedade (...)”.

te, atrelada à demonstração da existência da subordinação. Destarte, o simples fato de o diretor não ter sido empregado da companhia, não afasta, de per si, a possibilidade de caracterização do vínculo de emprego, o qual será aferido à luz da realidade do funcionamento do órgão, quando o diretor tiver seus poderes decisórios sempre vinculados a uma orientação hierárquica superior, verificada dentro do mesmo órgão ou advinda do conselho de administração, caracterizando-se, neste último caso, uma subordinação funcional de fato, reveladora, repita-se, de uma deformação no funcionamento orgânico da companhia.

Cumpre, por fim, destacar que através do artigo 16, da Lei nº. 8.036/90⁴¹, permite-se que a companhia equipare os diretores estatutários aos empregados sujeitos ao regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, para fins de recolhimentos.

V — Conclusão

A Lei nº. 6.404/76 consagrou dois sistemas de estruturação administrativa da sociedade anônima: o monista, no qual a assembléia geral figura como único órgão de fiscalização, supervisão e controle dos atos de gestão empresarial, e o dualista, marcado pela convivência da assembléia geral com o conselho de administração e de observância obrigatória para as companhias de capital aberto, para aquelas que, embora de capital fechado, adotem o regime de capital autorizado e para as sociedades de economia mista. Ao conselho de administração compete executar funções deliberativas e de ordenação interna da companhia, como as de fixação da orientação geral dos negócios da sociedade e as de cunho fiscalizatório dos atos da diretoria.

⁴¹ Art. 16. Para efeito desta lei, as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo.

Trata-se de órgão de deliberação colegiada, cujas decisões tomadas o são por maioria de votos. Já a diretoria manifesta-se no poder executivo da companhia. Compõe-se por dois ou mais diretores, pessoas naturais, eleitos e destituíveis, a qualquer tempo, pelo conselho de administração e, caso este inexistir, pela assembléia geral. Ao contrário dos conselheiros de administração, além de atuarem isoladamente, os diretores não precisam ser acionistas. De acordo com a teoria organicista, os administradores não são simples representantes da sociedade. Em verdade, apresentam⁴² a companhia, ou seja, tornam presente a vontade da pessoa jurídica.

Por mais que exista uma *subordinação de órgãos*, não há que se cogitar da existência de uma *subordinação funcional pleno iure* entre os membros da diretoria e os do conselho de administração, como pretendem alguns sustentar. A subordinação orgânica não se confunde com aquela caracterizadora do vínculo trabalhista (artigo 3º, da CLT). A própria indelegabilidade das atribuições e dos poderes de cada órgão evidencia a ausência de *subordinação funcional*, como regra de princípio, entre os órgãos da sociedade anônima.

Para enquadrar, com segurança e coerência sistemática, os diretores de uma sociedade anônima, tenham eles ou não vínculo trabalhista prévio com a companhia, mister se impõe analisar certas circunstâncias que orientem a relação jurídica existente.

(a) Se o diretor tiver vínculo trabalhista precedente com a sociedade, cumpre bifurcar a análise, verificando se os direitos ostentados pelo mesmo antes da assunção do cargo de diretor foram mantidos ou não.

(a.i) Caso se constate, na hipótese concreta, que os seus direitos foram integralmente preservados, ou que o foram em sua substancial maioria, tem-se que o diretor continua sendo empregado da sociedade.

42 MIRANDA, Pontes de. *Ob. cit.*, p. 384.

(a.ii) Se, por outro lado, os aludidos direitos não tiverem sido mantidos, em princípio, não se verifica a continuidade do vínculo trabalhista, estando o contrato de trabalho suspenso, por força do enunciado nº. 269, da súmula do TST. Contudo, esta conclusão — ao contrário daquela mencionada no item (a.i) — não é categórica. Faz-se necessário investigar a eventual presença de subordinação, como a parte final do próprio verbete ressalta.

(a.ii.α) Verificada a existência de subordinação que caracteriza o vínculo empregatício (artigo 3º, da CLT), aferida com base na relação pessoal existente dentro do órgão, não há que se cogitar da suspensão do contrato de trabalho. O mesmo se observa quando, excepcional e anacronicamente, ocorrer a subordinação de fato da diretoria à orientação superior do conselho de administração, tolhendo-lhe de sua natural autonomia funcional.

Será necessário, ainda, investigar se o diretor exerce as mesmas funções lhe haviam sido delegadas enquanto empregado da companhia. Caso isto se verifique, em atenção ao princípio da primazia da realidade, deverá ser o mesmo enquadrado como diretor empregado, considerando-se, destarte, que a subordinação característica do vínculo trabalhista ficou preservada.

(a.ii.β) Contudo, caso inexistir subordinação, conclui-se que se está diante de um diretor estatutário, restando, por conseguinte, suspenso o contrato de trabalho, enquanto durar o respectivo mandato.

(b) Se, todavia, o diretor não tiver prévia relação empregatícia com a sociedade, entendemos que há uma presunção relativa de inexistência de vínculo entre ele e a companhia. Desse modo, em um eventual litígio, caberia ao diretor o ônus de comprovar a existência da aludida subordinação, caracterizada pelo fato de ter seus poderes decisórios sempre vinculados a uma orientação hierárquica superior, verificada dentro do mesmo órgão ou advinda do conselho de administração, caracterizando-se, neste último caso, uma anacrônica subordinação funcional de fato.

VI — Bibliografia

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CALVO, Adriana. *Diretor de Sociedade Anônima: Patrão — Empregado?* São Paulo: LTr, 2006.

CARVALHO, José Antero de. *Diretor, CLT, FGTS, Previdência e a Mensagem nº. 25/1981 in Revista de Direito do Trabalho*, nº. 33, setembro-outubro de 1981. São Paulo, 1982.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2006.

DIETERICH, Thomas; et. al. (Org.). *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 7ª ed. München: Beck, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo & PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *A Lei das S.A.*, v. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: Direito Individual do Trabalho*, v. II. São Paulo: LTr, 1980.

MARANHÃO, Délio & CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. IV, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo L, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Pareceres de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho — relações individuais e coletivas do trabalho*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLEA, Manuel Alonso & BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del Trabajo*, 11ª ed. Madrid: Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones, 1989.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º v., 4ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1965.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Empregado de S.A. Eleito Diretor* in Revista Forense, v. 339, julho-agosto-setembro de 1997. Rio de Janeiro: Forense, 1997, encontrado, ainda, em www.chermontdebritto.adv.br/ingles/paginas/material_juridico/empregado_diretor.htm (acessado em 11.04.2009).

SUSSEKIND, Arnaldo & MARANHÃO, Délio. *Pareceres sobre Direito do Trabalho e Previdência Social*, v. III. São Paulo: LTr, 1973.

SUSSEKIND, Arnaldo... [et al.]. Outros autores: Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. I, 22ª ed. atualizada por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*. São Paulo: Atlas, 1997.