

ADRIANA CARRERA CALVO

**A NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO DO DIRETOR
ESTATUTÁRIO NA SOCIEDADE ANÔNIMA**

**Mestrado em Direito das Relações Sociais:
Direito do Trabalho**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo

2005

ADRIANA CARRERA CALVO

**A NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO DO DIRETOR
ESTATUTÁRIO NA SOCIEDADE ANÔNIMA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho), sob a orientação do Professor Doutor Renato Rua de Almeida.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo

2005

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS ACADÊMICOS E PROFISSIONAIS

Aos meus três grandes mestres:

Meu 1º Mestre, Professor Doutor Paulo
Sérgio João, que me orientou e me
desenvolveu nos primeiros anos da
advocacia.

Meu 2º Mestre, Professor Doutor Nelson
Mannrich, que me acompanhou na minha
carreira jurídica.

Professor Doutor Renato Rua de Almeida,
que tive o prazer de conhecer durante minha
carreira acadêmica e que se tornou meu
orientador e o maior incentivador deste
trabalho.

Não podia terminar sem agradecer a grande
contribuição da Professora Doutora Ivani
Contini Bramante – nosso modelo feminino
de estudo do Direito do Trabalho – e dos
Professores: Doutor Cláudio de Cicco e seu
assistente Juarez Rogério Felix, com sua
paixão pela Filosofia do Direito.

AGRADECIMENTOS PESSOAIS

À minha família, especialmente minha querida mãe Clarice, que sempre me incentivou na minha carreira jurídica.

Ao advogado José Carlos Fragoas Pimenta, meu noivo e defensor dos ideais jurídicos.

Aos meus amigos do Mestrado da PUC-SP (em especial a Marcus Kaufmann e Otávio Calvet), que dividiram comigo os desafios de cada novo passo neste trabalho.

A todos os meus amigos, especialmente a minha melhor Fernanda Novaes Gonçalves, que sempre me incentivaram em meus sonhos, pois as melhores coisas da vida, não são as coisas: são as pessoas.

À Deus por ter me dado a oportunidade de ter um ensino de qualidade ao lado de grandes mestres e de poder ter realizado esse trabalho científico.

RESUMO

Nas últimas décadas, as formas de recrutamento dos dirigentes das sociedades comerciais passaram por diversas fases: o dirigente-fundador, o dirigente-sucessor e o dirigente-profissional. Os dois primeiros tipos de dirigentes são típicos administradores patrimoniais de empresas constituídas sob a forma de sociedade de pessoas. Já o administrador profissional surgiu com a Sociedade Anônima, que trouxe um novo modelo de sociedade (sociedade de capitais) e de administração (propriedade desvinculada da administração). A princípio, esse novo tipo de dirigente não-proprietário passou a ser recrutado externamente à companhia.

As doutrinas trabalhista e comercialista dividiram-se em duas vertentes: a clássica (teoria do mandato ou teoria organicista), que defende a inexistência de vínculo de emprego; e a teoria moderna, que sustenta que não há qualquer impedimento de celebração de contrato de trabalho entre o Diretor Estatutário e a Sociedade Anônima.

Com o crescimento das companhias e o aumento da sua complexidade administrativa, passou a ser recorrente o recrutamento de empregados internamente à sociedade para exercer a função de administrador profissional.

Quanto à natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário com a Sociedade Anônima, a evolução da doutrina trabalhista foi curiosa. A princípio, sustentou-se que as duas posições - de Diretor e de empregado - eram incompatíveis, considerando a extinção do contrato de trabalho. Em seguida, a doutrina passou a entender que enquanto o empregado estivesse exercendo o cargo de Diretor Estatutário, havia suspensão do contrato de trabalho. Logo após, como era difícil explicar a suspensão para assegurar certos direitos a esse empregado, admitiu-se que não se tratava de suspensão, mas, sim, de interrupção. Por último, a doutrina trabalhista defendeu que a elevação do empregado ao cargo de Diretor Estatutário não altera o seu status de empregado, sendo possível a manutenção do contrato de trabalho.

A teoria da suspensão do contrato de trabalho foi vencedora em 1988, sendo aprovado o Enunciado 269 do Tribunal Superior do Trabalho, que possui uma única ressalva para a manutenção do vínculo de emprego: a existência de subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

Na atualidade, discute-se a necessidade da reconstrução dogmática do Direito do Trabalho, principalmente no tocante à evidência da crise do seu critério definidor: a subordinação jurídica. Neste novo contexto, é imperiosa a revisão do Enunciado 269 e a busca de novas alternativas de tutela para o Diretor por meio de um diálogo entre o Direito Empresarial e o Direito Trabalhista.

O surgimento da Sociedade Anônima e do Diretor Estatutário são reflexos da evolução de ambos os ramos do Direito e da necessidade de uma nova visão interdisciplinar: o Direito do Trabalho Empresarial.

ABSTRACT

The types of recruiting of the Officers of the corporations have passed through different stages: the founder-officer; the heir-officer and the professional officer. The first two types of officers are typical patrimonial managers of companies established as a personal entity. However, the professional officer has been originated with the creation of the Corporation, which brought a different type of company (corporation), and of administration (the propriety is separated to the administration). At first, this new type of non-patrimonial officer was recruited outside the corporation.

The labor and commercial doctrine split in two theories: the classic one (theory of the mandate and theory of the organ), defending the inexistence of the employment relationship; and the modern theory, defending that there is no legal obstacle to execute an employment agreement between the Officer and the Corporation.

As per the growing of the corporations and its increasing administrative complexity, it has become common to recruit employees of the corporation to hold the function of Officer.

The evolution of the labor doctrine was curious regarding the legal nature of the relationship of the Officer with the Corporation. At first, it was argued that the two positions: Officer and Employee were incompatible, concluding as per the termination of the employment relationship. Further, the doctrine has construed that the labor contract should be suspended while the employee was holding the position of Officer. Later on, as it was difficult to explain the granting of some rights to this employee, it was admitted that the contract should not be suspended, yet should be interrupted. Finally, the labor doctrine defended that the appointment of an employee to an Officer position did not change the legal status of employee, being possible the maintenance of the employment agreement.

The theory of the suspension of the labor contract was the prevailing one in 1988 when the Labor Supreme Court enacted the jurisprudence 269 which has only one exception: the existence of the subordination of an employment relationship.

At present, it is discussed the need of a reconstruction of the Labor Law, specially regarding the evidence of the crisis of its defining criteria: the subordination. In this new context, it is mandatory a review of the jurisprudence 269 and the seek of new alternatives of protection of the Officer through a dialogue between the Commercial Law and the Labor Law.

The origination of the Corporation and the Officer is a reflex of the evolution of both sciences of the Law and of the need of new intersubject view: the Business Labor law.

SUMÁRIO

Introdução	9
1. Justificativa.....	9
2. Delimitação do tema	12
3. Metodologia e técnicas de pesquisa	15
Capítulo 1 - A Administração das Sociedades	17
1.1 O administrador de empresas	18
1.1.1 O conceito de administrador.....	18
1.1.2 Os tipos de administradores	20
1.1.3 O administrador profissional	23
1.2 A administração na Sociedade Anônima.....	32
1.2.1 A evolução da administração na Sociedade Anônima	35
1.2.2 Os órgãos da Sociedade Anônima	43
1.2.3 Os sistemas de estrutura de administração: monista e dualista.....	48
1.2.4 Os direitos e deveres dos Diretores Estatutários na Sociedade Anônima	54
Capítulo 2 - A Natureza Jurídica do Vínculo do Diretor Estatutário Recrutado Externamente.....	60
2.1 Da corrente tradicional ou clássica.....	61
2.1.1 Da teoria do mandato	61
2.1.2 Da teoria do organicista.....	63
2.2 Da corrente moderna ou intervencionista	69
Capítulo 3 - A Natureza Jurídica do Vínculo do Diretor Estatutário Recrutado Internamente.....	73
3.1 Da teoria da extinção do contrato de trabalho	74
3.1.1 Da posição de Mozart Victor Russomano.....	74
3.1.2 Da posição de José Martins Catharino.....	79
3.2 Da teoria da suspensão do contrato de trabalho.....	83
3.2.1 Da posição de Arnaldo Süssekind	83
3.2.2 Da posição de Délio Maranhão	87
3.3 Da teoria da interrupção do contrato de trabalho.....	89
3.3.1 Da posição de Evaristo de Moraes Filho	89
3.4 Da teoria da manutenção do contrato de trabalho.....	91
3.4.1 Da posição de José Antero de Carvalho	91
3.4.2 Da posição de Octávio Bueno Magano.....	101

Capítulo 4 - A Natureza Jurídica do Vínculo do Diretor	
Estatutário na Visão dos Juristas Atuais	107
4.1 Da posição de Amauri Mascaro do Nascimento	107
4.2 Da posição de Sérgio Pinto Martins	111
4.3 Da posição de Luiz Carlos Amorim Robortella.....	116
4.4 Da posição de Fábio Ulhoa Coelho	120
4.5 Da posição de Orlando Gomes.....	124
Capítulo 5 - A Natureza Jurídica do Vínculo do Diretor	
Estatutário no Novo Direito Empresarial e Trabalhista.....	136
5.1 O novo Direito de Empresas	138
5.1.1 O poder da propriedade na Sociedade Anônima	138
5.1.2 O poder de administração na Sociedade Anônima.....	141
5.1.3 O futuro da Sociedade Anônima e do controle gerencial..	145
5.2 O novo Direito do Trabalho	151
5.2.1 As novas relações de trabalho e a crise da subordinação jurídica.....	153
5.2.2 O proletariado difuso ou trabalhador parassubordinado....	165
5.2.3 O patronato difuso e a pequena empresa	168
5.3 O diálogo entre o Direito de Empresas e o Direito do Trabalho	173
Considerações Finais	178
Bibliografia	184

Introdução

1. Justificativa

A dissociação do empresário da gestão da empresa capitalista foi um marco na evolução das companhias democráticas e pluralistas da mesma forma que a separação da Igreja e do Estado foi importante para a evolução política da humanidade.

No final do século XIX, o nosso mundo mercantil ainda era dominado por comerciantes individuais e por típicas sociedades de pessoas, tendo como regra que a propriedade estava vinculada à administração.

Da mesma forma, o nosso mundo laboral da época era formado por classes distintas e opostas, que se encaixavam facilmente no: binômio patrão-operário, tendo como seu elemento principal de distinção: a existência de subordinação jurídica.

O surgimento de um novo tipo de sociedade – a Sociedade Anônima –, na qual a propriedade passou a ser dissociada da administração, trouxe forte impacto no mecanismo das relações de trabalho, determinando-lhes nova configuração e possibilitando o surgimento do administrador profissional (Diretor Estatutário).

A princípio, o número de administradores não-proprietários brasileiros era pequeno e insignificante, devido à ausência de um mercado de capitais expressivo e ao atraso econômico do Brasil em relação aos demais países.

Este atraso no desenvolvimento do mercado de capitais da época, refletido na existência de uma maioria de sociedade de pessoas de pequeno porte com natureza familiar e caráter fechado de suas administrações, resultou num reduzido número de ações trabalhistas levadas ao Judiciário Trabalhista, acarretando tardia e inexpressiva manifestação na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal até 1950.

Com o advento da nova Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404/76, associado ao nascimento de um importante mercado de capitais no Brasil, a situação alterou-se profundamente.

A nova legislação favoreceu o crescimento do número de companhias abertas e, sendo assim, o mercado passou a necessitar de uma administração mais complexa, composta por profissionais de alto nível, especializados em administração de empresas, recrutados externamente ou internamente à empresa.

Neste contexto histórico, surgiu o debate entre os grandes doutrinadores trabalhistas e comercialistas da época sobre a natureza jurídica do vínculo existente entre o Diretor e a Sociedade Anônima.

A princípio, a doutrina preocupou-se mais com a situação do ex-empregado eleito Diretor da Sociedade Anônima, sustentando-se que as duas posições, de Diretor e de empregado, eram incompatíveis, considerando a extinção do contrato de trabalho. Em seguida, passou-se a defender que havia uma suspensão do contrato de trabalho. A fim de assegurar certos direitos a esse empregado, admitiu-se que não se tratava de suspensão, mas, sim, de interrupção. Por último, defendeu-se a manutenção da relação de emprego.

Em 1981, a Lei nº 6.919 facultou a extensão aos Diretores que não mantinham vínculo de emprego do regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, trazendo a importante ressalva de que tal extensão não implicava na criação de quaisquer direitos trabalhistas decorrentes da relação existente entre a entidade e o Diretor.

Em 1988, o Tribunal Superior do Trabalho recepcionou a tese da suspensão do contrato de trabalho no Enunciado nº 269. A única exceção é a comprovação da existência de subordinação jurídica, critério basilar de diferenciação do Direito do Trabalho da época.

Entretanto, o enunciado não tratou da situação dos Diretores Estatutários recrutados externamente à Sociedade Anônima, deixando uma grande lacuna no sistema jurídico brasileiro até à atualidade.

Nas últimas décadas, houve um considerável aumento do número de ações trabalhistas ajuizadas por ex-Diretores pleiteando o reconhecimento de vínculo de emprego com a companhia.

Por outro lado, tem-se constatado que cada vez mais o tema tem sido abordado de forma casuística e muitas vezes injusta pela Justiça do Trabalho, já que a diversidade de tipos sociedades anônimas brasileiras e de diretores estatutários não se enquadra no atual modelo do Direito do Trabalho de luta de classes opostas: ou é empregado, ou é empregador.

Desta forma, uma revisão do Enunciado nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho e da natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário com a Sociedade Anônima torna-se imprescindível, dentro do novo contexto do Direito frente às novas relações de trabalho do século XXI.

2. Delimitação do tema

O presente estudo é limitado à análise da administração da Sociedade Anônima, não abrangendo outros tipos societários, tendo em vista que a grande maioria da doutrina sempre se preocupou com a Sociedade Anônima devido à sua característica desafiadora de sociedade de capitais e que o Enunciado nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho é restrito à análise do vínculo jurídico do Diretor Estatutário na Sociedade Anônima.

Não se pode negar que na atualidade a sociedade limitada é um importante tipo societário brasileiro. Em diversos aspectos as considerações levantadas neste trabalho poderiam ser aplicadas por analogia ao administrador deste tipo societário, desde que tomados os devidos cuidados acadêmicos respeitando-se a sua legislação societária própria e sua característica híbrida de sociedades de pessoas e capitais.

No primeiro capítulo, é abordada a forma de administração das sociedades brasileiras, dividindo-se ele em dois sub-capítulos. Na primeira parte, inicia-se por uma abordagem do conceito de administrador, seguindo pela apresentação dos tipos de administradores e pela evolução de suas formas de contratação nas sociedades de pessoas e de capitais. Encerrando o sub-capítulo, apresenta-se o conceito de administrador profissional no cenário moderno empresarial.

No segundo sub-capítulo, examina-se a administração na Sociedade Anônima, uma vez que o escopo deste trabalho científico está limitado a este tipo societário, partindo de uma visão evolutiva e histórica deste tipo de sociedade de capitais, até uma análise efetiva dos seus órgãos societários. Prossegue-se com a importante análise dos sistemas de estruturas de administração na Sociedade Anônima: os sistemas monista e dualista, que trazem diferentes impactos à função e aos poderes dos Diretores. Finaliza-se com a apresentação da tutela de direitos e deveres dos Diretores Estatutários, já existente na Lei de Sociedades Anônimas.

Os próximos dois capítulos abordam a análise do Diretor Estatutário, sob dois aspectos separadamente: aquele recrutado externamente à Sociedade Anônima, sem nunca ter mantido vínculo de emprego (capítulo segundo); e aquele que sempre manteve vínculo de emprego e é elevado ao cargo de Diretor Estatutário da Sociedade Anônima (capítulo terceiro).

No capítulo segundo, a intenção é analisar as teorias explicativas da natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário recrutado externamente à companhia. São duas as grandes teorias: a vertente clássica (ou tradicional) e a vertente moderna (ou intervencionista).

No capítulo terceiro, o enfoque é distinto do capítulo anterior, já que o Diretor já mantinha uma relação de emprego com a Companhia e a questão passa a ser a análise do impacto da elevação deste empregado ao cargo de Diretor Estatutário da Sociedade Anônima, principalmente no sistema dualista de administração.

O enfoque do capítulo terceiro é a análise das quatro principais posições, defendidas por grandes mestres da doutrina jus-trabalhista brasileira, principalmente nas décadas de 1970 e 1980, influenciada pela Reforma da Lei de Sociedades Anônimas, quanto à natureza jurídica do vínculo do empregado que é eleito Diretor Estatutário 1) a teoria da extinção do contrato de trabalho (Mozart Victor Russomano e José Martins Catarino); 2) a teoria da suspensão do contrato de trabalho (Délio Maranhão e Arnaldo Süssekind); 3) a teoria da interrupção do contrato de trabalho (Evaristo de Moraes); e 4) a teoria da manutenção do contrato de trabalho (José Antero de Carvalho e Octávio Bueno Magano).

No capítulo quarto, a intenção é analisar o pensamento dos juristas brasileiros na atualidade, principalmente após o Enunciado nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho em 1988. É dado destaque aos autores que trouxeram alguma contribuição sobre a discussão do tema já apresentado no capítulo terceiro. A única exceção é quanto à apresentação do pensamento de Orlando Gomes, que, embora tenha da década de 1970, demonstrou-se de grande atualidade, sendo por esta razão destacado neste capítulo para reflexão.

Finalmente, no capítulo quinto, a intenção é ampliar e atualizar o debate do tema na época contemporânea. O capítulo é dividido em duas análises distintas: no Direito de Empresas e no Direito do Trabalho, apontando suas crises dogmáticas e seus novos paradigmas, com, destaque para a desvinculação da propriedade da administração na legislação da Sociedade Anônima e ao novo conceito de trabalhador parassubordinado no Direito do Trabalho.

3. Metodologia e técnicas de pesquisa

Primeiramente, é importante ressaltar que o grande impulso na realização deste trabalho partiu da minha própria experiência profissional como advogada trabalhista atuando no consultivo trabalhista para clientes estrangeiros e executivos, o que me proporcionou vivenciar as incongruências no tratamento jurídico do Diretor Estatutário da Sociedade Anônima e me motivou a buscar uma nova reflexão sobre o tema na atualidade.

A fim de elaborar este trabalho científico, foram utilizados na pesquisa diferentes métodos, tais como o dedutivo, o indutivo e principalmente o método analítico-sintético.

O método analítico-sintético foi o mais largamente utilizado, tendo em vista que o objeto deste trabalho já havia sido analisado em diversos artigos acadêmicos publicados por grandes mestres do Direito do Trabalho e do Direito Empresarial de forma esparsa, principalmente nas décadas de 1970 e 1980; entretanto, nenhum trabalho de coletânea e análise dogmática de tais pensamentos foi apresentado como pesquisa científica até o momento, que seja de conhecimento da autora.

A técnica de pesquisa mais utilizada foi a bibliográfica no campo do Direito do Trabalho, mas também se recorreu à pesquisa documental, com consultas a jurisprudência, artigos publicados na mídia impressa e na Internet.

Foi imprescindível a pesquisa em outras áreas das ciências sociais e jurídicas, especialmente no ramo de Administração de Empresas e do Direito Empresarial, para analisar a natureza jurídica do Diretor Estatutário da Sociedade Anônima e seus conseqüentes direitos. Entretanto, o enfoque maior é no campo do Direito do Trabalho, já que é a área de defesa do tema científico.

Não podia ser de outra forma, já que o Direito, como ciência jurídica, é sistema e não pode ser interpretado isoladamente, pois se correria o risco de encontrar contradições dentro do próprio sistema.

As fichas de citações e a identificação das fontes em estilo acadêmico procuraram seguir as normas recomendadas pela ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

Capítulo 1 - A Administração das Sociedades

O que é administração? É um saco de técnicas e truques. Um pacote de ferramentas analíticas ensinadas nas escolas de administração. É claro que elas são importantes, assim como o conhecimento da anatomia é importante para o médico. Contudo, aquilo que a evolução e a história da gerência – seus sucessos assim como seus problemas – ensinam é que gerência é, acima de tudo, um conjunto de princípios essenciais (...) Entre eles: a gerência trata de seres humanos. Sua tarefa é tornar pessoas capazes de desempenho em conjunto, tornar suas forças efetivas e suas fraquezas irrelevantes.¹

Ao iniciar o debate sobre um tema tão polêmico e desafiador na ciência jurídica, foi imprescindível recorrer ao texto acima para reflexão sobre administração das sociedades, de autoria de Peter Drucker, reconhecido como um dos autores americanos mais respeitados e prolíficos da Revista de Administração *Harvard Business Review* e consultor de grandes executivos no mundo.

Peter Drucker, em prefácio de seu livro, alerta: “Nos negócios humanos é inútil tentar prever o futuro, mas é possível identificar eventos importantes que já aconteceram. Em outras palavras, é possível identificar e se preparar para o futuro que já aconteceu”.²

¹ DRUCKER, Peter. *A profissão de administrador*. São Paulo: Pioneira, 2001, p. 137. Trad. Nivaldo Montingelli Jr.

² Ibid., prefácio, p. IX.

O surgimento da figura do administrador profissional é um evento que pode ser considerado de grande relevância no mundo neste último século e não há como negar que este novo profissional é um futuro que já aconteceu no mundo e no Brasil. Neste sentido, Peter Drucker foi brilhante: a grande questão é como se preparar para esta nova realidade, tendo como laboratório a experiência das Sociedades Anônimas.

1.1 O administrador de empresas

1.1.1 O conceito de administrador

Preliminarmente, o primeiro cuidado a se tomar é buscar a origem histórica e semântica das palavras “Administrador” e “Diretor”.

Segundo o dicionário Michaelis³, o conceito semântico de administrador é genérico e amplo: “Aquele cuja função é administrar”. E o de “Diretor” é: “Aquele que dirige ou administra a empresa; é o membro de uma Diretoria”.

Na ciência jurídica, o conceito jurídico de administrador tem sido utilizado de forma ampla em seus diversos ramos. Por exemplo, no Direito Administrativo emprega-se o conceito de administrador público. Para o objetivo deste trabalho, é importante o conceito jurídico de administrador no Direito Civil e no Direito Empresarial.

³ MICHAELIS, *Mini-dicionário escolar da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2000, p. 15 e 207.

No Direito Civil, o administrador é classificado em administrador legal e voluntário. O administrador de sociedades é classificado como administrador voluntário.

No Direito Empresarial, o termo “Diretor” nem sempre foi utilizado pela legislação da Sociedade Anônima.

A antiga Lei de Companhias e Sociedades Anônimas nº 3.150/1882 utilizava o termo de “administrador”. A referida legislação imperial foi revogada pelo Decreto nº 164/1890, que continuou a referir-se à palavra “administrador”. O termo “Diretor” surgiu pela primeira vez no Decreto-lei n. 2.627/1940 que substituiu a expressão tradicional de “administrador” pelo termo “Diretor”.

Segundo a maioria dos doutrinadores de Direito Empresarial, a denominação de “Diretor” procurou enfatizar a condição superior e autocrática do gestor, colocando-o no topo da organização empresarial, com a especial distinção de que o Diretor não apenas administra, mas, sobretudo, dirige a empresa.

A atual Lei nº 6.404/1976 dispõe em seu artigo 138: “A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao Conselho de Administração e à Diretoria, ou somente à Diretoria”.

Desta forma, pode haver dois tipos de administradores na Sociedade Anônima: o conselheiro (administrador patrimonial) e o Diretor (administrador profissional).

Exclui-se da análise deste trabalho científico a figura do conselheiro, uma vez que a Lei das Sociedades Anônimas exige a condição de sócio para que o mesmo possa integrar o Conselho de Administração.

Em linhas gerais, é possível concluir sobre o conceito de Diretor:

1) no âmbito semântico, o Diretor é uma espécie do gênero administrador;

2) no âmbito jurídico, a atual legislação de Sociedades Anônimas classifica o Diretor como uma das espécies de administradores da Sociedade Anônima que integra um de seus órgãos: a Diretoria.

Portanto, administrar, gerir, dirigir, comandar ou dar as diretrizes na Sociedade Anônima é, em última análise, exercer o poder de controle na sociedade.

O objetivo no próximo item é estudar os tipos de administradores em função da natureza de poder que possuem e entender em que cenário o Diretor se insere na Sociedade Anônima.

1.1.2 Os tipos de administradores

Luiz Carlos Bresser-Pereira⁴ classifica os administradores em três tipos distintos segundo a natureza do poder que possuem: o administrador patrimonial (aquele cujo poder é derivado da propriedade), o administrador político (aquele cujo poder é baseado no prestígio político) e o administrador profissional (aquele cujo poder é derivado do seu conhecimento, que administra empresas sem possuir sua propriedade).

⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Administrador profissional e as perspectivas da sociedade brasileira. *Revista de Administração de Empresas*. n. 6 (20), 1966, p. 2.

O objeto deste trabalho científico é o estudo dos tipos de administração das sociedades privadas, portanto, o estudo do administrador político não interessa a esta obra acadêmica e, por esta razão, não será abordado neste item.

O administrador patrimonial é a forma mais antiga de administração de empresa, uma vez que no passado a maioria das empresas era formada por sociedades de pessoas tipicamente familiares.

A administração patrimonial engloba dois tipos de dirigentes: o dirigente-fundador (em pequenas empresas, sendo o fundador-capitalista o responsável por dirigi-la pessoalmente na figura tradicional do patrão) e o dirigente-sucessor ou herdeiro do fundador (quase sempre sem experiência, levando ao fracasso de grande número dessas empresas).

Luciano Ventura⁵, em palestra na Conferência Anual do Instituto de Empresas Familiares, ao comentar sobre a sociedade de pessoas, enfatizou que este tipo de sociedade era tipicamente uma empresa familiar originada do sucesso de um fundador, cujas principais características pessoais eram superiores à média das demais pessoas.

Após o falecimento do seu fundador, o grande risco para as sociedades de pessoas passa a ser o processo de sucessão dos administradores, já que poucas empresas familiares viveram mais do que o seu fundador.

⁵ VENTURA, Luciano. A empresa familiar no Brasil e a governança corporativa. In: CONFERÊNCIA ANUAL DO FAMILY FIRM INSTITUTE. Washington, DC, out. 2000, p. 3.

Segundo o autor, as estatísticas demonstram que a maioria das empresas familiares não tem vida longa. Somente 30% delas passam para a segunda geração e apenas 10% chegam à terceira geração:

O aumento do número de sócios em qualquer empresa potencializa os conflitos, principalmente em empresas familiares onde a emoção, muita vezes, é mais forte do que a razão.⁶

Luciano Ventura⁷ sustenta que, na atual economia brasileira, há empresas familiares de variados tamanhos e com origens culturais diversas em função, principalmente, do processo de imigração, e apresenta a seguinte classificação das formas de associação das empresas familiares:

(1) empresas familiares sem associação com terceiros estranhos à família e que se encontram em processo de sucessão da 1ª (primeira) para a 2ª (segunda) geração ou da 3ª (terceira) para a 4ª (quarta) geração, ou mesmo, empresas familiares mais antigas;

(2) empresas familiares associadas com outras empresas familiares;

(3) empresas familiares associadas com capital estrangeiro;

(4) empresas familiares associadas com fundos de “*private equity*” e;

⁶ Ibid,p. 3.

⁷ Ibid., p. 7.

(5) empresas familiares associadas com acionistas de mercado, em empresas de capital aberto.

Na opinião do autor, a situação no Brasil está mudando e já se pode encontrar muitas empresas familiares brasileiras que deixam de ser sociedades de pessoas e passam a ser sociedades de capital, adotando, inclusive, princípios de governança corporativa.⁸

Dada a importância para este trabalho científico, o conceito de administrador profissional será abordado com mais profundidade no próximo tópico.

1.1.3 O administrador profissional

Ninguém nega a existência de administradores profissionais, mas é muito comum ouvirmos a afirmação de que a Administração não é uma profissão. A Administração é sem dúvida uma profissão, desde que é uma atividade especializada, remunerada, com objeto próprio e constitui a fonte de receita, por excelência, daqueles que a exercem.⁹

⁸ Governança corporativa é o conjunto de práticas que têm por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicadas ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas. (COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS. *Cartilha sobre governança corporativa*. São Paulo, jun. 2002, p. 1)

⁹ BRESSER-PEREIRA, op. cit., p. 2.

Peter Drucker, comentando sobre a origem histórica do Administrador Profissional da Sociedade Anônima, lembra que até Friedrich Engels, amigo de Karl Marx, era empregador e proprietário de fábrica naquela época:

Quando Marx estava começando a trabalhar em sua obra “O Capital”, pouco depois de 1850, o fenômeno do administrador profissional era desconhecido. Também o eram as empresas que estes gerentes administravam. A maior empresa manufatureira da época era uma fiação de algodão em Manchester, Inglaterra, empregando menos de 300 pessoas, de propriedade de Friedrich Engels, amigo e colaborador de Marx. E na fábrica de Engels, não havia administradores e nem gerentes, somente supervisores (...) Em menos de 150 anos, a administração transformou o tecido social e econômico dos países desenvolvidos do mundo¹⁰.

Virgílio Campos, em outra importante retrospectiva histórica, ressalta que nos EUA esta nova forma de administração teve origem após a Guerra Civil, quando o capitalismo cresceu rapidamente, com o aparecimento de grandes empreendimentos que possuíam ações negociadas nas bolsas de valores, com um enorme mercado de capitais, cujo controle acionário era pulverizado em incontáveis mãos.¹¹

¹⁰ DRUCKER, op. cit., p. 147.

¹¹ CAMPOS, Virgílio. Contrato de trabalho do diretor de empresas. *Revista Forense*. São Paulo, v. 268, 1979, p. 146.

Stephen Kanitz, em interessante artigo publicado na Revista Veja em 2003, acrescenta que estas novas companhias não eram mais dirigidas por empresários, e sim por administradores profissionais, sem laços de família.¹²

Nos Estados Unidos, a era do empresário terminou em 1930, com os Rockefeller e os Ford, que foram substituídos por administradores profissionais sem parentesco com os fundadores¹³.

O século XX viu a substituição do acionista controlador pelo administrador conciliador, o que foi possibilitado pela pulverização do capital entre milhares de pessoas¹⁴.

Tal processo de bipartição entre administração e propriedade somente tomou impulso no Brasil nas últimas décadas e pode-se afirmar que o crescimento do nosso mercado de capitais¹⁵ e do número de sociedades de capitais não pode ser ainda comparado com o de países desenvolvidos.

Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira¹⁶, é inegável a posição estratégica do administrador profissional nas sociedades modernas por três razões fundamentais: o poder econômico de que dispõe, o poder político de que pode dispor e o papel fundamental no processo de desenvolvimento econômico que desempenha.

¹² KANITZ, Stephen. [Executivos e empresários](#). Revista *Veja*. São Paulo, jan. 2003, p. 2.

¹³ KANITZ, op. cit., p. 6.

¹⁴ A American Telephone & Telegraph Company possuía mais de um milhão e meio de acionistas em 1958.

¹⁵ Temos menos de 56 empresas em bolsa. A Índia tem 6000. (KANITZ, Stephen. [Empresários sem futuro](#). Revista *Veja*. São Paulo, abr. 2001, p. 2)

¹⁶ BRESSER-PEREIRA, op. cit., p. 4.

É de se salientar que o mais importante é o poder econômico: este deriva do controle que os administradores profissionais alcançam sobre as grandes organizações econômicas e, em particular, sobre as empresas, substituindo os administradores patrimoniais.

Ressalte-se que o jornal *Valor Econômico*, em 2002, ousando em matéria de jornalismo econômico, criou pela primeira vez um prêmio para administradores profissionais com o intuito de “reconhecer e prestigiar profissionais que inspiraram seus times com capacidade de liderança, ousadia e visão estratégica”.

O resultado da referida pesquisa reflete o novo cenário atual da administração de empresas brasileiras: dos 22 vencedores, 18 têm formação em Administração de Empresas, quebrando-se paradigmas econômicos, culturais e jornalísticos: da veneração do administrador capitalista (proprietário dos meios de produção) para o reconhecimento da importância dos administradores profissionais (não-proprietários) no centro da questão.¹⁷

Stephen Kanitz¹⁸ ressaltou que a importância do prêmio foi ter prestigiado os administradores e não os sócios da empresa e que esta nova abordagem representava uma quebra de paradigma não-trivial, já que Abílio Diniz e Eugênio Staub, ambos premiados, eram chamados de “gestores de empresas” e não mais de “empresários capitalistas” como de costume.¹⁹

¹⁷ Resultado da pesquisa: dos 22 vencedores do ano passado, 12 são formandos em Administração de Empresas, quatro na FGV e dois em Harvard.

¹⁸ KANITZ, 2003, op. cit., p.4.

¹⁹ Ibid., p. 2.

Paul Samuelson²⁰ publicou também um importante artigo em uma grande revista de Economia nos EUA sobre o conceito de administrador profissional que retrata bem o seu poder nas sociedades modernas:

Em todas as companhias, o fundador original foi substituído por um novo tipo de empregado administrativo (“*executive*”), provavelmente possuidor de sobrenome diferente do seu. Mesmo que ele seja um homem que se fez por si mesmo, terá tido, contudo, necessidade de adquirir formação e capacidades especializadas de administrador. Esse tipo novo de administrador profissional é mais hábil nas relações com o público e no tratar as pessoas, que os antigos sócios-administradores. Ele é um burocrata. Quem toma as decisões na companhia? Em primeiro lugar, a classe de administradores profissionais (“*professional managers*”).

Virgílio Campos ressalta que esse trabalho de direção, no qual está implícita a capacidade intelectual de fazer projeções sobre o futuro e tomar decisões, é um produto do know-how, do “saber como fazer” dos seus agentes e brilha ao introduzir o novo conceito de subordinação jurídica do futuro “o pensar para dar ordens”:

²⁰ SAMUELSON, Paul. *Economics, an introductory analysis*. Massachusetts:

É um grupo seletivo que a sociologia econômica americana denominou com muita propriedade de “*brain trust*” (grupo de cérebros), que poderíamos traduzir com precisão como “*fundo ou acervo de inteligência*” da empresa, numa conotação contábil. A afirmação de que o cérebro será o manancial de capital do futuro - diz corretamente da sua transformação em bem de produção, incorporando-o à engrenagem operacional da empresa. Não apenas o cumprir ordens mas o pensar para dar ordens. (grifos nossos)²¹

Em pesquisa citada por Kanitz²², realizada nas empresas de São Paulo com mais de 250 empregados, verificou-se que em 49% das empresas pesquisadas existiam diretores que não tinham relações de parentesco ou amizade com seus proprietários. Importante notar que desta pesquisa faziam parte empresas estrangeiras. Mesmo assim, em 43% das empresas nacionais existiam diretores que não tinham relações de parentesco ou amizade com seus proprietários.

Institute of Technology, 2001, p. 139.

²¹ CAMPOS, op. cit., p. 147.

²² Essa pesquisa foi realizada pelos professores Flávio Penteado Sampaio, Ary Ribeiro de Carvalho, Orlando Figueiredo, Heinrich Rattner e pelo autor, sob coordenação do primeiro, com os auspícios da FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - e do Centro de Pesquisas e Publicações da Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas. Os resultados preliminares foram publicados pelo Prof. Flávio Penteado Sampaio na *Revista de Administração de Empresas*, n.12, sob o título “Profissionalização do administrador paulista”. (*Revista de Administração de Empresas*, 6 (20), 1966)

Stephen Kanitz comenta a respeito do atraso no desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro e sobre a tendência dos empresários brasileiros no sentido de preferirem abrir mão do crescimento da empresa a perder o controle acionário crescendo rapidamente em negociações de fusões e aquisições:

Para os economistas, o empresário é um maximizador de lucros, um egoísta que sempre almeja o lucro máximo. Por razões culturais, o objetivo dos empresários brasileiros é maximizar o controle acionário. O importante, no Brasil, não é lucro máximo, e sim manter o controle de 100% da empresa na família. A maioria dos nossos empresários brasileiros opta por adquirir um negócio que gere lucros maiores ao invés de optar por um negócio que implique na abertura ou diluição do controle da empresa, ou seja, a maioria dos empresários brasileiros prefere ter 100% ou 51% de uma empresa pequena a ter 15% de uma enorme empresa. Esse objetivo cultural não consta nos livros de Keynes, Marx e Friedman, razão pela qual a ciência econômica não funciona no Brasil: as premissas básicas são outras e implicam uma política econômica totalmente diversa para o Brasil, algo que nunca foi feito.²³ (grifos nossos)

O autor faz importante comparação entre o cenário das empresas brasileiras e o mercado de capitais americano:

²³ KANITZ, 2003, op. cit., p. 4.

Em contrapartida, a realidade americana é bem diferente. Bill Gates não se preocupa a mínima em ter somente 15% de uma enorme empresa como a Microsoft e a maioria das empresas americanas opera globalmente, e o Brasil tem no máximo 5 (cinco) empresas brasileiras operando multinacionalmente.²⁴

O autor enfatiza o problema do poder de destituição dos Diretores pelos acionistas, ponto importante destacado no momento de defesa da tutela ou não deste profissional pelo Direito do Trabalho:

Empresários são eleitos por poucos membros de uma única família e administradores profissionais são eleitos democraticamente por milhares de pequenos acionistas. Por sua vez, administradores profissionais podem ser demitidos, e por isso pensam mais como trabalhadores que como acionistas. Empresários nunca são demitidos quando sabem controlar o capital da companhia, objetivo número 1 da empresa com ações em bolsa no Brasil. Os administradores profissionais competentes fazem o jogo político de conciliar os interesses conflitantes de trabalhadores, clientes, ecologistas, fornecedores e acionistas. Os empresários administram quase que exclusivamente pensando nos interesses da família.²⁵ (grifos nossos)

²⁴ Ibid., p. 7.

²⁵ Ibid., p. 2.

De forma bem atual e crítica, Kanitz afirma categoricamente que os privilégios concedidos aos executivos desvirtuaram o seu papel original de administradores profissionais:

O problema da Enron e do capitalismo americano atual foi a criação dos bônus anuais e opções de ações (“stock options”) para executivos, que passam a agir cada vez mais como os capitalistas de antigamente e cada vez menos como os administradores profissionais que deveriam ser. Mas isso tem fácil solução. É só cortar esses privilégios.²⁶ (grifos nossos)

Vale ressaltar que no cenário brasileiro a contratação de executivos estrangeiros para direção de empresas brasileiras subsidiárias de empresas estrangeiras influenciou o modelo de contratação dos executivos brasileiros no tocante a tais benefícios também.

Conclui-se que os administradores profissionais já são, portanto, uma realidade no Brasil e no mundo. O desafio agora é como tutelar este tipo de profissional no Direito do Trabalho.

No próximo tópico, o foco deste trabalho será estudar a administração na Sociedade Anônima para entender o tratamento jurídico do Diretor Estatutário como administrador profissional pela Lei de Sociedades Anônimas.

1.2 A administração na Sociedade Anônima

Naquela época o nosso mundo mercantil era dominado por estrelas e não por constelações – a bela época dos comerciantes individuais, tema tão a gosto dos nossos escritores realistas e que as imposições econômicas dos dias de hoje vão tornando pouco a pouco uma respeitável reminiscência histórica, engolfados na sua debilidade econômica e financeira pelas grandes sociedades.²⁶

Embora o aspecto mais importante para este trabalho científico seja o estudo da administração na Sociedade Anônima, não é possível fazê-lo sem antes discorrer, mesmo que de forma sucinta, sobre a evolução das sociedades de pessoas para a sociedade de capitais e sobre a origem do conceito de Sociedade Anônima.

A transição das sociedades de pessoas para a grande sociedade de capitais (Sociedade Anônima) foi lenta e progressiva, sendo que atualmente ainda convivem ambos os tipos de sociedades no Brasil.

Em sua origem, o mundo mercantil era dominado por comerciantes individuais constituídos em típicas sociedades de pessoas, sendo sua administração conferida ao verdadeiro dirigente do negócio: o sócio-proprietário (administrador patrimonial).

²⁶ Ibid, p. 5.

²⁷ MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. *Breves comentários à Lei de Sociedades por Ações*. São Paulo: Saraiva, 1977, introdução e p. 200-214.

Neste tipo de sociedade contratual, só os sócios podem exercer a gerência da sociedade, uma vez que eles próprios têm responsabilidades ilimitadas pelas obrigações assumidas pela sociedade.

Este aspecto é interessante na sociedade de pessoas, pois um sócio-gerente que não atue com cautela e diligência na gestão da empresa responde com o seu patrimônio particular pelas obrigações sociais, afetando da mesma forma o patrimônio particular dos demais sócios.

Na Sociedade Anônima, por se tratar de uma sociedade de capitais, é permitido a estranhos a função de administradores da sociedade, já que os sócios respondem somente pela importância com que entraram para a formação do capital.

Quanto à origem da palavra Sociedade Anônima, no âmbito empresarial, é comum a prática de se referir à Sociedade Anônima como Companhia, daí surgindo a dúvida sobre se tais palavras são utilizadas como sinônimas ou sobre a razão da origem da palavra Sociedade Anônima.

O termo “Sociedade Anônima” é advindo da antiga sociedade por conta de participação e a razão da expressão “anônima” é explicada pelo fato de que tal sociedade não existia para terceiros: sua atuação limitava-se aos seus sócios.

Darcy Arruda Miranda Júnior adverte que ambas as expressões são usadas como sinônimos, embora a lei vigente empregue mais constantemente o vocábulo “Companhia”.²⁸

²⁸ Ibid., p. 2.

Segundo os doutrinadores comercialistas, a expressão “Companhia” é uma das mais usadas e tradicionais ao referir-se a esse tipo de sociedade de capitais no âmbito do mercado de capitais.

No tocante ao conceito jurídico de Sociedade Anônima, a literatura comercial é ampla, mas vale destacar Carvalhosa:

(...) pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas ou adquiridas.²⁹

Em termos gerais, a Sociedade Anônima é uma sociedade de capital, na qual não interessa a qualidade dos sócios, cujo capital é dividido em ações e a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor das ações subscritas ou adquiridas ao preço de emissão.

Quanto à sua importância no cenário das sociedades atuais:

A Sociedade Anônima é, sem dúvida, o modelo societário mais importante de todos, pois corresponde à forma societária mais apropriada aos grandes empreendimentos econômicos devido às suas características fundamentais: limitação da responsabilidade dos sócios e a negociabilidade da participação societária³⁰.

²⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153.

³⁰ MIRANDA JÚNIOR, op. cit., p. 202.

Fran Martins entende que a inovação da sua administração é evidente, já que, ao contrário das sociedades tipicamente contratuais, as companhias introduziram no Direito Comercial a possibilidade de uma sociedade ser administrada por pessoas estranhas ao quadro social.³¹

Nos próximos sub-tópicos, a tarefa será analisar a evolução da legislação das Sociedades Anônimas no tocante à administração das companhias, com posterior descrição dos órgãos que as compõem e dos sistemas de estrutura de administração, com destaque para o sistema dualista de administração, introduzido pela Reforma da Lei das Sociedades Anônimas em 1974.

1.2.1 A evolução da administração na Sociedade Anônima

A origem da primeira Sociedade Anônima é controversa na doutrina comercial, já que todos concordam que a sociedade de ações tem similitude com diversos tipos societários.

Fran Martins³², apoiado na maioria dos doutrinadores de sua época, entende que a paternidade da sociedade por ações deveria ser conferida aos holandeses com a criação da Companhia das Índias Orientais, em 1602.³³

³¹ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 414.

³² Ibid., introdução, p. XVII-XXX.

³³ O autor cita que alguns consideram que a primeira Sociedade Anônima foi o Banco de São Jorge, em Gênova, em 1407.

No Brasil, aponta-se que a origem das companhias é de 1850, quando da promulgação do Código Comercial Brasileiro por Visconde de Mauá, muito embora o código tenha sido extremamente superficial (a matéria foi tratada em apenas cinco artigos³⁴).

O importante é destacar a importância do Código Comercial da época no sentido de que este trouxe pela primeira vez uma previsão legal expressa, em seu artigo 295, sobre a possibilidade do cargo de direção ser ocupado por pessoa estranha ao quadro de acionistas³⁵.

Segundo Dima da Veiga Júnior, a permissão, entretanto, não era utilizada na prática, já que a maioria dos estatutos estipulava a obrigatoriedade da qualidade de sócio para integrar a Diretoria e, ainda mais, fixava em geral um número elevado de ações (em regra 50) adquiridas três, quatro e seis meses antes da eleição.³⁶

Embora a segunda metade do século XIX tenha trazido a plena normatização da Sociedade Anônima em todo o mundo ocidental, no Brasil somente em 4 de novembro de 1882 foi promulgada a Lei de Companhias e Sociedades Anônimas nº 3.150.

Foi considerada como “a Lei Áurea das Sociedades Brasileiras”, uma vez que a Sociedade Anônima se libertou da regra geral de necessidade de autorização governamental para se constituir.

Quanto ao aspecto da administração da Sociedade Anônima, o artigo que mais interessa ao nosso estudo é o artigo 9º transcrito a seguir:

³⁴ Nem se imaginaria que futuramente iria exigir-se uma verdadeira legislação específica para normatizar as Sociedades Anônimas.

³⁵ Posteriormente, houve a mesma previsão pela Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860, que regulou os bancos de emissão.

“As sociedades ou companhias anônimas serão administradas por mandatários temporários, revogáveis, reelegíveis, sócios ou não-sócios. Extipendiados ou gratuitos não poder do cada mandato exceder o prazo de 6 (seis) anos”. (grifos nossos)

Desta forma, a partir da Lei nº 3.150/1882, pode-se registrar que surgiu pela primeira vez a possibilidade de administração de uma sociedade por um administrador não-sócio, sendo a lei expressa no sentido de que a natureza de tal relação jurídica era de mandato.

Na prática, embora a lei tivesse um intuito progressista, a administração da Sociedade Anônima continuou conferida a uma grande maioria de acionistas e Dima da Veiga Júnior explica a razão de tal fato:

(...) não se pode abstrair o fato de que a própria lei condicionava o exercício de cargo de Diretor apenas ao acionista, na medida em que exigia uma caução em ações como garantia de sua gestão. É verdade que referida garantia poderia ser prestada por qualquer acionista, prevendo-se, pois o caso do administrador não possuir ações da sociedade, mas é fácil deduzir que só em casos excepcionalíssimos, alguém se aventuraria a congelar seu capital como garantia em benefício de um terceiro³⁷ (grifos nossos)

³⁶ VEIGA JÚNIOR, Dima da. *As Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1888, p. 331.

A referida legislação imperial sobre as Sociedades Anônimas não teve vida longa, sendo logo revogada pelo governo republicano, através do Decreto nº 164, de 17 de janeiro de 1890.

Dimo da Veiga Júnior, por incumbência de Rui Barbosa (ministro da Fazenda da época), foi incumbido de redigir a nova legislação: o Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891, que teve vigência por quase meio século, ou seja, até 1940, e incorporou algumas conquistas de legislações e doutrinas estrangeiras mais avançadas.

É importante salientar que persistiu a exigência da garantia da gestão em ações da própria empresa, ainda que facultada a prestação por terceiro acionista, o que dificultava o acesso de não-sócios ou de pequenos acionistas ao comando da empresa.

Virgílio de Campos explica que este foi um importante passo para a desvinculação da propriedade da administração da sociedade, já que a lei admitiu expressamente a hipótese de alguém de fora dos quadros sociais ser contratado para administrar a empresa. Contudo, a exigência de garantia da gestão em ações da própria empresa acabou possibilitando, na grande maioria das empresas, a manutenção da administração em poder do fechado grupo dos grandes acionistas.³⁸

Percebe-se que o conceito de propriedade ainda estava muito ligado ao de administração, mesmo nas sociedades de capitais, pois as Sociedades Anônimas da época eram em sua grande maioria sociedades fechadas e familiares, sendo raros os casos de administradores não-sócios como dirigentes de tais empresas.

³⁷ Ibid, p. 332.

³⁸ CAMPOS, op.cit., pág. 151.

Em 1940, a nova legislação sobre as Sociedades Anônimas (Decreto-lei nº 2.627/1940) trouxe três importantes alterações de impacto para este estudo científico.

A primeira interessante alteração explica a origem do termo “Diretor”, já que a nova legislação exigiu a abolição da expressão tradicional de “administrador”, que foi substituída pela nova denominação de “Diretor”.

A segunda alteração foi fortemente influenciada pelos comercialistas da época, que se preocupavam com a natureza jurídica trabalhista do vínculo do Diretor com a sociedade, uma vez que a legislação comercial até o momento utilizava-se do termo “nomeação”, sendo que, assim, a nova legislação substitui tal termo por “eleição”.

A última alteração a se destacar é que a lei passou a exigir a “remuneração” dos serviços prestados pelos Diretores, portanto revogando a legislação anterior que previa que os serviços poderiam ser prestados de forma gratuita.

Desta forma, é imprescindível ressaltar que tais alterações trouxeram uma série de impactos na natureza jurídica da relação do Diretor com a Sociedade Anônima.

Em primeiro lugar, a nova denominação procurou enfatizar a condição superior e autocrática do gestor, colocando-o no topo da organização empresarial, com a especial distinção de que o Diretor não apenas administra, mas, sobretudo, dirige a empresa. (grifos nossos).

Ao utilizar-se do termo “eleição”, buscou demonstrar ainda que nenhum vínculo contratual (societário ou trabalhista) existia entre a Assembléia Geral de acionistas e o Diretor, uma vez que a Assembléia Geral não mais nomeava administradores, mas elegia Diretores. (grifos nossos)

Por outro lado, a terceira alteração passou a preocupar os comercialistas da época. Embora não permitisse mais a prestação de serviços gratuitos, passou a utilizar a expressão “remuneração” ao se referir aos valores pagos pela prestação de serviços de administração da sociedade pelo Diretor e diversos doutrinadores trabalhistas passaram a se apoiar neste argumento para defender a existência de uma relação de emprego.

A fim de evitar riscos trabalhistas, passou a ser comum que as empresas da época se utilizassem das expressões “honorários” ou “emolumentos” para designar o pagamento dos serviços prestados pelos Diretores, com o intuito de não aproximar nenhum elemento da relação societária mantida entre a empresa e os Diretores com a legislação trabalhista.

Na década de 70, a formação e o desenvolvimento de grandes empresas no Brasil reclamaram a reforma da Lei das Sociedades Anônimas. Sendo assim, o Decreto-lei nº 2.627/1940 foi revogado pela Lei nº 6.404/76.

A nova Lei das S.A. pretendeu fortalecer o mercado de capitais de risco e permitir a sobrevivência da empresa privada na fase econômica da época, buscando atrair riscos oriundos da poupança popular.

Não há como negar que a Lei nº 4.728/74 (Lei de Mercado de Capitais) e o Decreto nº 6.024/74 (lei de responsabilidade dos administradores na Sociedade Anônima), juntamente com a nova Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), introduziram um novo cenário empresarial na sociedade brasileira.

Não obstante a Lei nº 6.404/76 ter sido caracterizada como tipicamente oligárquica, devido à predominância dos grandes acionistas-controladores, ela trouxe um forte impacto na estrutura de administração das companhias.

Em primeiro lugar, adotou-se uma nova concepção de administração, a estrutura dualista de órgãos, ao ser criado o Conselho de Administração.

Em segundo lugar, aboliu-se a obrigatoriedade de o Diretor garantir a sua gestão com o caucionamento de ações da própria empresa, prevendo-se apenas que o estatuto poderia determinar ou não alguma garantia e, caso determinasse alguma garantia, esta poderia ser de qualquer espécie, conforme o artigo 148 transcrito abaixo:

O estatuto pode estabelecer que o exercício do cargo de administrador deva ser assegurado, pelo titular ou por terceiro, mediante penhor de ações da companhia ou outra garantia.

Neste aspecto, o importante a destacar é que houve a total desvinculação da propriedade da administração, pois a maioria das empresas passou a não exigir mais nenhum tipo de garantia para a posse do Diretor.

Embora a Lei das Sociedades Anônimas tenha sofrido diversas alterações nos últimos anos, principalmente com a Lei nº 10.303/2001, a maioria dos doutrinadores de direito empresarial ainda considera que a nossa legislação protege mais o controlador e não o pequeno acionista, algo totalmente inconstitucional em um país democrático.

Por último, no tocante aos impactos do novo Código Civil, vale destacar que a nova divisão das sociedades (sociedades empresárias e sociedades simples) não alterou o regime das companhias.

As Sociedades Anônimas sempre foram reguladas por legislação especial, que dispunha que, independentemente do objeto social, as companhias eram sempre comerciais³⁹ e, em vista da alteração do novo Código Civil, as companhias passaram a ser empresárias, nos termos do parágrafo único do artigo 982.

A maior contribuição do novo Código Civil foi a adoção da teoria da empresa, que influenciou todo o Direito Empresarial, sendo que este aspecto será aprofundado no último capítulo deste trabalho.

No próximo item, a abordagem é voltada à estruturação interna da Sociedade Anônima, com a análise de cada um dos seus órgãos e suas respectivas funções, embora de forma breve, a fim de localizar o lugar e o papel da Diretoria, já que este órgão é a “morada” dos Diretores Estatutários.

Registre-se que já que há dois tipos de sistemas de estrutura de administração da sociedade anônima (monista e dualista), abordado posteriormente, será incluído no estudo do próximo tópico o Conselho de Administração também.

³⁹ Conforme previsão do parágrafo 1º, artigo 2º, da Lei nº 6.404.

1.2.2 Os órgãos da Sociedade Anônima

Os órgãos da Sociedade Anônima com competência e composição disciplinados na Lei de Sociedades Anônimas são: a Assembléia Geral, o Conselho de Administração, a Diretoria e o Conselho Fiscal.

Fábio Konder Comparato ensina que diferentemente das demais sociedades, a liberdade negocial dos particulares na organização da companhia é limitada, pelo respeito devido a esta estrutura básica.⁴⁰

Em sua opinião, o legislador reproduzindo a mesma divisão dos poderes do Direito Constitucional, atribuiu aos órgãos da Sociedade Anônima poderes próprios, denominados pelo autor de “poderes-funções”: o poder-função deliberante à Assembléia Geral, o poder-função administrativo à Diretoria e o poder-função sindicante ao Conselho Fiscal⁴¹.

Segundo Comparato, cada um desses órgãos próprios são dotados de poder próprio, não se colocando no mesmo nível, pois são organizados hierarquicamente⁴².

A Lei das Sociedades Anônimas estabelece que só poderá ser membro do órgão quem for acionista, com exceção da Diretoria.

A Assembléia Geral é o órgão máximo da Sociedade Anônima, de caráter exclusivamente deliberativo e que reúne todos os acionistas, é sem dúvida, o órgão primário que investe os demais, elegendo seus membros e podendo destituí-los.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle nas Sociedades Anônimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p. 14

⁴¹ Ibid, p. 14.

⁴² Ibid, p. 15.

O Conselho de Administração⁴³ é órgão colegiado de caráter deliberativo, ao qual a lei atribui parte da competência da Assembléia Geral, com o objetivo de agilizar a tomada de decisões de interesse da companhia⁴⁴.

A Diretoria é órgão de representação legal da companhia e de execução das deliberações da Assembléia Geral e do Conselho de Administração. Aos seus membros compete, no plano interno, dirigir a empresa e, externamente, manifestar a vontade da pessoa jurídica, na generalidade dos atos e negócios.

O Conselho Fiscal é um órgão colegiado destinado ao controle dos órgãos de administração, atribuição que exerce para a proteção dos interesses da companhia e de todos os acionistas.

Nos termos da Lei nº 6.404/76, a administração das Sociedades Anônimas compete, conforme dispuser o estatuto, ao “Conselho de Administração” e à “Diretoria”, ou somente à Diretoria, cabendo, quando existente, ao Conselho de Administração eleger e destituir Diretores.

É importante deixar claro que a representação da sociedade é privativa dos Diretores, os quais atuam como órgãos da sociedade.

⁴³ Cabe ao estatuto fixar o número de conselheiros (mínimo legal de três conselheiros) e o prazo de duração do mandato (nunca superior a três anos). A Assembléia Geral elege e pode a qualquer tempo destituir os membros do Conselho de Administração.

⁴⁴ Seria cansativo indicar todos os numerosos dispositivos da Lei nº 6.404/76 que enunciam poderes da Assembléia Geral, bastando destacar os mais importantes: a) destituir administradores e fiscais da companhia; b) tomar anualmente as contas dos administradores; c) autorizar emissão de debêntures; d) suspender o exercício dos direitos de acionistas; e) deliberar sobre avaliação de bens para formação do capital; f) autorizar emissão de partes beneficiárias; g) deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação etc. e h) autorizar a confissão de falência ou o pedido de concordata.

Os Diretores não precisam ser acionistas da companhia e são eleitos pelo Conselho de Administração, se houver, ou, caso contrário, pela Assembléia Geral.

Os Diretores são destituíveis pelo órgão competente para a eleição a qualquer tempo. Podem integrar também a Diretoria até 1/3 dos membros do Conselho de Administração.

O Conselho de Administração é composto por, no mínimo, três membros eleitos pela Assembléia Geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, sendo certo que os conselheiros são acionistas.

O Conselho Fiscal é órgão de existência obrigatória, mas de funcionamento facultativo, composto de no mínimo três membros ou no máximo cinco, acionistas ou não.

As competências fiscalizatórias atribuídas pela lei ao Conselho de Administração e ao Conselho Fiscal são diferentes, destacando-se a maior amplitude do primeiro em relação ao segundo.

O funcionamento do Conselho Fiscal pode ser permanente ou instalado a pedido de acionistas, conforme dispuser o estatuto social. É composto de três a cinco membros, com igual número de suplentes, dentre acionistas ou não, eleitos pela Assembléia Geral, sendo sua função indelegável e sua remuneração fixada pela Assembléia Geral.

O Conselho de Administração, ao fiscalizar os Diretores, exerce competência não limitada à legalidade ou adequabilidade contábil dos atos praticados, mais abrange a conveniência, oportunidade e quaisquer outros aspectos que tomar por relevantes.

Ao Conselho Fiscal não cabe entrar no mérito da decisão adotada pelos Diretores na condução dos negócios sociais, porque ele não os pode substituir na administração da empresa.

Já o Conselho de Administração, como órgão colegiado, ao fiscalizar a Diretoria tem poderes para questionar qualquer ato praticado, bem como para determinar correções.

Por fim, é importante ressaltar a nova redação do art. 283 da Lei nº 6.404/76, no capítulo da sociedade comandita em ações, dada pela Lei nº 9.457, de 05 de maio de 1997:

Art. 283. A assembléia-geral não pode, sem o consentimento dos diretores ou gerentes, mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, emitir debêntures ou criar partes beneficiárias nem aprovar a participação em grupo de sociedade.

Este artigo é extremamente polêmico e alguns entendem que de rara aplicação prática, já que se considerando que os Diretores podem ser substituídos a qualquer momento, que seu mandato é temporário, dentre outros aspectos, parece ser remota e improvável a hipótese de algum Diretor opor alguma resistência a qualquer deliberação da Assembléia Geral.

Segundo Antônio Borges de Figueiredo, o artigo 283 tem redação imperfeita, pois não prevê se deve ser unânime a posição dos gerentes ou Diretores:

(...) não fica claro o objetivo do referido dispositivo legal, pois se as ações não pertencerem aos diretores ou gerentes, qual seria o interesse dos mesmos em fazer oposição a qualquer alteração, mormente se os mesmos podem ser destituídos a qualquer momento? O vocábulo gerentes é novo na Lei das Sociedades Anônimas., podendo abranger qualquer administrador⁴⁵.

Comparato brilhantemente explica que a assembléia geral não se confunde com a companhia e que embora esta seja órgão máximo, ela não é organismo, como nas demais sociedades e afirma que “embora seja incontestável o seu poder como órgão primário, ela não é órgão supremo, seu poder se aproxima mais a noção de soberania”⁴⁶.

De qualquer forma, a maioria dos doutrinadores entendem que a inovação legislativa sinaliza a preocupação de conciliação entre os interesses dos acionistas e os dos administradores. Contudo, a efetiva aplicação na prática do artigo 283 é ainda extremamente polêmica.

Após finalizar esta sucinta apresentação dos órgãos da Sociedade Anônima, o próximo passo é analisar com mais detalhamento a sua administração e os dois sistemas de estrutura de administração: monista e dualista, com destaque para este último sistema, pela presença do novo órgão: o Conselho de Administração.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Diretor de Sociedade Anônima pode ser empregado? *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre, n. 106, abr. 1998, p.27.

⁴⁶ Ibid, p. 16.

1.2.3 Os sistemas de estrutura de administração: monista e dualista

Na Sociedade Anônima é permitido aos estranhos a função de administradores da sociedade, porque esta, na realidade, é um organismo que funciona apenas em razão do capital de que dispõe, não acarretando responsabilidade subsidiária para os sócios, que respondem somente pela importância com que entraram para a formação do capital. Os atos de gerência serão, assim, quase que atos técnicos, com a finalidade de fazer com que a sociedade obtenha resultados satisfatórios nas suas negociações.⁴⁷

Segundo Fábio Ulhoa Coelho⁴⁸, a tecnologia jurídica distingue dois sistemas de estrutura de administração da Sociedade Anônima: o monista e o dualista.

Segundo o autor, o sistema monista de estrutura da administração de Sociedades Anônimas é o que prevê órgão único de supervisão e controle dos atos de gestão da empresa (a Assembléia Geral dos acionistas), ao passo que o dualista reparte essa atribuição em dois órgãos (a Assembléia Geral e o Conselho de Administração)⁴⁹.

⁴⁷ MARTINS, op. cit., p. 415.

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003, p. 234-242.

⁴⁹ Ibid, pág. 234.

No primeiro⁵⁰, a fiscalização e a supervisão dos executivos encarregados de organizar a empresa e representar legalmente a pessoa jurídica (no Brasil, os “Diretores”) competem exclusivamente aos acionistas, reunidos em seu órgão próprio (a Assembléia Geral), com ou sem o auxílio de outro órgão, encarregado de aferir a regularidade contábil e legal dos atos objeto de administração (o Conselho Fiscal).

No sistema dualista⁵¹, há um outro órgão (o Conselho de Administração), por assim dizer intermediário entre a Assembléia Geral e a Diretoria, que também exerce essas funções.

Fábio Ulhoa Coelho explica que a diferenciação entre o sistema monista e o dualista, não está no número de órgãos de administração:

“o correto é deslocar o foco do número de órgãos administrativos para o de órgãos com competência para a fiscalização e supervisão da administração: se for esta privativa da assembléia geral, o sistema é monista: se concorrentemente com outro órgão, dualista”.⁵²

⁵⁰ É monista, também, o direito espanhol, no qual o *conselho de administración* não é órgão supervisor, mas apenas a referência à gestão da companhia, quando confiada a três ou mais diretores, conjuntamente (SANCHEZ, 1992, p. 207-208, apud COELHO, op. cit.). A Itália é outro exemplo de país com direito monista, uma vez que a administração da empresa pode ser confiada a uma só pessoa (*amministratore unico*) ou a mais de uma (*consiglio di amministrazione*), não existindo órgão de supervisão diverso da assembléia. (COELHO, op. cit., p.235)

⁵¹ O sistema dualista é criação do direito alemão. O *Allgemein Deutsches Handelsgesetzbuch*, de 1861, já previa, além do órgão de direção da empresa (o *Vorstand*), também um colegiado de fiscalização e controle (o *Aufsichtsrat*), que, inicialmente, era facultativo, mas se tornou, logo em 1870, de existência obrigatória (Ibid., p. 235).

⁵² Ibid, p. 234.

Portanto, a partir da Lei nº 6.404/76, o Brasil passou a contar com as duas possibilidades de estrutura de administração da Sociedade Anônima, o sistema monista (só há a Diretoria) e o sistema dualista (convivem dois órgãos a Diretoria e o Conselho de Administração):

I - uma diretoria eleita pela Assembléia Geral⁵³, sendo que os Diretores administram com totais poderes de gestão; e

II – o Conselho de Administração como órgão deliberativo eleito pela Assembléia Geral e uma Diretoria, escolhida esta pelo Conselho de Administração, sendo que neste caso os poderes de gestão dos Diretores têm limites e alguns dependem da aprovação do Conselho.

Coelho é favorável ao novo modelo de estrutura de administração implementado pela Lei nº 6.404/76:

“assim, convivem, entre nós, os dois sistemas. De qualquer modo, ao estipular a facultatividade genérica do modo monista e a obrigatoriedade excepcional do dualista, o direito brasileiro acompanha a tendência do tratamento da matéria nos demais países”⁵⁴.

⁵³ Baseada na teoria monista, já prevista pelo Decreto-Lei nº 2.627/40. (Ibid., p.235)

⁵⁴ Ibid, p. 234.

Registre-se que o grande debate sobre o regime jurídico do Diretor surgiu no Brasil no momento em que a lei passou a exigir dois órgãos e atribuiu a um deles a competência para escolher os membros do outro órgão, o Conselho de Administração.

O desdobramento obrigatório da administração em Conselho e Diretoria trouxe a questão de saber se os integrantes da Diretoria estão vinculados por um contrato de trabalho ou por uma relação jurídica de outra natureza.

A maioria dos doutrinadores de Direito Comercial entende que a possibilidade está excluída quando o Diretor é apenas, exclusivamente, unicamente, legado à Assembléia Geral (sistema monista), pois não se pode falar em subordinação a um órgão deliberativo; a subordinação é sempre a um órgão administrativo.

No sistema dualista, alguns doutrinadores comercialistas sustentam que o Conselho de Administração, ao fiscalizar os Diretores, exerce competência não limitada à legalidade ou adequabilidade contábil dos atos praticados, mas também abrangente da sua economicidade, conveniência, oportunidade e quaisquer outros aspectos que tomar por relevantes.

Desta forma, a existência de tais competências implica que o Diretor seja subordinado ao Conselho de Administração e, sendo assim, nada obstará que pudesse existir uma relação empregatícia entre o Diretor e a companhia.

Nesse sentido, Virgílio de Campos entende que o Conselho de Administração nada mais é que a instrumentalização do controle da Diretoria pelo corpo de acionistas.⁵⁵

Em sentido oposto, Modesto Carvalhosa defende que não há qualquer subordinação entre o Conselho e os Diretores e afirma que atualmente o poder efetivo de administração está nas mãos dos Diretores, constituindo o Conselho um órgão meramente homologatório dos atos praticados por aqueles e chega a utilizar o termo “hegemonia tecnocrática” ao referir-se aos Diretores:

Somente os diretores exercem o poder. A tecnocracia empresarial assume todo o poder, em razão das técnicas de administração. Esse processo de hegemonia dos técnicos na vida empresarial moderna levou a que não apenas a assembléia geral fosse alijada do centro de decisões da companhia, mas também o conselho de administração.⁵⁶

Samuelson, referindo-se ao Conselho de Administração na legislação americana (chamado de “Conselho de Direção”), explica o seu papel de mero consultor da política geral de administração da companhia e sustenta que o poder de direção dos negócios da companhia está no controle gerencial (Diretoria):

⁵⁵ CAMPOS, op. cit., p. 154.

(...) o presidente da Companhia é o espírito dominante. À medida que envelhece, vai tratando de se eleger presidente do Conselho-Diretor. Em geral, o presidente do conselho é uma espécie de velho estadista que, assistido por um conselho executivo ou velho consultivo, dá orientação e aprovação aos atos do presidente da Companhia e de seus inúmeros vice-presidentes. O Conselho de Administração é, pois, a alma mater da empresa, autêntico reduto dos donos da mesma, que transferem às mãos mais habilitadas dos administradores profissionais a direção executiva dos negócios⁵⁷.

Fábio Ulhoa Coelho esclarece com grande veemência: “Convém recordar, a propósito, que, no Brasil, o conselho de administração, embora detenha poderes para tanto, não costuma ingerir-se nos assuntos da diretoria”.⁵⁸

Após este breve estudo dos sistemas de administração da Sociedade Anônima e a importante discussão dos poderes da Diretoria no sistema monista e no sistema dualista, passamos agora a análise dos direitos e deveres do Diretor Estatutário previstos na Lei de Sociedades Anônimas.

⁵⁶ Ibid., p. 18-19.

⁵⁷ SAMUELSON, op. cit., p. 140.

⁵⁸ COELHO, op. Cit, pág. 235.

1.2.4 Os direitos e deveres dos Diretores Estatutários na Sociedade Anônima

Este tópico é de extrema importância, já que na possibilidade de se entender que o Diretor é um simples prestador de serviços, sem nenhum direito trabalhista, o julgador teria que aplicar os direitos previstos na Lei de Sociedades Anônimas.

Primeiramente, cumpre salientar que a legislação das Sociedades Anônimas trata do Conselho de Administração e da Diretoria no mesmo capítulo (contendo 22 artigos), uma vez que o legislador definiu ambos, conselheiros e Diretores, como administradores.

O referido capítulo XII é dividido em quatro seções, tratando cada uma dos seguintes assuntos: Conselho de Administração (seção I) Diretoria (seção II), Administradores (seção III) e Deveres e Responsabilidades (seção IV).

Interessante ressaltar que a seção II, que trata da Diretoria, possui somente dois artigos, já que todos os direitos e deveres dos Diretores Estatutários são regulados juntamente com os dos conselheiros, nas seções III e IV.

O único direito garantido ao Diretor Estatutário como prestador de serviços à companhia, disciplinado pela legislação da sociedade anônima, refere-se a sua remuneração, que engloba o valor fixo (pro labore), o valor variável (participação no lucro da companhia) e os benefícios.

O direito a remuneração dos administradores está previsto no artigo 152 da seção III, com redação dada pela Lei nº 9.457/97:

A assembléia geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor de seus serviços no mercado..

Parágrafo 1º - O estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% ou mais do lucro líquido, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia, desde que o seu total não ultrapasse a remuneração anual dos administradores nem 1/10 dos lucros, prevalecendo o limite que for menor. (grifos nossos)

A Assembléia Geral pode definir, em termos globais, o montante a ser distribuído entre cada um dos administradores, ou aprovar, desde logo, a distribuição com a separação, quando é o caso, da parte cabível ao Conselho e à Diretoria; e, nessa hipótese, a estipulação da remuneração individual é feita subseqüentemente pelo órgão de administração a que pertence.

A fim de preservar a privacidade dos Conselheiros e Diretores, a regra geral é que se opta pela primeira fórmula, ou seja, a aprovação do valor global que a companhia irá gastar com os serviços prestados pelos seus administradores.

O parágrafo 1º do artigo 152 permite a estipulação de participação no lucro da empresa, além da remuneração fixa mensal, mas com esta não se confunde. Conseqüentemente, a remuneração fixa, ou seja, os honorários (mais conhecidos como pro labore), deve ser paga mesmo que a companhia não tenha lucros.

Modesto Carvalhosa discorre sobre os fundamentos da remuneração fixa e variável dos administradores e ressalta o princípio da equivalência jurídico-econômica:

Remuneração fixa – direta ou indireta – é aquela deliberada pela assembléia geral e correspondente à contraprestação dos serviços prestados pelo administrador à companhia. Deve ter equivalência jurídico-econômica com o valor objetivo dos serviços efetivamente prestados.⁵⁹

A Assembléia Geral detém também poderes para determinar a remuneração indireta dos administradores, tais como: moradia, automóvel, opções de ações (*stock options*) etc. Nada obsta que neste valor global seja incluída eventual indenização na hipótese de destituição do Diretor Estatutário.

Segundo Modesto Carvalhosa, a alteração da Lei nº 9.457/97 teve uma função moralizadora ao instituir limites eficazes e critérios definidos na estipulação da remuneração dos administradores⁶⁰.

⁵⁹ CARVALHOSA, op. cit., p. 260.

⁶⁰ Ibid., p. 246.

Segundo o autor, a ampliação da competência da Assembléia Geral de estipular remuneração indireta e verbas de representação foi louvável:

Com essa regra imperativa, procura-se cercear os abusos que vinham sido cometidos, notadamente nas Companhias Abertas, com respeito à remuneração indireta dos administradores, representada por serviços particulares e facilidades que lhes são atribuídas, num constante e progressivo aumento de remuneração indireta, muitas vezes maior do que aquela deliberada pela assembléia geral.⁶¹ (grifos nossos)

É interessante ressaltar que a Lei das Sociedades Anônimas procurou estabelecer critérios objetivos para estipulação da importância a ser paga ao administrador por seus serviços: responsabilidade, o tempo dedicado à companhia, a sua competência e reputação profissional, bem como os níveis de mercado.

Portanto, se a remuneração atribuída (ao próprio controlador ou a outra pessoa) for incompatível com a prática do mercado, o acionista ou acionistas que a aprovaram devem indenizar os prejuízos da companhia; a mesma responsabilidade têm os membros do Conselho de Administração ou da Diretoria se repartem o montante global definido pela Assembléia.

O mesmo raciocínio acima pode ser aplicado aos pacotes de desligamento comumente oferecidos aos diretores.

Segundo o artigo 153 da Lei das Sociedades Anônimas, os principais deveres impostos por lei aos administradores da companhia são de diligência, cumprimento das finalidades da empresa e lealdade de informar.

O dever de diligência compreende o dever de empregar técnicas aceitas pela ciência da administração de empresas na condução dos negócios sociais, tendo em vista a realização dos fins da empresa.

O dever de cumprimento das finalidades da empresa traduz-se na atuação dos administradores buscando atingir os fins e interesses da companhia, o bem público e a função social da empresa.

A lealdade de informar representa a obrigação do administrador de comunicar à bolsa de valores e a de divulgar pela imprensa qualquer deliberação da Assembléia Geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos negócios que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

O descumprimento dos deveres legais pelos administradores pode gerar dano a qualquer pessoa. A Sociedade Anônima, seu substituto processual, ou quem quer que demande administrador, por danos derivados do modo como ele exerce ou exerceu suas funções na companhia, deve provar: a) o descumprimento de dever imputado por lei ou estatuto; b) a existência e a extensão dos danos sofridos; c) o liame de causalidade entre o descumprimento do dever e o prejuízo.

⁶¹ Ibid., p. 247.

A responsabilidade dos administradores por danos infligidos à companhia é apurada por deliberação da Assembléia Geral.

A efetivação da responsabilidade dos administradores por dano imposto à companhia decorre, normalmente, da condenação judicial em ação de indenização promovida pelo titular do direito indenizatório, isto é, a própria sociedade por ações.

A solidariedade entre os administradores existe apenas se a irregularidade diz respeito a dever legal imposto para assegurar o normal funcionamento da empresa.

Na sociedade fechada, respondem todos os administradores que não consignaram em ata a sua divergência. Na aberta, respondem os administradores com competência relacionada com a irregularidade, a menos que tenham consignado em ata sua divergência e comunicado o assunto à Assembléia Geral.

A doutrina trabalhista, ao analisar o vínculo jurídico existente entre o Diretor e a Sociedade Anônima, distinguiu entre o executivo recrutado externamente (que nunca foi empregado da companhia) e o ex-empregado recrutado dos quadros internos da empresa. Cada uma dessas hipóteses, será analisada separadamente nos próximos capítulos.

Capítulo 2 - A Natureza Jurídica do Vínculo do Diretor Estatutário Recrutado Externamente

Segundo Maurício Godinho Delgado⁶², na hipótese do Diretor ser recrutado externamente⁶³ à Sociedade Anônima, a doutrina tem se dividido em duas grandes teorias: a vertente clássica (ou tradicional) e a vertente moderna (ou intervencionista).

A vertente clássica, de forte tendência negativista, defende a incompatibilidade de situações entre a posição societária do Diretor e a posição organizacional do empregado. Portanto, aquele jamais poderia ser considerado empregado. As situações jurídicas, de natureza diretiva e de natureza subordinada, seriam reciprocamente excludentes.

Os defensores da corrente clássica se dividem em duas teorias: a teoria do mandato e a teoria organicista.

A teoria do mandato entende que o Diretor seria mandatário da sociedade que dirige (e que representa), razão pela qual não poderia, ao mesmo tempo, dirigir, representar e subordinar-se a si mesmo.

Já a teoria organicista tem caráter negativista, sustenta que o Diretor é “órgão” da “sociedade” - e não simples mandatário, sendo inassimilável sua posição à do empregado.

⁶²DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p.356-358.

⁶³ “Diretor eleito pela assembléia geral, para gerir Sociedade Anônima e inclusive sem ostentar, em momento anterior ao evento, a condição de empregado da empresa, está situado fora da clientela do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.” (TST, 1ª Turma, Proc. RR-549551/1999, Rel. Juiz Convocado João Amílcar Pavan, j. 23/5/2001, DJU 14/9/2001, p. 397)

A corrente moderna entende serem compatíveis a posição societária do Diretor e a existência da relação de emprego simultaneamente.

Este tema tornou-se mais polêmico ainda na atualidade, por força do artigo 118 da Lei das Sociedades Anônimas, com nova redação dada pela Lei nº 10.303/2001, que permite a possibilidade de celebração de acordo de acionistas.

Alguns doutrinadores entendem que na hipótese de existir acordo de acionistas, os administradores passam a não ter nenhuma autonomia nas matérias objeto do acordo de acionistas e que tal forma de controle feriria os princípios de governança corporativa e evidenciaria a hegemonia dos controladores. Este tema não será abordado com profundidade no escopo deste trabalho, já extremamente novo e polêmico.

2.1 Da corrente tradicional ou clássica

2.1.1 Da teoria do mandato

De acordo com a teoria contratualista, a relação entre a administração e a sociedade é de natureza nitidamente convencional, expressa por mandato ou locação de serviços.

Essa teoria prevaleceu durante muito tempo, já que o Código Comercial de 1850 e a Lei de Companhias e Sociedades Anônimas nº 3.150/1882 dispunham expressamente que as companhias seriam administradas por mandatários.

Naquela época, as funções de gestão e o poder de representação da sociedade efetivavam-se pelo mandato. Assim, os poderes dos administradores eram delegados e não próprios.

Os autores que defendem a teoria do mandato sustentam que como mandatários, os Diretores são nomeados pelos acionistas e por eles demissíveis *ad nutum*, e por não possuírem poderes próprios, agem sempre em nome e por conta dos acionistas⁶⁴.

A principal crítica apresentada por Carvalhosa a esta teoria é que não se pode falar em mandato em se tratando de uma função sem a qual a própria sociedade não poderia existir. Não se pode falar em mandato quando há imperatividade da existência de administradores:

Não tendo a assembléia poderes de gestão e de representação, próprio dos administradores, não se pode falar em mandato, pois não pode haver mandatários com mais poderes que o mandante. Ademais, o mandato exige 2 (dois) sujeitos, o que tecnicamente não se verifica na pessoa jurídica. (grifos nossos)⁶⁵

Há uma nítida diferença entre poderes delegados e mandato. O mandatário não é delegado de um órgão da administração da companhia, mas procurador da própria sociedade. Quem outorga a procuração é a sociedade, ao passo que, na delegação de atribuições, quem transfere funções é o próprio órgão.

⁶⁴ CARVALHOSA, op.cit., p. 20.

⁶⁵ Ibid., p. 20-21.

No mandato societário, que é explicitamente previsto na lei, a sociedade, como pessoa jurídica, emite declaração de vontade, enquanto mandante, que afeta a esfera jurídica de outra pessoa, o mandatário.

2.1.2 Da teoria do organicista

Conforme observou Pontes de Miranda observou ⁶⁶: “Os juristas, por muito tempo, confundiram o poder e o mandato (...). O mandato é contrato; a outorga de poder, negócio jurídico unilateral”.

Pontes de Miranda ao tratar da representação da pessoa jurídica sustenta que o poder de representar provém do estatuto social e que o órgão detem mais poderes que o representante tradicional:

O órgão da pessoa jurídica é mais do que representante . A pessoa jurídica mesma atua por intermédio do órgão, que algo é entre o representante stricto sensu e o núncio. A diferença entre ele e o representante é algo ineliminável. A nomeação por outro órgão é que estabelece o poder de órgão: a relação de organicidade aproxima-se da relação jurídica de representação, porém com ela não se identifica⁶⁷.

O autor ressalta que a prática de ato por órgão da pessoa jurídica trata-se de “presentação”:

⁶⁶ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, Tomo III, 2000,p. 272.

Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo do jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas apresentação. O ato do órgão não entra no mundo jurídico como ato da pessoa, que é órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu⁶⁷.

Segundo Modesto Carvalhosa, a teoria organicista reconhece a divisão e indelegabilidade de funções dos órgãos societários. A administração faz parte da própria estrutura da pessoa jurídica.

O Diretor de Sociedade Anônima, eleito pela assembléia geral dos acionistas com direito a voto, torna-se o seu representante – o órgão através do qual a pessoa jurídica pode agir na sua vida de relação. Entre a sociedade e as pessoas físicas que a representam não há vínculo de natureza contratual. O poder de representação decorrente de atribuição prevista em estatuto social é, na essência, igual àquele decorrente de um mandato. Ambos decorrem da vontade de quem confere e da aceitação daquele a quem for conferido.⁶⁸

Segundo esta teoria, os órgãos são desmembramentos da pessoa jurídica e, como tal, não possuem personalidade jurídica própria, não são sujeitos. O titular de direitos e devedor de obrigações é sempre a Sociedade Anônima, e nunca seus órgãos.

⁶⁷ Ibid, p. 297.

⁶⁸ Ibid, p. 269.

⁶⁹ CARVALHOSA, op. cit., p. 22-23.

É uma típica representação legal extraordinária, em que a pessoa jurídica age não por seu representante ordinário, um membro da Diretoria, mas por outro órgão. Os órgãos representariam a companhia, no sentido de manifestarem a vontade no lugar dela.

Carvalhosa esclarece que a responsabilidade do administrador não é derivada do contrato, mas *ex lege*, daí ser orgânica.⁷⁰

O autor faz interessante observação quanto à manifesta insegurança na configuração de quem seja o órgão: os administradores, como titulares dos cargos de administração, ou os aparelhos societários criados pela lei, sob as denominações de “Diretoria” e “Conselho de Administração”:

No âmbito privado, os órgãos são aparelhos da companhia, não tendo com ela nenhuma relação jurídica, sendo, portanto, irresponsáveis perante terceiros. Já os titulares – Conselheiros e Diretores – têm relação com a companhia em termos de nomeação, destituição, deveres e responsabilidades, respondendo perante ela não só pela má gestão, mas também pelo eventual aproveitamento das suas funções em benefício próprio.⁷¹

Valverde defende que não se pode admitir que o administrador seja o próprio órgão, pois os administradores não são órgãos, como o senador não o é; mas o Senado, este sim, é órgão da soberania nacional;

⁷⁰ Ibid., p. 87

⁷¹ Ibid., p. 24-25.

Os Diretores integram um órgão não-coletivo: a Diretoria. Neste órgão, o exercício dos deveres de seus integrantes é individual. Cada Diretor, nos limites de suas funções, manifesta unilateralmente a vontade social. Tem essa vontade individual efeitos jurídicos externos, já que cabe a cada Diretor, por lei e na forma do estatuto, a representação orgânica da sociedade. Assim, os Diretores não constituem órgãos da companhia, mas representam a Diretoria⁷².

Valverde entende que o exercício das funções de Diretor ou administrador de uma Sociedade Anônima não estabelece relações contratuais, de mandato, ou de locação de serviços, entre o administrador ou Diretor e a sociedade. Portanto, ele defende que não há nenhuma relação de natureza contratual entre o Diretor e a Sociedade Anônima, nem de cunho societário tampouco trabalhista.

O administrador ou diretor eleito pela Assembléia Geral, ou indicado por quem tenha autoridade para tanto, como nas Sociedades Anônimas de economia mista, não contrata com a sociedade o exercício das funções. Se o nomeado aceita o cargo, deverá exercê-lo na conformidade das prescrições legais e estatutárias, que presidem ao funcionamento da pessoa jurídica⁷³.

⁷² VALVERDE, Miranda. *Das sociedades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 79.

⁷³ VALVERDE, op. cit., p. 278-279.

Valverde entende que é absurdo considerar a existência de uma relação trabalhista, tendo em vista que a própria legislação comercial prevê outras situações de prestação de serviços :

O administrador ou diretor presta, inquestionavelmente, serviços. Mas a simples prestação de serviços, ainda quando remunerada, não basta para configurar o contrato de trabalho. A afirmação contrária reduziria a quase totalidade das relações a essas figuras jurídicas. Nelas viriam, fundir-se não somente o contrato de mandato, o de comissão, o de depósito, senão ainda todas aquelas relações de trabalho que surgem em virtude do cargo ou ofício, que alguém exercita dentro de uma organização, aparelhamento, público ou particular. E, para tanto, teríamos que começar por afirmar, no campo do direito público, que o chefe do Estado, o deputado, o juiz, são contratados para prestar serviços remunerados à nação. (grifos nossos)⁷⁴

Valverde sustenta que a prestação de serviços pelo Diretor é um ofício privado e que não existe relação de emprego com os Diretores:

Na realidade, a companhia não firma contrato de trabalho com Diretores, já que esses não serão empregados da sociedade, mas órgãos da mesma; a sua remuneração (...) não será um salário, resultante do contrato de trabalho, mas honorários a que fazem jus por haverem aceito a eleição (...). É verdade que, no nosso entender, o empregado da sociedade pode

ser eleito administrador da mesma, mas, uma vez eleito, passará a exercer na companhia funções de administrador, não de empregado (...), não existindo, portanto, relação contratual entre o Diretor e a sociedade, e muito menos entre o Diretor e o Conselho de Administração.⁷⁵

Carvalhosa explica que o próprio ato de eleição do Diretor é prova inequívoca de que a relação é organicista:

O ato unilateral da companhia de eleger o administrador deve necessariamente corresponder ao ato unilateral de aceitação deste. A aceitação não implica a perfeição de nenhum contrato entre a companhia e o administrador. Trata-se, com efeito, de duplo ato unilateral: de uma parte e da outra, a aceitação. Não se confunde a aceitação do administrador eleito com a do oblato. Não se trata de integração das vontades da companhia e da pessoa eleita por convenção tipicamente contratual. A aceitação, na espécie, é tão somente condição de eficácia do ato de eleição do administrador. Portanto, embora seja a aceitação uma declaração receptiva de vontade, de índole potestativa, não visa formar uma avença, mas sim dar início ao exercício de funções administrativas na companhia. O administrador, ao aceitar o cargo para o qual foi

⁷⁴ Ibid, p. 279.

⁷⁵ Ibid, p. 279-280.

eleito, não se vincula aos termos de nenhuma convenção e, portanto, não se obriga contratualmente perante a companhia. Vincula-se ele tão somente à lei e ao estatuto, cujas regras disciplinam sua atividade, seus deveres e encargos⁷⁶.

Finalmente, Carvalhosa alerta também que a teoria organicista, embora predominante no Direito Empresarial, vem sido questionada pelos doutrinadores, tendo em vista a nova redação do artigo 118 da Lei das Sociedades Anônimas, dada pela Lei nº 10.303/2001, que permitiu a possibilidade de celebração de acordo de acionistas⁷⁷.

2.2 Da corrente moderna ou intervencionista

A corrente moderna entende compatível a posição societária do Diretor Estatutário e a existência da relação de emprego simultaneamente.

A posição defendida pela corrente moderna é de que “seria possível coexistir a figura de mandatário e empregado da mesma empresa”.

O Supremo Tribunal Federal já acompanhou o posicionamento de compatibilidade entre a figura do mandato e a do contrato de trabalho.⁷⁸

⁷⁶ CARVALHOSA, op. cit., p. 24.

⁷⁷ Ibid, p. 25.

⁷⁸ “(...) o mandato e o contrato de trabalho podem coexistir na mesma pessoa. A qualidade de empregado, em geral, abrange a de mandatário, quando pratica atos para ou em proveito do patrão, aparece o empregado; quando assina e realiza ato jurídico, surge o mandatário. Será empregado quando trabalha com exclusividade,

Segundo Orlando Gomes⁷⁹, há empregados que trabalham numa zona fronteiriça de difícil fixação pelo intérprete, eis que ora praticam atos que se inserem no esquema de contrato de trabalho, ora em outros de natureza diferente: os empregados-mandatários constituem altos empregados sujeitos a um contrato misto de trabalho e de mandato, nada impedindo a coexistência de ambas as situações.⁸⁰

Nesta hipótese, a natureza do mandato não desfiguraria a condição de empregado. O problema da natureza fiduciária do cargo dependeria da soma de suas atribuições.

Orlando Gomes entende que toda vez que se possa depreender que a prática de atos como representante é condição para o exercício do trabalho a que se obrigou, não haverá incompatibilidade e descreve importante ressalva ao tema:

Nem sempre será fácil decidir quando a representação é acessória na relação jurídica mista, quando, por outras palavras, o mandato é o meio material para que o empregado possa desempenhar suas funções. O trabalho de certos profissionais dificulta, por sua natureza especial, a identificação da qualidade preponderante, como por exemplo: os representantes comerciais.⁸¹

permanentemente, para uma empresa ou dela obtenha seu principal meio de subsistência e exista a subordinação hierárquica ou jurídica.” (Acórdão, 2ª Turma, 31-1-1955)

⁷⁹ GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 90.

⁸⁰ O autor define os empregados-mandatários como aqueles que prestam serviços a outrem, praticando atos jurídicos em seu nome, tendo seu contrato de trabalho caráter misto: mandato e trabalho.

⁸¹ Ibid, p. 91-92.

Vale ressaltar que, na hipótese de ser reconhecida a existência de vínculo de emprego, há alguns aspectos que devem ser levados em consideração, tendo em vista o caráter peculiar da contratação destes executivos.

Maurício Godinho Delgado discorre com grande perspicácia sobre dois aspectos polêmicos na contratação desse tipo de profissional: o prazo do contrato e a indenização devida em caso de ruptura do contrato de trabalho.⁸²

Em sua opinião, o contrato de trabalho teria natureza de contrato por prazo determinado, já que a legislação societária impõe a observância do prazo do mandato pré-estabelecido (o art. 243 da Lei nº 6.404/76 estabelece mandato de até três anos)⁸³.

Quanto à indenização devida em caso de ruptura do referido contrato, Godinho entende que é possível argumentar que pela natureza do contrato societário, haveria implícita uma cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada:

A expressa previsão legal de que os Diretores são sempre demissíveis *ad nuttum* em face da peculiaridade de seus contratos e de expressa previsão legal (art. 143, caput, Lei nº 6.404/76) tem o condão de se tornar uma contrato de trabalho por prazo determinado, contendo cláusula assecuratória

⁸² GODINHO, op. cit, p. 358-359.

⁸³ Ibid, p. 359.

do direito recíproco de rescisão antecipada (art. 481 da CLT)⁸⁴.

É imprescindível notar que a consequência imediata da posição defendida pelo autor é que se o Diretor Estatutário fosse destituído ou renunciasse ao seu cargo, este poderia pleitear que fosse considerada acionada a cláusula de ruptura antecipada, regendo-se a rescisão do contrato de trabalho pelas regras de ruptura dos contratos por prazo indeterminado.

Registre-se que todos estes cuidados jurídicos descritos acima raramente têm sido aplicados na prática, pois na maioria das vezes são ignoradas as regras comuns de Direito do Trabalho e Direito Empresarial que deveriam ser aplicadas simultaneamente na contratação deste tipo de profissional.

O objetivo do próximo capítulo é analisar a natureza do novo vínculo, quando o empregado é elevado ao cargo de Diretor Estatutário da Sociedade Anônima.

⁸⁴ Ibid, p. 359.

Capítulo 3 - A Natureza Jurídica do Vínculo do Diretor Estatutário Recrutado Internamente

Segundo Maurício Godinho Delgado⁸⁵, a doutrina trabalhista brasileira se dividiu em quatro principais posições para explicar o regime jurídico do Diretor Estatutário que já possuía condição de vínculo de emprego com a Sociedade Anônima.

A primeira posição interpretativa está bem enfatizada pelos autores Mozart Victor Russomano e José Martins Catharino. Ambos entendem que a elevação do empregado ao patamar de efetivo Diretor provoca a “extinção” de seu antigo contrato empregatício, dada a incompatibilidade dos cargos e funções.

A segunda posição entende a alteração qualitativa no *status* da pessoa física do antigo empregado na empresa não chega a provocar a extinção do contrato de trabalho. É defendida por Délio Maranhão e Arnaldo Süssekind, sendo a teoria que prevaleceu no Tribunal Superior do Trabalho por meio do Enunciado 269⁸⁶, editado em 1988, com diversas jurisprudências apoiadas neste entendimento até hoje.⁸⁷

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p.356-358.

⁸⁶ É importante ressaltar que na parte final do Enunciado, lê-se: “Salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”. A nossa mais alta Corte Trabalhista seguiu o princípio geral da primazia de realidade em matéria trabalhista, ou seja, pouco importa o rótulo se, na prática, o Diretor eleito não detém poderes de mando, continuando sujeito à subordinação jurídica.

⁸⁷ “Empregado-Diretor - Relação de emprego - O empregado que é alçado à condição de Diretor, detendo pequena parcela de ações, mas mantendo o mesmo tipo de trabalho que antes desenvolvia como geólogo, subordinado e dependente, sem parcela expressiva de mando, não pode ver afastada a relação de emprego. Continuando presentes os requisitos do artigo 3º da CLT, mantém-se a sentença que reconheceu a relação de emprego.” (Ac. TRT – 9ª Reg., 2ª T. - RO 2.952/89)

Uma terceira vertente interpretativa entende que ocorre mera “interrupção da prestação de serviços”, de modo que o período despendido na Diretoria é computado no tempo de serviço do empregado. Esta posição é defendida por Evaristo de Moraes.

A quarta posição, defendida por Antero de Carvalho e Octavio Bueno Magano, sustenta que a eleição do Diretor Empregado a cargo estatutário não altera a sua situação jurídica de empregado.

3.1 Da teoria da extinção do contrato de trabalho

3.1.1 Da posição de Mozart Victor Russomano

O Diretor é órgão da administração da Sociedade Anônima da empresa, e não empregado da mesma. Não pode ser despedido segundo as regras da CLT e só pode ser destituído consoante às normas mercantis da Sociedade Anônima. A oposição entre os dois fins é flagrante e marca a divergência radical entre as duas aspirações. O empregado busca salários e o empregador busca lucros. Debaixo do ponto de vista da sociedade, porém, não interessam os lucros do empresário e nem mesmo, a não ser sob critério protecionista, o salário do trabalhador, respeitado, apenas, o ideal de que ambos tenham nível de vida razoável e satisfatório.⁸⁸

⁸⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978, p. 116-119.

A primeira posição interpretativa está bem descrita pelo autor Mozart Victor Russomano no texto introdutório acima.

O autor entende que a elevação do empregado ao patamar de efetivo Diretor Estatutário da Sociedade Anônima provoca a extinção de seu antigo contrato de trabalho, dada a incompatibilidade dos cargos: “Ninguém pode ser, simultaneamente, empregado e empregador na Sociedade Anônima”.

Em sua opinião, independente do sistema de administração da Sociedade Anônima, o contrato de trabalho é extinto, pois não há mais subordinação jurídica, elemento principal da relação de emprego:

Não existe dependência hierárquica que desapareceu totalmente. A dependência hierárquica do trabalhador é tanto menor quanto maior for a sua categoria funcional. O Diretor é órgão da administração da Sociedade Anônima da empresa, e não empregado da mesma. (grifos nossos)⁸⁹

O autor defendeu a teoria da extinção do contrato de trabalho em diversos julgados⁹⁰ quando no exercício da magistratura, no Tribunal Superior do Trabalho.

⁸⁹ “Sendo o reclamante Diretor de Sociedade Anônima, eleito na forma da lei e subordinado tão-somente ao Conselho Administrativo, não é empregado.” (RR 412290/97, José Luiz Vasconcelos, TST)

⁹⁰ “O empregado que tem rescindido seu contrato de trabalho e, mais de seis meses após, é eleito, pela Assembléia Geral, Diretor financeiro da Sociedade Anônima não tem direitos trabalhistas relativamente ao período em que exerceu o cargo de Diretor eleito.” (RR 193/81, Ac. 2ª T. 1.082/81, Rel. Min. Mozart Victor Russomano, DJ 29/05/81)

Os autores que criticam a tese da extinção da relação de emprego argumentam que a sociedade tem personalidade jurídica inconfundível com a pessoa natural que a compõe, e que, portanto, não haveria incompatibilidade de posições, ou seja, nada impediria a celebração de contrato de trabalho entre a Sociedade e o Diretor.

Rebatendo a crítica da doutrina trabalhista, Russomano esclarece de forma brilhante que ninguém pode exercer o poder de direção da empresa e ser ao mesmo tempo subordinado a este poder:

A base do nosso pensamento não está nesse ponto e, sim, na incompatibilidade entre as funções de empregado e de representante legal da sociedade.. (grifos nossos)

Em consonância com a Lei das Sociedades Anônimas, Russomano distingue a natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário no sistema monista e no sistema dualista de administração.

O autor afirma que, no modelo monista, o Diretor Estatutário não é responsável perante qualquer chefe ou empregador, a não ser a Assembléia Geral. Portanto, não haveria como se falar na existência de subordinação jurídica para justificar a existência de relação de emprego.

No modelo dualista de administração, a subordinação existente entre a Diretoria e o Conselho de Administração é meramente societária e, portanto, inexistente a relação de emprego também.

Russomano entende que o artigo 499 da Consolidação das Leis do Trabalho⁹¹ refere-se ao Diretor empregado, exercente de algo de cargo de confiança, que não possui poderes estatutários.

Russomano é explícito ao afirmar que: “Não pode ser despedido segundo as regras da CLT e só pode ser destituído consoante as normas mercantis da Sociedade Anônima”.

Em relação à teoria da manutenção do contrato de trabalho:

(...) essa tese é inadmissível, porque repugna ao Direito admitir que alguém seja, ao mesmo tempo, um subordinado hierárquico do empregador e o administrador da empresa. O empregado é parte de um retrato individual de trabalho e o Diretor da Sociedade Anônima é o administrador e representante. O primeiro pode ser despedido. O segundo não, porque sua investidura resulta de deliberação da assembléia geral.⁹²

⁹¹ “Há, evidentemente, impossibilidade de aplicação do art. 499 da CLT, como bem distinguiu o voto ora transcrito, não fazendo a conceituação do cargo que exercia o reclamante na empresa como sendo daqueles de estrita, perfeita e indiscutível confiança na acepção lata do vocábulo, havendo a separação do que se pode intitular de Diretor de Sociedade Anônima, que não pode e não foi a inspiração do legislador ao insculpir no estatuto consolidado o referido art. 499.” (Ac. Do TST, 1ª T., de 24/06/1971, no RR 1.975/70, Min. Geraldo Starling Soares, rel., súmula do ac. In: D.J. de 30/09/1971).

⁹² RUSSOMANO, op. cit., p. 118.

De forma brilhante e inovadora para a época, o ilustre magistrado, comentando sobre os clássicos conceitos de empregado e empregador ao analisar a figura híbrida do Diretor, reconhece que, pela oposição dos seus interesses e pelas reivindicações, o empregado e o empregador têm se olhado e combatido como inimigos eternos.

Na opinião de Russomano, o debate sobre a natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário com a Sociedade Anônima implica em uma reflexão sobre os conceitos fixos de empregado e empregador na relação de trabalho e que o futuro do Direito do Trabalho deverá ter que enfrentar esta e tantas outras questões polêmicas.

Russomano brinda seus leitores com sua lição apaixonada sobre o futuro do Direito do Trabalho ao propor que o empregado deve servir como colaborador na empresa:

O Direito do Trabalho repousa em um paradoxo: a unidade de destino e a desigualdade de condições para o empregado e para o empregador. Quando se fizer o equilíbrio desses 2 (dois) termos da equação, abriremos os caminhos de um mundo novo, onde se aprenderá que a felicidade de cada um de nós depende da felicidade do vizinho e que o próximo espera pelo nosso auxílio, assim como nós esperamos pelo dele.

3.1.2 Da posição de José Martins Catharino

Do ângulo da razão e da lógica puras, frias e ordeiras em demasia, se isoladas do mundo real, o expansionismo normativo não satisfaz, porquanto se choca contra a exclusividade da subordinação contratual, reduzindo sua função caracterizante. Mas, jamais devemos nos esquecer que o Direito é social, e não se esgota como ciência normativa. É também Justiça, e quando a própria realidade humana e social não é tratada como deve ser, calorosamente, o Direito se faz menos direito. Pode parecer paradoxal, mas é verdadeiro: as fraquezas e as inexatidões da Ciência Jurídica causadas pela realidade e pelo que se tem como justo, correspondem à sua insuperabilidade, e atendem à evolução. Neste sentido social, o administrador, embora prestando serviços de algum modo subordinado, é também colaborador do empresário e, assim sendo, uma vez que o seu esforço de colaboração suplanta a subordinação, desaparece automaticamente a relação de emprego.⁹³

José Martins Catharino defende a tese da extinção do contrato de trabalho na mesma linha que Rusomano. Contudo, o autor acrescenta um argumento interessante:

⁹³ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 210-214 e 236-237.

O administrador, embora prestando serviços de algum modo subordinado, é também colaborador do empresário e, assim sendo, desaparece automaticamente a relação de emprego.

Registre-se que Catharino reconhece a existência de subordinação, mas entende que, no plano jurídico, a intensidade de colaboração acaba suplantando a subordinação, como consequência jurídica de ter assumido legalmente a posição de empregador, como órgão legal da própria pessoa jurídica.

Catharino analisa as influências do maior ou menor grau do elemento característico do contrato de emprego a fim de comprovar a sua existência ou não em relação ao Diretor Estatutário recrutado internamente, designado pelo autor de “empresário”.

Defende que a empresa é hierarquizada, administrativamente organizada, tanto mais complexa quanto maior for sua dimensão. Portanto, é totalmente distinta a administração da pequena empresa (sociedade de pessoas) da administração de Sociedade Anônima (sociedade de capitais):

Se em pequena empresa, de empregador pessoa natural, a subordinação é direta e intensa, imediata e constante, o mesmo não ocorre quando o empregador é pessoa jurídica, dono de empresa média, grande e até enorme, caso em que, além dos seus órgãos, existe uma escala ou escada hierárquica acentuada.

A parte mais importante em sua obra é quando inova em relação aos demais autores trazendo o princípio da “rarefação da subordinação”:

A subordinação cresce na proporção inversa do grau hierárquico e o adelgaçamento diluição ou rarefação do elemento que a caracteriza aumenta na medida em que o empregado está mais perto do topo ou cume hierárquico, podendo até nele estar, ao lado, cooperando ou colaborando com o próprio empregador subordinante, com poderes por este conferido.

José Martins Catharino entende que os altos empregados estão em posição fronteira e ambígua, do ponto de vista jurídico e social, quanto à subordinação: são quase autônomos, ligeiramente subordinados, aparentados ao próprio empregador, até membros de órgão diretivo de pessoa jurídica empregadora.

É interessante notar que essa afirmação de “trabalhadores quase autônomos” é atualmente entendida por alguns doutrinadores no contexto das novas relações de trabalho como “trabalhadores para-subordinados”.

O autor nos traz importante reflexão sobre a dependência econômica dos altos empregados na sociedade, elemento este que tem sido considerado por alguns doutrinadores como vital no novo contexto das relações de trabalho:

Como percebem salários elevados, desproletarizam-se e vão integrar a classe média, com todas as conseqüências, inclusive psicológicas. São, também eles, subordinantes, por representação ou não.

Defende que, por força mesmo da igualdade perante a lei, os altos empregados, fracamente subordinados e melhor remunerados, não devem ser tratados da mesma maneira que os simples empregados, intensamente subordinados e pior retribuídos. A proteção legal deveria ser diversificada, segundo o princípio: “mais e melhor proteção na razão direta do grau de subordinação”.

Catharino apresenta importante crítica ao Direito do Trabalho que impressiona pela sua aplicabilidade na atualidade no contexto das novas relações de trabalho.⁹⁴

(...) sem um tratamento diferenciado, o Direito do Trabalho corre o risco de contradizer-se consigo próprio, pois estaria se convertendo em instrumento agravante de desigualdade, adotando um conceito abstrato de empregado, individualista, artificial, involutivo e anti-social. (grifos nossos).

⁹⁴ No mesmo sentido, o Ministro Orlando Teixeira da Costa admitiu recentemente a necessidade de um processo de flexibilização diferenciada no tocante ao Diretor Estatutário: “*Venho propondo, para o Brasil, a adoção, quando possível, de uma flexibilização diferenciada, quer em relação às categorias profissionais, quer em relação às categorias econômicas. Em síntese, dispensar-se-ia tratamento desigual para o operário de macacão, para o empregado de colarinho branco e para os altos empregados, tipos executivos, pois não só é bem diverso o grau de*

3.2 Da teoria da suspensão do contrato de trabalho

3.2.1 Da posição de Arnaldo Süssekind

Decorrendo a incompatibilidade entre as situações de empregado e de Diretor eleito da Sociedade Anônima do fato de ser este último órgão e representante legal da pessoa jurídica, torna-se juridicamente irrelevante a circunstância de se tratar, ou não, de acionista. Não atentaram, positivamente, os que defendem a tese da compatibilidade daquelas situações para o absurdo jurídico que se traduziria, por exemplo, na aplicação a um empregado, como empregado, do disposto no art. 158, § 2º, da Lei nº 6.404, segundo o qual os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.⁹⁵

Arnaldo Süssekind defende a teoria da suspensão do contrato de trabalho do empregado nomeado Diretor nos termos do Enunciado 269 do Tribunal Superior do Trabalho.

Registre-se que o seu entendimento foi manifestado em diversos pareceres jurídicos juntamente com Délio Maranhão.

responsabilidade profissional dos três, como igualmente bem diferente a sua situação econômico-social e sindical”.

⁹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. Empregado de S.A. eleito Diretor. *Revista Forense*. São Paulo, v. 339, 1989, p. 49-52.

Afirma que as condições de órgão da pessoa jurídica e de empregado do mesmo sujeito de direito são, lógica e juridicamente, excludentes⁹⁶ e, portanto, é impossível ao Diretor representar a sociedade e manter com a mesma contrato de trabalho:

(...) por um dever de coerência sistemática, admitir-se que o Diretor eleito pudesse, nessa qualidade, estar ligado por um contrato de trabalho à sociedade que representa, seria o mesmo que admitir a natureza contratual do vínculo entre a pessoa física incapaz e o seu representante legal. É que, em ambos os casos, a representação é o instrumento jurídico indispensável para que o sujeito de direito possa agir na vida de relação.

Süssekind reconhece que, no mandato, há dois sujeitos de direito. O Diretor, no entanto, representa a sociedade, como órgão desta, elemento integrante do mesmo sujeito de direito: a pessoa jurídica. O Diretor – coisa diversa – pode constituir mandatários da companhia.

É importante esclarecer que tais mandatários irão representar a sociedade; contudo, quem está constituindo mandatário é a sociedade, não o Diretor individualmente. Este, ao constituir mandatário, o faz como órgão da sociedade.

⁹⁶ “Não viola o art. 116 da Lei nº 2.627/49, o aresto que admite a existência do Diretor empregado. O ser Diretor da Sociedade Anônima, por si só, não exclui a condição de empregado, desde que persistam os supostos da relação de emprego, e, ainda escolhido em assembléia, não seja o Diretor portador de ações (proprietário da empresa).” (Acórdão do TST no Proc. nº TST-RR- 1.110/73 – 3ª Turma – Rel. Min. Ribeiro de Vilhena)

No tocante ao disposto no art. 156⁹⁷ da Lei nº 6.404, que permite ao Diretor contratar com a sociedade, Sússekind discorre com Délio Maranhão, em parecer jurídico⁹⁸ elaborado em conjunto:

Se o Diretor, como se viu e está na lei, é órgão da pessoa jurídica e se, por isso mesmo, o vínculo que, nessa qualidade, o prende à sociedade, não tem, nem pode ter, natureza contratual, é óbvio que o negócio que o administrador possa concluir com a sociedade não poderá ter, como objeto, o próprio exercício de suas funções.

Este aspecto é de vital importância para o debate da natureza jurídica da relação mantida entre o empregado nomeado Diretor da Sociedade Anônima e a companhia, uma vez que os autores que defendem a corrente da manutenção do vínculo de emprego, afirmam que a maior evidência está no fato do próprio art. 157, § 1º, alínea d, da Lei nº 6.404, referir-se “às condições do **contrato de trabalho** que tenham sido firmadas pela Companhia com os Diretores e empregados de alto nível⁹⁹”.

⁹⁷ O art. 157 § 1º, alínea d, da Lei nº 6.404, dispõe que cabe ao administrador de companhia aberta revelar à Assembléia Geral “(...) as condições do contrato de trabalho que tenham sido firmadas pela Companhia com os Diretores e empregados de alto nível”.

⁹⁸ SÚSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho e Previdência Social, pareceres*. São Paulo, v. IV, p. 102-103.

⁹⁹ “O empregado ocupante de cargo eletivo desfruta de uma situação *sui generis* que a jurisprudência, influenciada pela lição dos doutores, considera como suspensiva do contrato de trabalho. O mandato, durante o tempo de sua duração, sobrepõe-se ao contrato de trabalho e este entra em recesso. Há como que uma dissociação da relação jurídica no que diz com a dualidade do direito subjetivo de acionar. O empregado retorna ao seu cargo efetivo e daí por diante se lhe conta o

Süssekind argumenta que 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. É precisamente tal fato que impossibilita a coexistência de situações que, lógica e juridicamente, se excluem: as de empregado e de empregador.

Desta forma, o autor conclui que só poderão haver duas possíveis posições perante este tema: acolher a tese da suspensão do contrato de trabalho ou a tese da extinção do contrato de trabalho.

Em referência à tese da interrupção, Süssekind afirma que 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.

Süssekind ressalta que a teoria da suspensão do contrato de trabalho é consagrada desde 1988, pelo Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada no Enunciado 269, que dispõe que somente quando a eleição do empregado para cargo de Diretor configurar uma simulação em fraude à lei é que não se verificará a suspensão do contrato de trabalho.

tempo de serviço. O art. 499 da CLT, ao contrário senso, somente conta o tempo de empregado investido em cargos de Diretoria, quando o seu exercício é desempenhado mediante mandato eletivo, colocado o empregado em posição altíssima, vinculado aos conselhos da própria empresa e aos destinos mesmos da

3.2.2 Da posição de Délio Maranhão

As sociedades nascem como órgãos indispensáveis à sua vida de relação. São partes integrantes delas. O funcionamento desses órgãos é que depende de pessoas naturais. Decorrendo a incompatibilidade entre as situações de empregado e de Diretor eleito da Sociedade Anônima do fato de ser este último órgão e representante legal da pessoa jurídica, torna-se juridicamente irrelevante a circunstancia de se tratar, ou não, de acionista.¹⁰⁰

Délio Maranhão defende a teoria de que a indicação do empregado para exercer cargo estatutário na Sociedade Anônima teria somente o condão de suspender o seu contrato de trabalho¹⁰¹.

O autor defende que a condição de sócio não exclui, sempre e necessariamente, a condição de empregado, uma vez que a sociedade tem personalidade jurídica inconfundível com a dos sócios que a compõem¹⁰²..

instituição. Aqui, a lei é o estatuto da sociedade.” (Ac. do TRT da 1ª R., no RO 2.313/62, Juiz César Pires Chaves, rel., D.J., de 24/04/64)

¹⁰⁰ MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, p. 57.

¹⁰¹ “Empregado que aceita ser eleito Diretor da empregadora, Sociedade Anônima, tem suspenso o seu contrato de trabalho e, quando cessa o exercício do cargo eletivo, se não interessa à empresa tê-lo como empregado, não sendo ele estável ao tempo em que foi eleito, poderá indenizá-lo, se a tanto fizer jus pela relação de emprego anterior.” (Ac. do TRT, 1ª T., da 1ª R. no RO 576/70, Juiz Álvaro Ferreira da Costa, rel., D.J., de 15/10/71)

¹⁰² “Empregado eleito para Diretor de Sociedade Anônima. Suspensão do contrato de trabalho. Não incidência das vantagens auferidas como tal, na remuneração como empregado, para a paga da indenização devida na rescisão do contrato de

Em sua opinião, pode estabelecer a pessoa física empregada um contrato de trabalho com a pessoa jurídica - sociedade - embora desta seja, ao mesmo tempo, sócio. Tudo depende da natureza da sociedade e do grau de participação que nela tiver a pessoa física.

Reputa inaplicável a lei trabalhista, inclusive o art. 499 da CLT, ao Diretor da Sociedade Anônima, eleito para integrar o órgão responsável pela manifestação da vontade da pessoa jurídica. Entende que referido artigo refere-se a cargos de Diretoria e outros, de confiança do empregador.

Délio Maranhão esclarece que seriam incompatíveis as condições de sócio e de empregado no caso de se tratar de uma sociedade em nome coletivo, dada a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais.

Numa sociedade puramente de capital, como a Sociedade Anônima, ao contrário, o autor afirma que a compatibilidade é a regra e a nomeação do Diretor Estatutário teria somente o efeito de suspender o contrato de trabalho.

O jurista não deixa de reconhecer que a tese da suspensão do contrato de trabalho não é unânime¹⁰³ e que alguns doutrinadores brasileiros têm se insurgido contra a jurisprudência do TST cristalizada no Enunciado nº 269.

trabalho.” (TST, 2ª T. RR 844/75, Rel. Min. Barata Silva, In: Bofim & Santos, op. cit., 14ª ed., 1977, p. 146, ementa 947)

¹⁰³ “O empregado, eleito Diretor de Sociedade Anônima para a qual presta serviços, tem apenas suspenso o seu contrato de trabalho, assistindo-lhe, porém, o direito ao cômputo deste período em seu tempo de serviço. Aplicação do art. 499, caput, da CLT.” (TRT, 3ª Reg., Proc. 2.194/69, Rel. Juiz Álfio Amaury dos Santos, Ementário Trabalhista, março de 1970, ficha 39)

3.3 Da teoria da interrupção do contrato de trabalho

3.3.1 Da posição de Evaristo de Moraes Filho

Evaristo de Moraes Filho¹⁰⁴ defende que o contrato de trabalho fica interrompido, já que o tempo de serviço é computado para todos os efeitos legais.

Apóia sua teoria no artigo 499 da CLT, já que, em sua opinião, referido artigo refere-se a todos os cargos de confiança do empregador, não se devendo excluir o de Diretor Estatutário:

O tempo de serviço em cargo de Diretoria é computado para todos os efeitos legais (CLT, art. 499, caput). Consequentemente, o período em que o empregado exerce, por eleição, cargo de Diretoria de Sociedade Anônima deve ser considerado para a conquista dos benefícios outorgados pela legislação trabalhista. (TST, 2ª T., Ac. de 30/07/64, RR 1.089/64, Rel. Min. Bezerra de Menezes, p. 519)

A intenção do autor foi resolver a polêmica do conflito entre a posição de dirigente da empresa e a existência de subordinação à mesma, sem desproteger este tipo de trabalhador.

Registre-se que a interrupção do ponto de vista legal, é mais benéfica que a suspensão ou extinção do contrato de trabalho:

Em se tratando de pequeno acionista, transitoriamente ocupante do cargo de direção na empresa, pelo qual recebeu pro labore, honorários, havendo contribuído inclusive para a Previdência Social, não se pode considerar suspenso o contrato de trabalho durante esse período em que continuou a serviço da empresa. É de ser contado o tempo de serviço no exercício do cargo de Presidente da Sociedade Anônima. (TST, Pelno, Ac. de 16/10/63, RR. 1.895/62, Rel. Min. Fernando Nóbrega, Ver. do TST, 1968, p. 525)

Esta posição já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o que demonstra como este assunto é controverso¹⁰⁵, como se depreende do seguinte julgado:

O período em que o trabalhador presta serviços como Diretor computa-se como tempo de trabalho para todos os efeitos. (STF-AI-71.057/MG, Ac. TP, 8.9.77, Rel. Cordeiro Guerra, L Tr 42/65)

¹⁰⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1998.

¹⁰⁵ Veja-se jurisprudência no sentido oposto: “Sendo o reclamante Diretor de Sociedade Anônima, eleito na forma da lei e 'subordinado' tão-somente ao Conselho Administrativo, não é empregado. Esse Colendo Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado no sentido de reconhecer a impossibilidade jurídica de se considerar empregado um Diretor de Sociedade Anônima, eleito para tanto, ante o fato de que o Diretor da Sociedade Anônima é órgão da sociedade, não existe dependência hierárquica, não é responsável perante qualquer chefe ou empregador imediato, a não ser a Assembléia-Geral ou, como in casu, ao Conselho de Administração, como reconheceu o v. acórdão regional, e tal fato em nada altera a conclusão pela inexistência de vínculo empregatício, uma vez que o reclamante detinha a condição de Diretor de Produção, eleito na forma legal para exercer tal encargo”. (TST, 3ª Turma, Ministro José Luiz Vasconcelos, Proc. 412290/1997, j. 11/4/2000, DJU 16/5/2000, p. 317).

3.4 Da teoria da manutenção do contrato de trabalho

3.4.1 Da posição de José Antero de Carvalho

E ninguém esqueça que, se há Diretores ricos, ou por serem eles próprios os capitalistas, ou por qualquer outra razão, há, do mesmo modo, Diretores pobres, com longos serviços prestados, e que, por isso, já não sendo mais jovens e sem possibilidade de outro exercício profissional ou de reeleição, ficam marginalizados, quando não à míngua financeira. Dir-se-á que o Diretor tem seus honorários, que lhe garantem (ou devem garantir) a subsistência. Respondo: certo, mas quanto ao futuro? Quando ele deixar de ser Diretor, sem mais capacidade para iniciar outra atividade?¹⁰⁶

José Antero de Carvalho foi um dos pioneiros a defender a teoria da manutenção do vínculo de emprego na hipótese de eleição de ex-empregado para o cargo de Diretor Estatutário da Sociedade Anônima, tendo Octávio Bueno Magano se apoiado em suas lições para difundir tal teoria mais tarde.

O mestre, em conjunto com o saudoso Dorival Lacerda, foi um dos grandes defensores da inclusão dos Diretores de Sociedades Anônimas no sistema fundiário, diferentemente da grande maioria dos doutrinadores da época que defendiam posição contrária.

¹⁰⁶ CARVALHO, José Antero de. Diretor, CLT, FGTS, Previdência e a Mensagem nº 25/1981. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, n. 33, 1982, p. 43-51.

O autor defendia que os Diretores Estatutários deveriam ser abrangidos pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que disciplinava o regime fundiário, uma vez que:

(...) estes são verdadeiros trabalhadores que, não sendo donos da empresa, não eram, pelo título que ostentavam, empregadores porque, na realidade, obedeciam ao comando do real empresário e, por ocasião das assembléias, sempre ficavam na dependência da boa-vontade do comandante para efeito de reeleição.¹⁰⁷

Em 1971, foi apresentado o Projeto 69, que pretendia estender o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço aos Diretores de Sociedades Anônimas.

É importante destacar que esse Projeto dividia-se em três artigos:

1 - Os dispositivos referentes ao Fundo de Garantia, constantes da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, o Decreto n. 59.820, de 20 de dezembro do mesmo ano, serão extensivos, em caráter obrigatório, aos Diretores de Sociedades Anônimas, bem como os demais preceitos da legislação trabalhista no que lhes disserem respeito.

¹⁰⁷ No mesmo sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite afirma: “O Diretor contratado originariamente como tal e o empregado eleito Diretor, salvo quando donos efetivos da empresa (princípio da primazia da realidade), devem ter o mesmo tratamento legal dispensado ao empregado comum, vez que, via de regra, nada mais são do que autênticos empregados de luxo”. (Ibid., p. 210.)

2º - O recolhimento dos percentuais para o Fundo de Garantia será processado na base do total percebido pelos respectivos Diretores e;

3º - Essa Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O aspecto mais importante do Projeto era a definição da natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário com a Sociedade Anônima:

O Diretor da Sociedade Anônima não é empregador, seja empregado da empresa ou não, seja ele grande ou pequeno acionista - mas um prestador de serviços, simples preposto dos acionistas, serviços esses não eventuais, sob a dependência da Assembléia Geral, do soberanamente decidido por ela e mediante salário, disso inferindo que o Diretor em causa é um empregado. Empregado já não mais de confiança, mas de alta confiança. Sui generis decerto, demissível ad nutum, porque não estável, tal como os demais empregados de confiança. (grifos nossos).

Desta forma, resta evidente que o Projeto estendia, em caráter obrigatório, aos Diretores o sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, bem como os demais direitos da legislação trabalhista¹⁰⁸..

¹⁰⁸ Carlos Henrique Bezerra Leite apoiou ambos os autores posteriormente, defendendo que somente o Diretor que se apresenta dono do negócio ou acionista controlador está excluído da proteção da CLT. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra.

Na época, o antigo Ministro da Educação entendeu que a implantação de tal dispositivo implicaria num conceito novo, com grandes repercussões objetivas e, portanto, legais, demonstrando certa insegurança em se posicionar a favor da inclusão dos Diretores Estatutários como empregados no regime fundiário.

O autor comenta que um dos principais argumentos utilizados pelos críticos da inclusão do Diretor Estatutário no regime fundiário é no sentido de que o art. 2º da CLT, ao referir-se a "empregador", não mais se dirigia à pessoa física, o empreendedor, o patrão, o dono do negócio ou o seu Diretor na Sociedade Anônima, mas à "empresa".

José Antero de Carvalho, rebatendo tais argumentos, enfatiza que os elementos componentes da empresa com ela não se confundem, têm personalidade própria, vivendo independentemente dos homens que a compõem: "Nem se confundem, assim, empregador (empresa) com seus Diretores ou chefes".

Dentro de uma visão extremamente protecionista do Direito do Trabalho da época, o autor repugna a exclusão dos diretores da proteção celetista:

...ao excluir os Diretores Estatutários da proteção trabalhista, significaria deixar o grupo à margem, sem garantia de ressarcimento do tempo de serviço, se entre os integrantes do mesmo grupo existem verdadeiros empregados do dono do negócio, estranhos aos quadros da empresa?

O autor defende em seu artigo que: “se assim ocorreu no previdenciário (aqui com a inscrição obrigatória dos empresários), por que não arar de vez o campo, incluindo os Diretores de Sociedades Anônimas no sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço?”.

Em 13 de maio de 1971, foi apresentado novo Projeto nº 88, de autoria do Deputado Fagundes Neto, mais amplo, facultando a inclusão dos empregadores em geral (incluindo o administrador-sócio e o administrador não-sócio) no regime do Fundo de Garantia.

Art. 1º - O art. 2.º da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos, renumerados para § 1º o atual parágrafo único:

Art. 2º [...]

§ 2º - As Sociedades Anônimas bem como as demais sociedades comerciais, exceto estas últimas com relação aos seus sócios, ficam igualmente obrigadas ao depósito referido no “caput” deste artigo, correspondentemente à remuneração paga a seus Diretores, gerentes e administradores.

§ 3º - Aos titulares de firmas individuais e aos sócios das sociedades comerciais que não tiverem a forma anônima fica facultado o depósito para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço na base de 8 %, incidente sobre o valor do “pro labore” ou retirada, recolhendo-se a importância devida em conta bancária aberta pelo interessado.

O referido projeto foi aprovado, porém, sob a forma de substitutivo que introduzia as inovações no próprio texto da Lei 5.107, ao invés de editar diploma legal independente, conforme pretendiam os outros dois parlamentares.

O mestre ressalta que concomitantemente já havia sido assinada a inclusão no Fundo de Garantia dos “exercentes de cargos de Diretoria de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de autarquias, cujo regime de pessoal seja o da CLT, ainda que não pertencentes aos quadros dessas entidades”, conforme a Ordem de Serviço POS-4/71, publicada no DOU, de 19 de novembro de 1971, antecipando com efeitos desde 1º de janeiro de 1967.

Segundo José Antero de Carvalho, a Ordem de Serviço POS-4/71 influenciou o Coordenador-Geral do FGTS, no sentido de incluir-se definitivamente os Diretores Estatutários como empregados na legislação trabalhista.

Apesar de todo este contexto histórico, relata o autor que a Câmara apresentou outra subemenda e impôs a paralisação do projeto. Portanto, nada se concretizou nesta época.

Em 1972, o assunto foi novamente debatido. O pronunciamento do Consultor Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, salientou que o Regulamento do FGTS já tornava exigível o depósito quando o empregado passa a exercer cargo de Diretoria, gerência ou outro de confiança imediata do empregador e a empresa opta em manter seu vínculo de emprego, caso em que a percentagem incide sobre a respectiva remuneração.

No tocante à aplicação por analogia da Ordem de Serviço POS-4/71, o eminente Consultor-Geral entendeu que se tal entendimento fosse aplicado poderia ser extrapolada a competência do Conselho Curador, no particular, “que é de dirimir dúvidas quanto à aplicação do Regulamento, e, não, refundir, acrescentar ou alterar as normas regulamentares”.

Nas palavras de José Antero de Carvalho:

O BNH – POS-4/71 – portanto, teria acolhido a nova conceituação, proclamada pelos estudiosos do Direito do Trabalho, mas com efeito restrito às sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias, tornando obrigatório o recolhimento para o FGTS, relativamente aos Diretores não pertencentes aos quadros dessas entidades, desde que o regime de pessoal fosse o da CLT.¹⁰⁹

O Consultor Geral insistiu na extrapolação da competência do Conselho Curador:

(...) porque inexistente dispositivo legal que autorize a equiparação pretendida é que tramita no Congresso Nacional projeto de lei para permiti-la. Assim sendo, a Ordem de Serviço de que se trata, estendendo mediante interpretação construtiva os benefícios da Lei 5.107/66, sob a forma de depósitos garantidos, aos Diretores em referência, é, *data*

venia, ilegal, portanto, nula. Em razão disso, o levantamento de tais depósitos foge à sistemática preconizada pela citada lei, uma vez que, não se tratando de empregado, as condições impostas para o processamento do mesmo se tornam inviáveis e teriam de ser substituídas, apelando-se para a analogia, a fim de contornar as dificuldades naturais à adaptação das exigências legais, a casos não previstos na lei, e, por isso mesmo, não regulamentados.

José Antero de Carvalho comenta que alguns doutrinadores evocaram a Lei 5.480/68, que estendeu os benefícios do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço aos avulsos e acrescenta que a grande importância do tema alcançaria os Diretores Estatutários recrutados externamente à empresa e que, portanto, nunca figuraram como empregados até aquele momento.¹¹⁰

¹⁰⁹ CARVALHO, op. cit., p. 47.

¹¹⁰ Na opinião do Professor Almeida Ramos: “os ocupantes de cargo de direção da empresa - seus representantes legais, indispensáveis ao funcionamento da pessoa jurídica - não detêm a condição de empregado, por isso mesmo só se beneficiariam com o depósito para o FGTS excepcionalmente, mediante expressa disposição legal. Na hipótese do empregado nomeado Diretor, o depósito continua a ser feito porque perdura o vínculo empregatício, tanto que pode retomar a seu cargo efetivo. Em face do exposto, pois, na ausência de autorização legal e por entender inadmissível a construção interpretativa, na espécie objeto deste parecer sou pela ilegalidade da Ordem de Serviço POS-4/71, anulando-se-lhe os efeitos retomando aos cofres das entidades respectivas os depósitos garantidos em favor de seus Diretores não pertencentes a seus quadros”. (Apud CARVALHO, op. cit., p. 49)

Desta forma, não havia nada mais a se argumentar, já que o parecer jurídico do Consultor Geral da República, Romeo de Almeida Ramos, relativo ao processo PR-8.539/72, estava consumado, com aprovação do Presidente da República.

Restava ainda o Projeto nº 88/72, de autoria do Deputado Fagundes Neto, já citado, que ainda encontrava-se em andamento, apelidado como “Projeto Brígido Tinoco”.

Segundo José Antero de Carvalho, os doutrinadores passaram a convergir para o andamento do referido projeto no Parlamento, que já tramitava em projeto substitutivo, contudo referido projeto morreu na mesma época, não se discutindo mais o tema.

Segundo relata o autor, o Governo, surpreendendo ainda mais, em 1981 enviou ao Congresso Nacional a prefalada Mensagem nº 25 024/81, com o Projeto de Lei nº 7, facultando a extensão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço a Diretores não empregados, que restou finalmente aprovado por decurso de prazo e convertido na Lei nº 6.919, de 2 de junho de 1981.

Esta Lei, segundo dispõe o § 2º do art. 1º, aplica-se “às sociedades comerciais e civis, às empresas públicas e sociedades de economia mista, às associações e fundações, inclusive as instituídas ou mantidas pelo Poder Público, bem como às autarquias em regime especial relativamente a seus Diretores não-empregados”.

O autor nos deixa brilhante reflexão que demonstra a sua grande paixão pelo tema:

Constituiu-se em ato de justiça, proclamo, corajosamente, a obrigação de contribuírem as respectivas empresas em favor de seus Diretores, das quais não são, como todos sabemos, os donos. Não passam, na hipótese, de empregados, cujos mandatos nem sempre chegam ao termo.

Esclarece que o “Projeto Brígido Tinoco” partia do pressuposto de que o Diretor de Sociedade Anônima não é empregador, seja ele empregado da empresa ou não, seja ele grande ou pequeno acionista - mas um prestador de serviços, mas simples preposto dos acionistas, serviços esses não eventuais, sob a dependência da Assembléia-Geral, do soberanamente decidido por ela e mediante salário e finaliza afirmando que:

Embora, teoricamente, considerasse os Diretores empregados de alta confiança, sui generis e demissíveis ad nutum, o Projeto, se convertido em lei, não teria o condão de transformar Diretor em empregado¹¹¹; da mesma forma como os avulsos não se transmutaram pelo simples fato de haverem passado a contribuir para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

¹¹¹ No mesmo sentido ressalta Ari P. Beltran: “desde o advento da Lei nº 6.919/81, foi facultado o recolhimento dos depósitos do FGTS aos Diretores não empregados, o que, contudo, não implica o reconhecimento de qualquer direito trabalhista”. (BELTRAN, Ari. Cargos de confiança – algumas questões – Diretor eleito – Consequências sobre o contrato de trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo, 1986, p. 9-12)

3.4.2 Da posição de Octávio Bueno Magano

O professor Octávio Bueno Magano¹¹² defende a teoria da manutenção do contrato de trabalho apoiado nos ensinamentos de José Antero de Carvalho.

Magano, em comparação com a organização do Estado, afirma que a concepção tradicional da estrutura administrativa das sociedades por ações espelha a organizações políticas do estado liberal capitalista, com assembléia soberana, dotadas de poderes normativos, órgão executivo e órgão de controle, função estas que, no âmbito societário, haveriam de ser exercidas, respectivamente, pela assembléia geral de acionistas, pela Diretoria e pelo conselho fiscal.

O autor ressalta em seu posicionamento que o princípio democrático da soberania da assembléia de acionista impunha a sujeição a ela dos demais órgãos societários. Nessa perspectiva, os Diretores se caracterizavam como mandatários, cujos mandatos poderiam ser a qualquer tempo revogados.¹¹³

Da mesma perspectiva não se afastou o legislador de 1940, ao atribuir à assembléia geral de acionistas o poder de nomear e distribuir os membros da Diretoria, do conselho fiscal ou de qualquer outro órgão criado pelos estatutos.

¹¹² MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1980, p. 115-123.

¹¹³ Conforme já citado, o legislador brasileiro, ao editar o Código Comercial de 1850, em seu art. 295, dispunha que as Sociedades Anônimas seriam “administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios”.

Octávio Bueno Magano adverte para a existência de conflito entre os próprios doutrinadores de Direito Empresarial a respeito do regime jurídico do Diretor Estatutário e a Companhia:

É verdade que os mais autorizados intérpretes da Lei n. 2.627/40 já não classificavam os Diretores na categoria de mandatários, caracterizando-os, antes, como órgão decorrente do próprio aparelhamento da pessoa jurídica. Contudo, permanecia íntegra a fidelidade ao princípio da soberania da assembléia para nomear e destituir Diretores.

O autor reconhece que o 1º modelo da sociedade por ações era composto de reduzido número de acionistas e que no Brasil assumiu a forma predominante de sociedade familiar e reconhece que tal modelo acomodava-se mal, todavia, as características da macro-sociedade, na qual a dispersão da maioria dos acionistas, composta geralmente de investidores displicentes dos assuntos administrativos, invertia transmutando a Diretoria no órgão dominador da sociedade.

Nessa visão distorcida da posição dos órgãos societários, é obvio que os Diretores dificilmente poderiam ser tidos como beneficiários da legislação trabalhista. Com eles mais do que com os próprios acionistas identificava-se a pessoa jurídica, da qual constituíam, em verdade, uma projeção física. Identificando-se, assim, com a empregadora, como poderiam considerados empregados subordinados?

O autor apóia a posição defendida por José Antero de Carvalho, para quem só o Diretor que se apresenta como dono do negócio ou acionista controlador está excluído da proteção trabalhista, uma vez que entende que é a posição mais consentânea com a realidade daquela época, marcada pela presença e atuação de grandes empresas.

O autor aponta que a grande mudança veio com o advento da Lei nº 6.404/76. No regime anterior, a Diretoria convertera-se no órgão mais poderoso da sociedade; contudo, na nova lei, há a interposição, entre a assembléia e a Diretoria, de um novo órgão, o Conselho de Administração, de existência obrigatória nas companhias abertas de capital autorizado.

Magano acrescenta importante observação quanto à extensão dos poderes deste novo órgão:

(...) entre as atribuições do referido conselho, inclui-se não só a de fixar a orientação geral dos negócios da companhia, mas também a de eleger os Diretores respectivos e fixar-lhes os encargos. Assume, pois o mesmo conselho o papel de guardião da realização dos objetivos sócias. A ele cabe fixar a orientação geral dos negócios da companhia; à Diretoria, como órgão subordinado, incumbe apenas o dever de executar as deliberações do conselho. As suas funções são executivas, não tendo competência nem mesmo para convocar assembléia geral de acionistas, salvo a hipótese do art. 123, da Lei n. 6.404/76.

Com base nos ensinamentos de grandes comercialistas, Magano lembra que o conselho, portanto, é a reunião dos acionistas em *petit comité*. Dele participam sempre os acionistas controladores, que resguardam, assim, o exercício do poder respectivo e que os membros do conselho de administração são necessariamente acionistas - já dos Diretores não se exige que possuam essa qualidade.

Na opinião do autor, os Diretores nada mais são do que: “técnicos capazes de admirar a sociedade, de acordo com a orientação geral traçada pelo conselho, sendo que o mais importante na investidura de alguém em cargo de Diretor são suas aptidões profissionais”.¹¹⁴ (grifos nossos)

Destarte o autor conclui que no sistema dualista de estrutura de administração, os diretores são subordinados ao Conselho de Administração:

Como homens de trabalho, subordinados ao conselho de administração, que os pode destituir a qualquer tempo, há de ser necessariamente os Diretores classificados como empregados, já que a subordinação é o traço característico do contrato de trabalho.

¹¹⁴ No mesmo sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite apoiando a teoria de José Antero de Carvalho e Octávio Bueno Magano, acrescenta que: “ademais, o simples fato de o empregado vir a ser guindado, mediante processo eletivo, a cargo da Assembléia Geral de acionistas, à condição de Diretor, ainda que rotulado de presidente, não tem o condão de, por si só, elidir a aplicação dos preceitos consolidados. E afinal, a nova ordem constitucional principia a participação na gestão da empresa (art. 72, XI), o valor social do trabalho (art. 12, IV), a valorização do trabalho humano (art. 170, caput), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII) e o primado do trabalho (art. 193) como valores supremos do Estado Democrático de Direito” (LEITE, 1997, op. cit., p. 210).

A fim de sustentar sua posição, Magano ressalta que o próprio art. 157, §1º, “d”, da nova Lei de Sociedades Anônimas, que, tratando do dever de informar, a cargo da administração, inclui o de revelar “as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmadas pela companhia com os Diretores e empregados de alto nível”.

Discorda de Fran Martins, que, ao comentar sobre referido artigo alegou que houve impropriedade do legislador em sua redação, pois em sua opinião: “a interpretação sistemática da lei, indica que o indigitado dispositivo não colide, antes se harmoniza, com a estrutura dos órgãos societários e com as funções que se lhe atribuíram”.

Magano esclarece que a teoria da manutenção do vínculo de emprego deve ser tida como uma superação da teoria da interrupção do contrato de trabalho, uma vez que confere direitos trabalhistas ao Diretor que não haja anteriormente trabalhado como empregado:

Supera-a, ademais, porque lhe corrige a manifesta contradição de supor a paralisação do contrato de trabalho e, no entanto, atribui ao titular do vínculo a continuidade dos direitos dele resultantes. Realmente, quando se diz que a eleição do empregado para a condição de Diretor não prejudica a contagem do seu tempo de serviço para todos os efeitos legais, admite-se, implicitamente, que todos os seus direitos continuem a ser computados. E, então, é como se nenhuma interrupção houvesse ocorrido. Mais certo é, portanto, afirmar-se que o empregado, eleito Diretor, continua a sua relação empregatícia.

Magano entende que a fundamentação legal para a teoria da manutenção da relação de emprego seria o art. 499 da CLT, que se referindo à generalidade dos Diretores, assegura-lhes a contagem de tempo de serviço pelo exercício do cargo respectivo, com exclusão, porém, do direito à estabilidade.

O autor não deixa de enfrentar a cerrada crítica quanto à sua defesa da teoria organicista para explicar os poderes societários do Diretor, cujo fulcro é a alegação de que a pessoa jurídica não tem capacidade de agir senão através de seus órgãos, contudo, em sua opinião, a teoria orgânica se mostra insatisfatória para explicar as relações entre a sociedade e seus Diretores.

Magano faz uma importante ressalva, esclarecendo que a sua sustentação da teoria da relação de emprego aplica-se, em regra, aos Diretores das grandes empresas, notadamente das Sociedades Anônimas em cuja estrutura exista Conselho de Administração.

Desta forma, Diretores das pequenas empresas de cunho familiar, que acumulam as funções de Diretor com as de acionistas controladores do próprio negócio, identificando-se desta maneira, com a pessoa do empregador, não podem ser considerados empregados.

Capítulo 4 - A Natureza Jurídica do Vínculo do Diretor Estatutário na Visão dos Juristas Atuais

Nos últimos anos, diversos doutrinadores apresentaram sua posição em relação às teorias clássicas apresentadas no capítulo anterior, apoiados no Enunciado 269 do Tribunal Superior do Trabalho e na jurisprudência recente sobre o assunto.

4.1 Da posição de Amauri Mascaro do Nascimento

A decisão significa que em cada caso concreto a Justiça do Trabalho examinará o modo como o trabalho é prestado pelo Diretor para ver se há subordinação trabalhista. Observará a posição hierárquica, os tipos de pagamentos, o número de ações, a natureza técnica ou administrativa do cargo, as pessoas que dão ordens ao Diretor etc.¹¹⁵

Amauri Mascaro do Nascimento discute amplamente a posição do Diretor Estatutário perante o nosso ordenamento jurídico, buscando soluções no Direito Comparado.

Segundo a maioria dos doutrinadores jus-naturalistas, nada obsta a que um Diretor de Sociedade Anônima seja também empregado desta.

¹¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.

No extremo oposto, o autor cita Mario de La Cueva¹¹⁶, que sustenta que os altos empregados não precisam da proteção da lei trabalhista e não estão em situação de subordinação perante o empregador, e por tal razão prestam serviços profissionais, mas não com contrato de trabalho sujeito à regulamentação geral.

O autor enfatiza com grande propriedade: “Diretor estatutário não empregado não deve exercer funções nas quais tenha que executar a sua atividade mediante a subordinação própria de empregado. Deve ser investido de poderes de iniciativa e deliberação coerentes com as atribuições estatutárias”.

Refletindo sobre a situação do ex-empregado eleito Diretor Estatutário, Amauri Mascaro do Nascimento defende que o contrato do empregado eleito Diretor é suspenso¹¹⁷ durante a vigência de seu mandato, acompanhando o entendimento consolidado no Tribunal Superior do Trabalho.

Desta forma, defendendo a tese de que há suspensão do contrato de trabalho, o autor passa a analisar os direitos do referido administrador.

¹¹⁶ A lei espanhola de 1931 os excluía da proteção trabalhista.

¹¹⁷ O autor explica que a suspensão é possível desde que expressa na ata da assembléia que deliberou sobre a eleição para 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 prejudicada a suspensão do contrato diante da continuidade das mesmas condições de trabalho anteriores. Acrescenta que a tendência da Justiça do Trabalho, nesses casos, é declarar que não houve, de fato, suspensão do contrato de trabalho.

Defende que o tratamento dado a esse Diretor é diferenciado dos demais empregados e quando há suspensão válida do contrato de trabalho, cessam os seus direitos trabalhistas, tendo direito a *pro labore* e a participações estatutárias.¹¹⁸

Quanto ao direito de férias, defende que o Diretor não-empregado terá, também, férias na forma estatutária¹¹⁹ e que quanto às verbas rescisórias, se o Diretor estatutário não é empregado porque foi suspenso o contrato de trabalho com as formalidades legais e porque as suas atribuições são efetivamente de Diretor não empregado, o seu direito será apenas às obrigações que a empresa estabeleceu no estatuto para os Diretores.¹²⁰

O autor alerta que caso a Justiça do Trabalho declare que a relação existente entre o Diretor Estatutário e a empresa é verdadeira relação de emprego, todas as participações não salariais passam a ser consideradas salário, como decorrência do reconhecimento do vínculo de emprego.

¹¹⁸ Amauri reconhece que facultativamente, não obrigatoriamente, o Diretor pode ser beneficiado com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, segundo a Lei nº 8.036/90.

¹¹⁹ Nascimento recomenda que devem ser evitadas comunicações em impressos da empresa iguais aos utilizados para comunicação de férias aos empregados, uma vez que são freqüentes, na Justiça do Trabalho, processos nos quais Diretores não empregados reclamam direitos de empregados, alegando que vêm recebendo o mesmo tratamento e os mesmos pagamentos a estes devidos.

¹²⁰ O autor comenta que se o Diretor estatutário é empregado porque não foi suspenso o seu contrato de trabalho com a observância das exigências já descritas, os seus direitos são os mesmos previstos na legislação trabalhista para os demais empregados.

Amauri Mascaro do Nascimento defende que a resposta está na análise individualizada de cada caso concreto¹²¹:

(...) a decisão significa que em cada caso concreto a Justiça do Trabalho examinará o modo como o trabalho é prestado pelo Diretor para ver se há subordinação trabalhista. Observará a posição hierárquica, os tipos de pagamentos, o número de ações, a natureza técnica ou administrativa do cargo, as pessoas .que dão ordens ao Diretor etc.

O autor reconhece que há tendência da Justiça do Trabalho no sentido de integrar o Diretor não-estatutário, especialmente não-acionista, no âmbito da relação de emprego, apoiados na tese do Professor Octávio Bueno Magano.

Nesta hipótese, Nascimento alerta que tal condenação implicaria a computação de todos os reflexos sobre atrasados de 8% dos depósitos do FGTS desde a admissão, 40% sobre esses valores se houver rescisão imotivada do contrato e, quanto às férias, 13º salário e outras diferenças, os atrasados dos últimos cinco anos. Incidem recolhimentos de INSS e imposto de renda sobre as participações definidas, pela Justiça do Trabalho, como salários etc.

¹²¹ O autor alerta que quando o Diretor recebe vantagens indiretas - automóvel de uso pessoal e familiar, habitação, refeições, viagens de férias, cartões de crédito

4.2 Da posição de Sérgio Pinto Martins

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 considerado 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.¹²²

Sérgio Pinto Martins inicia sua discussão sobre o regime jurídico do Diretor Estatutário de Sociedade Anônima, analisando a condição jurídica do Diretor no Direito Comercial, representada por duas teorias: a teoria do mandato e a teoria organicista, já amplamente discutidas neste trabalho.

Reconhece que a teoria contemporânea é a de que o Diretor não é mandatário da sociedade, mas um dos órgãos desta, agindo aquele em nome e como órgão da companhia, pois a representa e pratica os atos necessários a seu funcionamento regular.

O autor entende que nesta situação é sustentável que a situação jurídica do Diretor estaria totalmente divorciada da de empregado, inexistindo contrato de trabalho, pois o Diretor, integrando um dos

tc. - é considerado, pela Justiça do Trabalho, empregado, essas vantagens podem ser consideradas, para todos os efeitos, como salários.

¹²² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 138-143.

órgãos da sociedade, não poderia ser empregado e empregador ao mesmo tempo, visto que não se subordina a si próprio.

Sérgio Pinto Martins afirma que a jurisprudência mais recente já aponta seis posições:

1) o exercício do cargo de Diretor não importa a suspensão do contrato de trabalho; 2) persistindo a subordinação inerente a relação de emprego, o vínculo empregatício subsiste; 3) pode haver concomitância das duas funções, de Diretor e de empregado, permanecendo inalteradas as atribuições anteriores; 4) o fato de o empregado ser eleito Diretor faz com que o contrato de trabalho fique suspenso; 5) o Diretor é subordinado ao conselho de administração das Sociedades Anônimas, configurando, dessa forma, o vínculo empregatício e; 6) o Diretor tem sua situação regida pela lei das Sociedades Anônimas, não sendo empregado.

O autor reconhece que a questão é controvertida e o que mais dificulta o debate do assunto é que a nossa legislação trabalhista¹²³ não disciplina a situação jurídica do Diretor, principalmente quando recrutado externamente à companhia.

¹²³ Conforme já citado, a legislação apenas considera, conforme o art. 16 da Lei nº 8.036/90, que trata do FGTS, que o Diretor é o que exerce “cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independentemente da denominação do cargo”.

O autor reconhece a existência do enunciado 269 do Tribunal Superior do Trabalho, porém, critica que o mesmo não prevê outras hipóteses, como a de o Diretor nunca ter sido empregado na empresa.

Na mesma linha de Octávio Bueno Magano, entende que no sistema de administração dualista, a relação jurídica do Diretor com a Sociedade Anônima teria natureza de típico vínculo empregatício pelas seguintes razões:

1) pelo fato de que os Diretores podem ser destituídos *ad nutum* pelo Conselho de Administração¹²⁴; 2) a própria Lei nº 6.404/76 informa o dever de informar do administrador, que deve revelar as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os Diretores e empregados de alto nível e 3) a subordinação do Diretor ao conselho de administração, como órgão intermediário entre a assembléia geral e a Diretoria, é inquestionável.

Entretanto, o autor faz importante ressalva que esta não é a regra nas sociedades nas quais não existe tal órgão (teoria monista), já que não há outro órgão de administração, a não ser a Diretoria.¹²⁵

¹²⁴ O autor entende que 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 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. Da mesma forma, se para admitir ou dispensar empregados tem o Diretor que consultar superiores, mostrando que não tem nenhuma autonomia.

¹²⁵ Entretanto, existe decisão judicial observando que “se a subordinação administrativa da Diretoria de uma Sociedade Anônima não é exclusivamente a

Sérgio Pinto Martins acrescenta outro tipo de situação muito comum nas empresas brasileiras: a existência de uma Diretoria numerosa, dividida em categorias: Diretor Presidente, Diretor Vice-Presidente e Diretor Superintendente.

Em sua opinião, nessa situação, em que o Diretor está 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.

A contribuição para reflexão trazida pelo autor Sérgio Pinto Martins refere-se à situação do Diretor que é recrutado do quadro de empregados da própria empresa. Neste sentido, o autor comenta que:

(...) 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 considerado 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 aumento de salários e outras decisões estratégicas, dependentes da decisão de uma pessoa na empresa, a

assembléia geral de acionistas, mas a um órgão intermediário, a função de Diretor é dependente, configurando a subordinação jurídica própria dos contratos de

quem cabe a palavra final sobre tais aspectos e a quem o Diretor é subordinado.

O autor enfatiza que o juiz deverá analisar o caso concreto e verificar se há indícios de relação de emprego e cita, por exemplo:

como um indício, se os honorários do Diretor são reajustados pela legislação salarial ou dissídio coletivo da categoria, o que caracterizaria, em sua opinião, pagamento de salário e não de honorários.

O autor entende que se o Diretor é eleito par a Diretoria por ser detentor do capital, dono do negócio ou acionista controlador, não há que se discutir seu regime jurídico; o mesmo será empregado, mas será regido pela legislação comercial.

Entretanto, o autor adverte que o volume de ações ou cotas da sociedade¹²⁶ possuídas pelo Diretor ou empregado nem sempre será determinante para definir sua condição do dirigente.¹²⁷ Explica que o Diretor pode ter cotas ou ações da empresa como investimento.¹²⁸

trabalho, e o detentor do cargo por via de consequência, não é mandatário, mas empregado”. (TRT da 12ª R., Rel. Juiz Umberto Grillo, DJ SC 10-09-82, p. 352)

¹²⁶ O autor comenta que a pessoa pode ter influência nas decisões da sociedade como acionista ou cotista, tendo 51% das ações ou cotas, ou mesmo possuindo quantidade inferior, bastando que tenha o controle das deliberações da sociedade, pelo fato de a maioria das ações estar pulverizada entre várias pessoas. Seria o caso de ter, por exemplo, 10 ou 20% das ações ou cotas, estando as demais ações ou cotas nas mãos de várias pessoas, que, isoladamente, nada representam.

¹²⁷ O TST já decidiu que “o fato de o empregado ser elevado à condição de Diretor, por eleição da assembléia geral da sociedade empregadora, não determina a perda daquela qualidade, a não ser que comprove que ele é proprietário de ações a tal ponto que configure vultoso capital, e a qualidade de proprietário das ações

4.3 Da posição de Luiz Carlos Amorim Robortella

Luiz Carlos Amorim Robortella¹²⁹, em seu brilhante artigo, “Direito de Empresa e Direito do Trabalho”, contribui muito para este trabalho científico, na medida em que destaca que a unificação do Direito Privado no Novo Código Civil renovou e aprofundou o dialogo do Direito do Trabalho com o Direito Empresarial, produzindo influências recíprocas:

Estas novas regras¹³⁰, supletivamente¹³¹ aplicáveis aos administradores das Sociedades Anônimas, ampliam a responsabilidade solidária dos administradores perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa; impõem a restituição pelo administrador de créditos ou bens sociais aplicados em proveito próprio, bem como sanções ao administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação. Por ultimo, são obrigados os administradores a prestar contas aos sócios, com o inventário anual, bem como o balanço patrimonial e de resultado econômico.

tenha sido o motivo primordial de sua investidura”. (TST, Pleno, Ac. 2.294/78 – Proc. E-RR Raymundo de Souza Moura DJ 16-3-79.p. 1.846)

¹²⁸ Por exemplo, o caixa do banco que possui algumas ações do Banco do Brasil, não se querendo dizer com isso que seja dirigente do banco.

¹²⁹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Direito de Empresa e Direito do Trabalho. *Revista da AASP*. São Paulo, n. 70, jul. 2003, p. 54-64.

¹³⁰ O autor lembra a importância dos novos artigos 1.011 e 1.060, que prevêm, respectivamente: “a administração da sociedade empresarial cabe aos sócios ou a administradores por estes escolhidos”; e “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”.

¹³¹ Como disposto no artigo 1.089 do novo Código Civil.

Robortella entende que os poderes e responsabilidades atribuídos pelo novo Código Civil aos administradores podem ser aptos a afetar a sobrevivência da relação de emprego em face do vínculo societário e defende a revisão do Enunciado nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que em face da Lei das Sociedades Anônimas e, agora, do novo Código Civil, tais poderes são incompatíveis com a subordinação jurídica trabalhista típica do empregado:

Esta concentração nova de poderes e obrigações não se harmoniza com o quadro da relação de emprego e deverá reacender a polêmica na doutrina que já recusava a incidência da legislação trabalhista aos empregados eleitos para cargo de Diretoria.

O autor entende que o tratamento do assunto na Justiça do Trabalho hoje tem sido casuístico e as decisões muitas vezes se calcam em preconceitos, ocasionando injustiças e situações de imprevisibilidade.

Registre-se que o pensamento de Robortella é muito similar ao defendido por Orlando Gomes, conforme será abordado ainda neste capítulo.

Robortella defende que as efetivas diferenças entre trabalhadores devem ser levadas em conta pelo sistema jurídico, recuperando-se assim essência dogmática do Direito do Trabalho, que é a tutela dos desprotegidos em face do poder da empresa capitalista:

A generalidade da proteção, sem destinação entre seus destinatários, pode levar o Direito do Trabalho à perda de sua racionalidade como ordenamento protetor de situações de carência econômica e debilidade contratual. Diretores da sociedade, sujeitos apenas ao Conselho de Administração, com os mais amplos poderes de gestão, não podem ser confundidos com o trabalhador subordinado. É necessário oferecer segurança jurídica e imprimir coerência ao sistema, mediante harmonização das normas tutelares trabalhistas com o novo Direito de Empresa do Código Civil de 2002. (grifos nossos)

Vale a pena citar o entendimento do jurista quanto à função do Direito do Trabalho nas novas relações de trabalho:

A finalidade do Direito do Trabalho não é construir fortunas e muito menos tutelar empresários, acionistas de capital ou homens de negócios. (...) O Direito do Trabalho foi elaborado a partir do século XIX, com o idealismo e sofrimento de várias gerações, para a proteção da parte economicamente fraca nas relações de produção. Esse continua o seu princípio fundamental, inclusive dogmaticamente atualizado em suas técnicas, em face de importantes modificações na realidade do mercado de trabalho, que se mostra cada vez mais heterogêneo.

A fim de discutir o novo papel do Direito do Trabalho, o autor traz importantes críticas ao princípio basilar do contrato de trabalho: a proteção do trabalhador na relação jurídica.

Em sua opinião, há que se discutir novos paradigmas para o Direito do Trabalho, sob pena da Justiça do Trabalho ser entendida mais como a injustiça do trabalho:

É cada vez mais inaceitável a proteção trabalhista homogênea que não reconhece a diferença entre os diversos prestadores de serviços. Tal homogeneidade atenta contra princípios jurídicos elementares porque a igualdade jurídica, em face de situações concretamente desiguais, pode criar uma “desigualdade mediante a igualdade”.

Robortella finaliza seu artigo de forma extremamente realista e convincente quando critica o princípio protetor do Direito do Trabalho e a própria condição social do Diretor:

A generalidade da proteção, sem distinção entre seus destinatários, pode levar o Direito do Trabalho à perda de sua racionalidade como ordenamento protetor de situações de carência econômica e debilidade contratual. Um executivo, com elevado grau de independência e plena capacidade de negociação de seu contrato de trabalho, não pode ser tratado como um humilde trabalhador. (grifos nossos)

4.4 Da posição de Fábio Ulhoa Coelho

Fábio Ulhoa Coelho é um dos autores de Direito Empresarial que mais se aprofundou no debate da natureza jurídica do vínculo estabelecido entre o diretor e a Sociedade Anônima de cuja diretoria participa. Os demais doutrinadores contribuíram de forma pontual em assuntos específicos.

Fábio Ulhoa Coelho inicia seu artigo apresentando um exemplo concreto do conflito existente entre a aplicação do Direito Empresarial ou Direito do Trabalho a este tipo de relação estatutária: “Se a diretora financeira de uma Sociedade Anônima dá à luz, tem direito à licença maternidade e estabilidade gestante, caso não tenha a assembléia geral deliberado sobre esse específico benefício?”¹³²

O autor continua sua reflexão argumentando que a resposta depende da prévia definição da natureza do vínculo, estatutário ou contratual, existente entre ela e a companhia.

No primeiro caso, aplicando-se o direito societário, a diretora financeira não tem direito à licença. No segundo, caso o vínculo existente seja de natureza trabalhista, haveria sim o direito.

O autor traz importante explicação sobre os procedimentos adotados pelas Sociedades Anônimas quando da eleição do Diretor Estatutário e explica a razão pela qual a legislação societária não estenderia este tipo de benefício ao administrador:

¹³² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003a, p. 234-242.

Antes de formalizar pelo instrumento próprio (ata de assembléia geral ou de reunião do conselho de administração) a eleição de determinada pessoa para o cargo de conselheiro ou direito, o acionista controlador (ou alguém que o representa) negocia, com ela, as condições em que serão desenvolvidas as tarefas que competem ao mesmo cargo. Nas negociações prévias, controlador e administrador discutem metas e estratégias, definem atribuições e regras de convivência, tratam a remuneração. Essas negociações podem, ou não, ser documentadas por escrito em instrumento que assegure os interesses das partes, enquanto não formalizada a escolha e investidura do administrador pelos meios próprios (ou seja, lavratura da ata da reunião em que se definiu a remuneração, assinatura do termo de posse, registro e publicação da ata de eleição etc.). Entre o previsto nesse contrato prévio, firmado com o acionista controlador, e o aprovado pelos órgãos societários, prevalece perante a companhia, em caso de discrepância, este último. Se do contrato prévio constava certo benefício (por exemplo, reembolso de despesas com saúde de cônjuge e filhos) que não se encontra reproduzido em nenhuma ata de assembléia geral, o administrador não o pode reclamar da companhia, embora possa demandar perdas e danos contra o acionista controlador, com quem firmara o acordo¹³³.

¹³³ Ibid, pág. 239.

Segundo o autor, é necessário distinguir duas hipóteses: a do empregado eleito para órgão de administração e a do profissional contratado externamente para ocupar o cargo.

Em sua opinião: “Na 1ª hipótese 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 subordinação¹³⁴”.

O autor demonstrando o seu estudo interdisciplinado com o Direito do Trabalho, reconhece que sempre que presentes, na relação entre dois sujeitos de direito, os pressupostos delineados no art. 3º da CLT será reputado trabalhista o vínculo, independentemente do conteúdo de eventuais documentos por eles firmados perante a companhia.

Fábio Ulhoa Coelho ressalta que a Justiça do Trabalho tem considerado que ainda que formalizada a eleição e investidura do administrador no cargo de diretor da companhia nas atas e documentos desta, com estrita observância do direito societário, essa documentação não afastará a sujeição do vínculo ao direito trabalhista se restar provada, perante a Justiça do Trabalho, a presença, basicamente, do pressuposto legal da subordinação.

Entretanto, o autor traz importante crítica ao critério utilizado pelo Direito do Trabalho no Enunciado 269 ao referir-se à subordinação como elemento principal auferidor da existência ou não de vínculo de emprego:

¹³⁴ Ibid, pág. 241.

“O derradeiro ponto a se considerar diz respeito à análise do tipo de subordinação que envolve o diretor e passa a apresentar a sua opinião a respeito do tipo de subordinação que existe entre a Diretoria e os demais órgãos, tanto no modelo dualista quanto monista¹³⁵”. (grifos nossos)

Nesse aspecto, Fábio Ulhoa Coelho traz importante reflexão sobre a distinção do conceito de subordinação no Direito Empresarial e no Direito do Trabalho:

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. Mas, a subordinação entre o membro da diretoria e os órgãos superiores nem sempre é pessoal, típica do vínculo trabalhista. O conselho de administração e a assembléia geral não se reúnem cotidianamente; ao contrário, fazem-no de forma esporádica e breve. Não há controle, por esses órgãos, da jornada de trabalho (ou de prestação de serviços) do diretor, nem é usual que deles parta qualquer orientação específica sobre a realização de determinadas tarefas¹³⁶. (grifos nossos)

¹³⁵ Ibid, pág. 241.

¹³⁶ Ibid, pág. 241-242.

O autor explica que a subordinação entre os órgãos societários tem natureza diversa da subordinação trabalhista: “Entre os membros da diretoria e os órgãos superiores da companhia verifica-se subordinação de órgão para órgão (dependência societária), e não pessoal (dependência trabalhista)¹³⁷”. (grifos nossos)

Coelho apresenta importante observação ao alertar que a situação, contudo, é diversa quando se volta a atenção ao interior dos órgãos societários: “Os diretores de área, 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 art. 3º da CLT¹³⁸”.

4.5 Da posição de Orlando Gomes

Sabido é que os fatos novos não são percebidos imediatamente porque a imagem dos antigos grava-se na retentiva, inspirando conservantismo. Só mais tarde, quando entram num processo de evolução intensa, vêm a ser apreendidos, provocando divergências na sua interpretação. O atraso na compreensão acarreta a mora no comportamento. Os homens conduzem-se como se ainda vivessem na situação que passou. No comportamento social, a mora na percepção parece determinar a perpetuação da realidade transposta.¹³⁹

¹³⁷ Ibid, pág. 242.

¹³⁸ Ibid, pág. 242.

¹³⁹ GOMES, Orlando. O Futuro do Direito do Trabalho In: _____. *Direito do Trabalho: Estudos*. São Paulo: LTr, 1979, p. 37.

Orlando Gomes publicou em 1979 um artigo sobre o “Futuro do Direito do Trabalho”¹⁴⁰, defendendo que o Diretor Estatutário da Sociedade Anônima deveria ser entendido como uma figura híbrida, denominada pelo autor de “Patrão-Empregado”.

Ressalve-se que muito embora o referido artigo tenha sido publicado na mesma época que os demais artigos já citados no capítulo terceiro, a profundidade do seu pensamento ultrapassou os limites do tempo e merece um destaque maior neste trabalho científico até mesmo como homenagem pelo seu evidente brilhantismo.

Orlando Gomes já afirmava que o surgimento das sociedades de capitais provocaria impactos na composição do patronato e do proletariado:

O efeito dessas transformações sobre a estrutura das duas classes, o patronato e o proletariado, faz-se sentir sob a forma de um obscurcimento de sua linha demarcatória, do qual resulta certa confusão se o critério de caracterização das classes continua a ser aquele que foi definido por *Marx*, vale dizer, a posição do indivíduo no processo de produção¹⁴¹. (grifos nossos)

Naquela época, o vínculo de emprego era estabelecido entre o patrão-proprietário e o operário mediante o contrato de trabalho, pelo qual o empregado vendia a este suas energias físicas e psíquicas:

¹⁴⁰ Ibid, págs. 37-45.

¹⁴¹ Ibid, pág. 42.

A oposição de interesses entre o empregador e o empregado colocava-os em posições antagônicas, ou seja, completamente dialéticas. Essa diversidade de interesses sempre conduziu a um permanente conflito de luta de classes. A sociedade brasileira da época, representada por uma forte predominância de sociedade de pessoas, em sua grande maioria familiares e fechadas, não permitia que se ultrapasse os limites do binômio patrão-operário¹⁴².

Na opinião do autor, a disseminação das Sociedades Anônimas alterou profundamente o sistema das relações de produção, principalmente pela dissociação entre a propriedade e a administração:

O divórcio entre propriedade e autoridade, entre poder e comando, aprofunda-se, desnudando o direito de propriedade daquela tradicional virtualidade que consistia em proporcionar ao proprietário não apenas um direito sobre a coisa, mas também, um poder sobre homens. Essa dissociação entre propriedade e autoridade, processada por intermédio da Sociedade Anônima, desconjunta o mecanismo das relações entre as classes, determinando-lhes nova configuração e desintegrando o binômio patrão-operário¹⁴³.

¹⁴² Ibid, pág. 38.

¹⁴³ Ibid, pág. 40.

Orlando Gomes esclarece que a questão não é só a ausência da propriedade, é a necessidade de conhecimento técnico para administrar a empresa: “Ainda quando exerçam, de direito, a gestão da sociedade, em razão do número de ações que possuem, a alavanca de comando está nas mãos de técnicos, cuja autoridade provém da necessidade de ação”.

De forma precursora para a época, o autor inova ao propor novos termos como o “patronato difuso” e prever que não haverá mais luta de classes, mas sim “luta de categorias”:

A luta de classes, isto é, o antagonismo entre donos de meios de produção e locadores de força-trabalho, entre os detentores da riqueza e os trabalhadores, converte-se em luta de categorias. Os vínculos de trabalho que vigoram numa empresa não traduzem mais aquela oposição entre o trabalhador e o patrão-proprietário, mas cobram novo sentido. O operário se encontra frente a um patronato difuso, cuja ação se fez sentir por intermédio de empregados categorizados que comandam a vida da empresa e constituem a burocracia dirigente, que não expropria, mas não pode ser expropriada. (grifos nossos).

Orlando Gomes traz importante contribuição sobre o patronato, ao afirmar que o surgimento da Sociedade Anônima, com a desvinculação da propriedade da administração da empresa¹⁴⁴,

¹⁴⁴ Ibid., p. 39.

possibilitaria a criação de uma nova figura de natureza híbrida denominada pelo autor de “Patrão-Empregado” ou “Patrão-Anônimo”:

O mestre ressalta que esta substituição do patrão-proprietário pelo patrão-anônimo era tratada por alguns doutrinadores como fenômeno da despersonalização do empregador, contudo, afirma que este fenômeno não afeta a sua essência íntima, pois não deixa de ser capitalista a empresa que se apóia no capital coletivo.¹⁴⁵

Por outro lado, em sua opinião, o Patrão-Anônimo afeta as relações humanas envolvidas na relação de trabalho, que sempre foram o bem maior a ser tutelado pelo Direito do Trabalho:

Emprega-se numa entidade que, devido ao anonimato dos seus donos, com ele não trava uma relação em que prepondere o fator humano, como acontece quando se estrutura com um patrão-proprietário. Evidentemente, o vínculo de trabalho perde, diante do patrão-anônimo, o teor humano que parecia ser imanente à sua natureza, repercutindo a perda, não só no modo de constituição, mas também, na sua mesma continuidade. Por outro lado, a oposição de interesses deixa de personalizar-se no patrão, que é o grande ausente, tomando o sentido de reação ao sistema econômico.

¹⁴⁵ Ibid., p. 41.

Neste aspecto ainda, Orlando Gomes faz interessante comparação entre o relacionamento existente entre o operário com esses dois tipos de patrão: o patrão-proprietário e o patrão-anônimo:

Profundamente diferentes são, realmente, os vínculos que trava um operário com o patrão-proprietário e com patrão-anônimo. O instrumento é o mesmo, mas o contrato de trabalho que o patrão-anônimo estipula parece uma caricatura monstruosa daquele ato jurídico simples que consiste na admissão de um empregado numa pequena empresa em que o patrão trabalha, ombro a ombro, com os seus auxiliares. Não obstante, a legislação do trabalho, embora contenha preceitos que pressupõem a existência do empregador-anônimo, ainda se nutre do espírito que a inspirou desse novo fato. (grifos nossos)

Neste ponto, o autor traz importante reflexão sobre a alteração da própria condição social do patrão:

A limitação a que está adstrito permite-lhe apenas que retire do negócio um pro labore, isto é, uma quantia que, por seu importe, é, na prática, uma contraprestação, freqüentemente módica, do trabalho de administrar, também trabalhando com os empregados, sua empresa. O fato de ser insignificante repercute sobre a própria condição social do patrão, pois que, tendo embora posição capitalista no processo de produção da riqueza,

equipara-se economicamente a um salariado. Entre ele e o operário que o serve, o vínculo perde muito aquele teor de antagonismo que o caracterizava no quadro do capitalismo liberal, quando a propriedade do meio de produção assegurava a seu titular poder econômico, jurídico e social.¹⁴⁶

No tocante aos honorários pagos aos Diretores Estatutários, faz importante ressalva no sentido de que, muito embora, estes administradores sejam bem-remunerados e tenham alto padrão de vida, percebem uma quantia fixa denominada pelo autor de “salário-direção”:

O valor que percebem é a título de contraprestação de trabalho. Nem lucros, nem juros, mas, sim, *pro labore*. Vencem, numa palavra, o que se chama salário-de-direção. Ora, todo aquele que percebe um salário pelo trabalho que executa, e, no processo de produção da riqueza não é detentor de meio de produção, pertence sociologicamente à classe trabalhadora, ao proletariado. Por exclusão, ao menos, visto que não pode ser considerado capitalista. Como os outros trabalhadores, é assalariado. Mas evidentemente, seus interesses não se confundem, antes se opõem aos dos empregados e operários. A estes se apresentam como se fossem os patrões, o que não está longe da realidade porque exercem, na empresa, o poder diretivo e o poder disciplinar.

¹⁴⁶ Ibid., p. 42.

De forma inovadora para a época, Orlando Gomes critica a aplicação de forma ampla dos direitos trabalhistas a tais administradores, pois entende que todos os direitos da legislação trabalhista foram inseridos em virtude de uma condição econômica e social que esses dirigentes não possuem.

Neste aspecto, Orlando Gomes¹⁴⁷ enfatiza que: “As vantagens trabalhistas conquistadas ao longo dos anos são indiferentes a tais administradores, por isso que a maioria delas não lhes interessa dado o alto padrão de vida que desfrutam. Outras são incompatíveis com a própria natureza dos cargos que ocupam e a função de confiança que exercem”.

O autor, referindo-se ao Direito do Trabalho, utiliza-se de termos como “fórmulas caducas” para exprimir a sua insatisfação com a aplicação do direito à realidade dos fatos e alerta sobre o perigo do “ofuscamento”:

No terreno das relações de produção, o retardamento confirma-se. As idéias que, no particular, foram concebidas e fecundadas no curso do século passado não correspondem mais à realidade dos dias presentes. Não obstante, continuam a influir na organização das relações de trabalho, condensadas em fórmulas caducas. Mas, a despeito de sua inadequação, tais idéias continuam a se projetar sobre a realidade nova, ofuscando-a em vez de clareá-la. A perpetuação dessas concepções

¹⁴⁷ Ibid., p. 43.

imprime às instituições do Direito do Trabalho um aspecto de senilidade, que contrasta vivamente com o viço de sua compleição juvenil. O Direito do Trabalho, organizado sobre uma estrutura econômica que desconhecia essa realidade nova, construído sobre o solo do capitalismo liberal, esteriotipado nos moldes fundidos nos séculos XIX, perde aquele senso realístico que o distinguia, e envelhece em plena adolescência. (grifos nossos)

É digna de admiração acadêmica referida obra científica de Orlando Gomes, uma vez que pioneira para sua época ao prever que os administradores é que deterão o poder no futuro das relações de trabalho, e com tal soma de poder, surgiria a oligarquia dos gerentes, formada pelos melhores profissionais técnicos do mercado. “Contra eles, e não contra os proprietários, declarar-se-ão a oposição dos trabalhadores, porque são eles que se oporiam e resistiriam às suas reivindicações.”

O autor refere-se ao futuro perfil institucionalista das empresas na administração das novas relações de trabalho: “Por sua vez, os empregados ingressam numa empresa por adesão a um regulamento, com seus direitos e deveres preestabelecidos, não raro, em uma convenção coletiva e passam a trabalhar para um patrão impessoal, sob a direção de outros empregados”.¹⁴⁸

Orlando Gomes apresenta importante distinção na administração de sociedade de pessoas e da sociedade de capitais:

¹⁴⁸ Ibid., p. 41.

Na sociedade de pessoas, o patrão-proprietário a comanda. Seu poder de comando resulta do seu direito de propriedade. É chefe porque é proprietário. E, assim, detém o poder e comando. A situação é completamente diferente nas empresas que revestem a forma de Sociedade Anônima. A empresa não é propriedade de ninguém. Não há quem individualmente se possa apresentar como seu dono. O capital pulveriza-se entre centenas e mesmo milhares de acionistas, cujo interesse se restringe ao recebimento de dividendos. Sua administração compete, assim, a um pequeno grupo ao qual cabe o papel que, no regime da empresa individual, incumbe ao proprietário. É, portanto, aos administradores ou gerentes que pertence o poder de comando. São eles os chefes da empresa.¹⁴⁹ (grifos nossos)

No entender de Orlando Gomes, o futuro do Direito do Trabalho caminhará para um regime de “dependência econômica generalizada”, no qual todos os que trabalham, dirigindo ou executando serviços, passarão a viver de uma remuneração do trabalho, mais ou menos vultosa.

De forma surpreendente, o autor prevê o aumento da informalidade nas relações de trabalho com o desenvolvimento do capitalismo e discorre sobre o esvaziamento do conceito de salário (“pansalariato”).

¹⁴⁹ Ibid., p. 39.

E saem, afinal, da órbita do capitalismo inúmeros trabalhadores que passaram a exercer sua atividade profissional nos quadros de outras empresas. Assiste-se, assim, a uma transformação profunda que está conduzindo a vida econômica para o *pansalariato*, esvaziado o salário do seu conteúdo capitalístico. (grifos nossos)

Na opinião do autor, os dirigentes das grandes empresas passarão a integrar a classe dominante preenchendo o quadro da burguesia e figurarão como empregadores, aos olhos do resto do pessoal como os antigos patrões, ainda que guardem, como guardam, uma distância outrora desconhecida e inexistente.

No mesmo sentido, Orlando Gomes conclui que no futuro das relações de trabalho se processará a eutanásia do proprietário:

Quem observa o desenvolvimento da atividade empresarial constata a tendência atual no sentido de eliminar até o vínculo entre o Diretor e a sociedade, porque está se processando, nos países mais avançados, a eutanásia do proprietário, do capitalista que já abandonou a sua propriedade e entregou o controle de sua riqueza. Grandes empresas tornam-se um patrimônio destinado ao fim de atuação no mercado. Patrimônio absolutamente impessoal, sequer sem acionistas! E se isto ocorre, os dirigentes deste tipo de fundação não são chamados nem empregadores nem empregados, cessando o combate por falta de combatentes.

É flagrante a atualidade do tema debatido pelo mestre Orlando Gomes. No tocante à polêmica da figura jurídica híbrida (Patrão-Empregado), o pensamento de Orlando Gomes não está isolado. Neste sentido, é importante destacar a obra de Juarez Rogério Felix¹⁵⁰, que, ao analisar a teoria do Direito Quântico do professor Goffredo da Silva Teles, faz importante crítica ao positivismo jurídico ao sustentar que:

Não há como deixar de perceber que a dogmática determinista e matemática do Direito levou ao exagero do conceitualismo e trouxe a preguiça mental do julgador, tornando mais fácil decidir com base em conceitos exatos consubstanciados na jurisprudência.

O autor, apoiado nos ensinamentos de Goffredo da Silva Teles, lembra que a própria ciência moderna, ao estudar a ótica, provou que a luz tanto pode ser compreendida como ondas luminosas, quanto como partículas descontínuas, ferindo o princípio do terceiro excluído, segundo o qual alguma coisa é isso ou aquilo, não havendo uma terceira possibilidade.

¹⁵⁰ FELIX, Juarez Rogério. *Princípio da moralidade no processo civil: um ensaio de Teoria Geral do Direito*. São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000, passim.

Capítulo 5 - A Natureza Jurídica do Vínculo do Diretor Estatutário no Novo Direito Empresarial e Trabalhista

As teorias explicativas da natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário defendidas por grandes doutrinadores trabalhistas foram apresentadas nos capítulos anteriores.

Da referida análise, conclui-se que os dois elementos principais norteadores do debate eram: (1) a existência ou não de subordinação jurídica trabalhista entre o Diretor e a Sociedade Anônima; e (2) a necessidade ou não de proteção do Diretor Estatutário como trabalhador pelo Direito do Trabalho.

Percebe-se claramente, tanto no âmbito legislativo como jurisprudencial, os reflexos de tais elementos: a Lei 6.019, de 1981, que estendeu o regime fundiário ao Diretor Estatutário (denominado pelo legislador de Diretor não-empregado) teve a preocupação de proteger este trabalhador e o Enunciado 269 do Tribunal Superior do Trabalho, de 1988, teve seu pilar no conceito de subordinação (“salvo subordinação jurídica”).

A lacuna legislativa e jurisprudencial ainda é marcante, já que não houve solução efetiva para os conflitos oriundos da relação do Diretor Estatutário com a Sociedade Anônima, principalmente do Diretor recrutado externamente à companhia que sequer é mencionado no Enunciado 269 do Tribunal Superior do Trabalho.

A razão é evidente: a realidade brasileira da época era marcada pela forte influência de elementos de oposição como resumido a seguir:

No Direito Comercial (antagonismo entre proprietários e não-proprietários) e no Direito do Trabalho (antagonismo entre donos da riqueza e locadores de força-trabalho). A Sociedade Anônima e o Diretor Estatutário não se encaixam neste modelo de oposições, pois a Sociedade Anônima trouxe a desvinculação da propriedade da administração e o Diretor Estatutário substitui o patrão-proprietário, passando a exercer o poder de comando, sem, contudo, deter a propriedade da empresa. Na verdade, ambos representaram a quebra dos paradigmas de seus respectivos ramos de Direito e evidenciam a crise de seus modelos de estruturação, demonstrando a necessidade de uma reconstrução dogmática do assunto. A vida econômica e social ultrapassou os antigos paradigmas do Direito Comercial e do Direito do Trabalho, criando novas relações entre os homens, que passaram a exigir novos modelos de controle e, mais que isso, novas respostas do operador de Direito.

O momento não poderia ser mais adequado, já que a nova época é de valorização dos direitos de alto grau de universalidade e humanismo, com o surgimento um novo conceito de direitos humanos: os direitos metaindividuais. Esta nova categoria de direitos, congregando os direitos humanos de primeira (direitos de liberdade), segunda (direitos de igualdade) e terceira geração (direitos políticos), demonstra a busca pela superação das tradicionais dicotomias entre direitos individuais, públicos, privados, positivos ou negativos¹⁵¹.

A fim de atualizar o debate, é imprescindível a análise dos novos paradigmas que a Sociedade Anônima trouxe ao Direito Empresarial e o Diretor Estatutário inserido no novo contexto do Direito do Trabalho.

¹⁵¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004, passim.

5.1 O novo Direito de Empresas

O Direito Comercial, também referido como Direito Mercantil, Empresarial ou de Negócios por diversos autores¹⁵², tem como regime jurídico econômico a inspiração neoliberal da Constituição Brasileira de 1988 com o primado da livre iniciativa e livre concorrência.

É imprescindível estudar-se estas novas formas de poder e sua relação de controle na Sociedade Anônima para entendermos o futuro das empresas brasileiras.

5.1.1 O poder da propriedade na Sociedade Anônima

A mudança das relações advindas do surgimento da sociedade anônima implicou, sem dúvida, em alguma alteração essencial no caráter da propriedade pela sua desvinculação da gestão.

O grande economista Adam Smith entendia que a empresa era uma unidade típica do pequeno negócio individual, em que o proprietário, produzia bens para o mercado e se opunha à idéia da Sociedade Anônima, pois acreditava que a dispersão da propriedade tornaria impossível a sua administração pelo sócio e que a eleição de um administrador não-proprietário para administrar o dinheiro dos sócios afundaria de vez tal sociedade, já que não poderia se esperar que tais homens zelassem pelo dinheiro de outras pessoas, como se fosse seu próprio dinheiro.

¹⁵² Veja-se sobre este aspecto a obra citada a seguir: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003, p. 24.

Para Adam Smith e demais economistas da época, a propriedade privada era uma unidade que envolvia a posse. Esta unidade supunha a propriedade e o controle, ou seja, propriedade ativa e passiva. No passado, o sócio da empresa comercial controlava os dois aspectos da propriedade: o de arriscar a riqueza previamente acumulada na empresa com objetivo de lucro e o controle da administração e a responsabilidade da empresa.

Segundo Berle e Means, na moderna Sociedade Anônima, essa unidade se desfez. Os sócios ainda mantêm a propriedade passiva devido à posse de suas ações, mas perderam a propriedade ativa, pois praticamente não exercem nenhum controle sobre ela e nem qualquer responsabilidade:

Desta forma, o fato é que ao lidar-se com a Sociedade Anônima não se pode falar na antiga propriedade privada, pois este tipo de sociedade pressupõe que a propriedade ativa e passiva, na maior parte das vezes, encontrar-se-á em mãos diferentes.¹⁵³

Na moderna Sociedade Anônima, o conceito de riqueza também mudou e dividiu-se em dois tipos de riqueza diferentes a propriedade passiva e a propriedade ativa da empresa como descrito com grande clareza a seguir pelos autores:

¹⁵³ BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner. *A moderna Sociedade Anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 275-278. Trad. Dinah de Abreu Azevedo.

Para o dono da propriedade passiva, o acionista, a riqueza não se constitui de bens tangíveis (meios de produção), mas mera expectativa de valor de mercado, ou seja, se suas ações forem mantidas, podem proporcionar-lhe uma renda e, se forem vendidas no mercado, podem significar lucro. Para o possuidor de propriedade ativa - o “controle” - a riqueza corresponde a uma grande empresa que ele domina, uma empresa cujo valor depende da sua continuidade como organização.¹⁵⁴ (grifos nossos)

Desse modo, essas duas formas de riqueza coexistem lado a lado:

A riqueza passiva - uma riqueza que tem liquidez, que é impessoal e que não envolve responsabilidade, passando de mão em mão e constantemente avaliada pelo mercado -; e a riqueza ativa - grandes organismos operacionais que, para existir, dependem de seus acionistas, de seus trabalhadores e de seus consumidores, mas que têm como mola mestra o “controle”.¹⁵⁵

Na opinião de Berle, essas duas formas de riqueza não são aspectos diferentes da mesma coisa, mas duas coisas essencial e funcionalmente distintas. O autor defende que a Sociedade Anônima deverá ser compreendida no futuro como uma organização social lucrativa:

¹⁵⁴ Ibid., p. 270.

¹⁵⁵ Ibid., passim.

Ninguém é proprietário permanente. A composição do complexo multifacetado que funciona como o dono do empreendimento encontra-se num estado de alteração contínua. (...) Esse estado de coisas significa que a propriedade foi despersonalizada. (...) A empresa assume uma vida independente, como se não pertencesse a ninguém: assume uma existência objetiva como antigamente só se encontrava no Estado e na Igreja. (...) A Sociedade Anônima precisa ser analisada, não em termos de empresa comercial, mas em termos de organização social.¹⁵⁶ (grifos nossos).

5.1.2 O poder de administração na Sociedade Anônima

A questão a ser enfrentada é se os administradores detêm o poder jurídico e de fato, poder este considerado supremo na Sociedade Anônima, superando o dos acionistas, os originais detentores da propriedade da sociedade.

A resposta não é tão objetiva, por isso o debate merece uma análise mais profunda e ninguém melhor do que Fábio Konder Comparato, que dedicou uma obra inteira ao assunto do poder de controle nas Sociedades Anônimas.

¹⁵⁶ Ibid., p. 275.

Comparato, apoiado nos ensinamentos de Berle e Means, defende que o problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da propriedade, mas o controle sobre ela.¹⁵⁷

O autor explica que a Sociedade Anônima foi concebida como uma sociedade contratual, ou seja, originada da vontade dos acionistas, devendo ser seus interesses os únicos aos quais a companhia deve perseguir. No sentido oposto, o desenvolvimento da Sociedade Anônima resultou no fortalecimento do grupo de controle da administração da companhia, rompendo com o paradigma contratual.

É importante destacar que o administrador, porém, pode não ser o titular do poder de controle originário sobre a empresa, mas, sim, alguém eleito para exercer, derivadamente, o poder de controle.

Nesse sentido, Comparato alerta que a grande novidade trazida pela sociedade acionária foi a possibilidade de concentrar o poder econômico, desvinculando-o da propriedade e da responsabilidade pessoal.

Comparato chega a afirmar que a Sociedade Anônima é um autêntico direito constitucional da atividade econômica, no setor privado.¹⁵⁸

O autor discorre sobre a aplicação da tese marxista da concentração do capital na estrutura societária da Sociedade Anônima na atualidade:

¹⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 4.

¹⁵⁸ Ibid., p. 4.

É nesse sentido que deve ser entendida a tese marxista acerca da concentração do capital, pois este conceito não designa, nessa teoria, uma relação de propriedade, mas uma manifestação de poder. No Direito Privado, o melhor prisma através do qual se pode enfocar a questão é a análise da estrutura da Sociedade Anônima.¹⁵⁹ (grifos nossos).

Comparato ressalta que a grande questão no Direito Societário contemporâneo é exatamente a definição do fenômeno do poder na Sociedade Anônima, já que o modelo legal vigente não apresenta uma resposta satisfatória a este problema. A maioria da doutrina comercial ainda concebe a Sociedade Anônima como se fosse destituída de comando ou controle pré-determinado.¹⁶⁰

O autor classifica as estruturas de poder da Sociedade Anônima em três níveis: o da participação no capital, o da direção; e o do controle. O controle pode provir da participação no capital, mas não se confunde com a mesma. Por outro lado, se os Diretores de uma companhia não precisam ser acionistas, é claro também que o controlador nem sempre assume as funções de direção da empresa.¹⁶¹

Em relação ao poder de controle nas Sociedades Anônimas, Comparato faz interessante observação sobre os poderes de fato neste tipo societário:

¹⁵⁹ Ibid., p. 3.

¹⁶⁰ Ibid., p. 5.

¹⁶¹ Ibid., p. 22-23.

O exercício de poder, em qualquer sociedade, nem sempre se ajusta ao modelo normativo. Há poderes de fato e poderes de Direito. O Diretor de uma companhia, que goza da confiança e intimidade de um Ministro de Estado do qual depende em última instância a sobrevivência da empresa, exerce um poder de fato incontestável.¹⁶² (grifos nossos)

Comparato classifica o controle interno na Sociedade Anônima em cinco espécies: controle com quase completa propriedade acionária, controle majoritário, controle obtido mediante expedientes legais, controle minoritário e controle gerencial.¹⁶³ Para os fins deste trabalho científico, o tipo de controle interno que mais interessa estudar é o controle gerencial (*management control*).

Segundo Comparato, o controle gerencial é aquele não fundado na participação acionária, mas unicamente no poder-função dos Diretores. É o controle interno totalmente desligado da titulariedade das ações, em que se divide o capital social.¹⁶⁴

Esse tipo de controle é típico das grandes companhias de capital aberto, cujo capital social é pulverizado no mercado de capitais. Desta forma, como o poder do controle pela propriedade acionária é quase inexistente, o controle gerencial acaba exercendo o poder na Sociedade Anônima.

¹⁶² Ibid., p. 27-28.

¹⁶³ Ibid., p. 35.

¹⁶⁴ Ibid., p. 49.

5.1.3 O futuro da Sociedade Anônima e do controle gerencial

Segundo Berle e Means, a Sociedade Anônima envolve uma concentração de poder no campo econômico comparável à concentração do poder religioso da Igreja medieval ou do poder político do Estado nacional.

Por outro lado, envolve a inter-relação de atores sociais com uma grande diversidade de interesses econômicos, tais como: dos proprietários, trabalhadores, consumidores e, sobretudo, os interesses das pessoas que exercem o controle.¹⁶⁵

Neste ponto é que os doutrinadores empresariais debatem o grande dilema da moderna Sociedade Anônima: a conciliação entre essa concentração tão grande de poder e essa diversidade tão grande de interesses.

Segundo o autor, o grande dilema do novo Direito de Empresas está entre fortalecer os direitos dos proprietários passivos ou podemos dar toda a liberdade ao grupo de controle. Nesta última hipótese, há o risco de criar uma oligarquia dos dirigentes dentro da Sociedade Anônima. (grifos nossos)

Na atualidade, Berle aponta que se tem caminhado para uma terceira alternativa: atender as reivindicações de um grupo muitíssimo maior que o grupo de proprietários ou de controle: a comunidade.¹⁶⁶

¹⁶⁵ BERLE; MEANS, op.cit., p. 275-276.

¹⁶⁶ Ibid., p. 277.

Essa terceira alternativa oferece um conceito inteiramente novo da atividade das companhias, pois se passaria a exigir que a moderna sociedade anônima não servisse apenas aos proprietários ou ao controle, mas a toda sociedade. (grifos nossos)

A grande maioria dos doutrinadores de Direito Empresarial entende que a Sociedade Anônima não pode ser mais entendida como empresa comercial, pois esta passou a ser neste século uma verdadeira organização social que congrega diversos atores sociais e divergentes interesses.

Segundo uma visão mais ampla ainda, a moderna Sociedade Anônima pode ser considerada não apenas como uma forma de organização social, mas potencialmente (senão efetivamente) como a instituição dominante do mundo moderno. (grifos nossos)

Berle aponta que é observável no mundo todo e com graus variados de imensidade, a insistência de que o poder da organização econômica assuma a responsabilidade pelo bem-estar (poder responsável) daqueles que estão subordinados à organização, sejam trabalhadores, investidores ou consumidores.

Os autores lembram que a máxima concentração de poder sempre se baseou no interesse dominante de cada época e afirmam que nesse sentido, o surgimento da moderna Sociedade Anônima efetivou uma concentração de poder econômico que pode competir em pé de igualdade com o Estado moderno: poder econômico *versus* poder político, cada um forte em seu setor.

O Estado procura de certo modo regulamentar a Sociedade Anônima, enquanto esta se torna rapidamente poderosa e faz todo o possível para impedir essa regulamentação. No tocante a seus próprios interesses procura até mesmo dominar o Estado.

Segundo Berle e Means, o futuro da Sociedade Anônima seria assim entendido: “Talvez veja o organismo econômico agora simbolizado pela sociedade anônima, não só em pé de igualdade com o Estado, mas possivelmente suplantando-o, enquanto forma dominante de organização social”.¹⁶⁷

A lei da Sociedade Anônima portanto, bem pode ser considerada como uma lei constitucional em comparação ao novo Estado econômico, enquanto a atividade empresarial cada vez mais assume o aspecto de política econômica.

Quanto ao futuro do controle gerencial e do administrador, Berle e Means, sintetizam de forma bem clara:

De um modo ou de outro, porém, o administrador contratado para agir em nome do empresário exerce ele próprio atividade típica de empresário e é, embora por delegação de poderes, também empresário. Não devem ser considerados empresários, porém, os administradores que não exerçam nenhuma parcela do poder de comando supremo da empresa ou não tenham autonomia de nomeação e permanência no cargo em relação a qualquer outro administrador. (grifos nossos)

¹⁶⁷ Ibid., p. 278.

Na análise do novo conceito de poder-função do administrador profissional ressaltado pela sua responsabilidade social, Berle e Means destacam que a importância dos grandes líderes para o futuro da Sociedade Anônima e de toda a comunidade:

Se os líderes das grandes companhias apresentassem, por exemplo, um programa compreendendo salários, estabilidade no trabalho, serviços razoáveis ao público e estabilização dos negócios, pontos esses que desviaram uma parte dos lucros dos proprietários passivos e se a comunidade em geral aceitasse esse programa como uma solução lógica e humana das dificuldades industriais, os interesses dos proprietários passivos teriam que ceder os tribunais seriam forçados quase por necessidade a reconhecer o resultado, justificando-o com qualquer das muitas teorias legais que quisessem. É possível, na verdade parece essencial para que o sistema da sociedade anônima sobreviva, que o controle das grandes companhias evolua para uma tecnocracia literalmente neutra que equilibre as diversas reivindicações dos diversos grupos da comunidade, atribuindo a cada um uma parte do fluxo monetário mais uma política social do que uma cupidez privada.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Ibid., p. 277.

Berle e Means fazem um importante discurso ético sobre poder e controle na sociedade do futuro:

Quando se fala em poder de controle está se falando de consciência, de intenção de comandar, por isso se fala em poder e não em simples força. Há forças inconscientes de si próprias e que, tomadas conscientes, transformam-se em poder”

Os autores, que foram amplamente citados por Fábio Comparato, discorrem sobre as diversas incertezas quanto ao futuro das sociedades empresarias e da própria Sociedade Anônima:

Será que não devemos, por conseguinte, reconhecer que não tratamos mais da propriedade no sentido antigo da palavra? Será que a lógica tradicional da propriedade ainda se aplica? Como um proprietário que também controla sua riqueza tem proteção para usufruir plenamente das vantagens dela derivadas, será que se segue *necessariamente* que um proprietário que renunciou ao controle de sua riqueza também deve ter todas as regalias? Será que essa renúncia não mudou tão essencialmente a relação com sua riqueza, a ponto de ter mudado a lógica aplicável a seu interesse nessa riqueza? Uma resposta a essa questão não pode ser fornecida pela lei. Tem de ser procurada nos fundamentos econômicos e sociais da lei.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Ibid., p. 264.

Neste aspecto, Comparato ressalta que o controle gerencial poderá constituir em forte argumento para a teoria institucional da empresa:

Se o poder de controle na empresa não mais se funda na titulariedade acionária e transcende de certa forma a vontade – individual ou coletiva – dos acionistas, parece impossível reduzir o mecanismo social aos modelos do contrato ou propriedade privada. Estamos diante de uma personalização da empresa, subtraindo-a a qualquer vínculo de natureza real com os detentores do capital societário, e aproximando-a, até à confusão, de uma espécie de fundação lucrativa. É a instituição-empresa, dissolvendo completamente a *affectio societatis* original.¹⁷⁰

Comparato ressalta que o poder de controle da empresa não é exercido apenas internamente, já que a empresa não é fechada sobre si mesma, podendo até afetar o controle internamente.

Finalmente, não se pode deixar de salientar novamente que com a alteração do artigo 138 da Lei das Sociedades Anônimas (acordo de acionistas), há alguns doutrinadores que entendem que essa discussão já está superada e que o poder de controle estaria na mão dos acionistas, numa espécie de retorno à natureza contratual das sociedades.

¹⁷⁰ COMPARATO, op.cit., p. 51.

Vale ressaltar que Márcio Luís Maia defendeu outro entendimento sobre as alterações da Lei nº 10.303/2001.

O autor reconhece que esta alteração trouxe uma maior vinculação e conseqüente aumento de responsabilidade dos administradores no cumprimento do acordo de acionistas, podendo-se constatar a existência de um virtual mandato entre os acionistas convenientes e administradores, contudo, faz importante ponderação:

Os acordos de acionistas não são oponíveis apenas aos administradores e à companhia, mas estabelecem um vínculo obrigacional, guardando o fiel cumprimento da perfeita harmonia com os desejados primados da boa governança corporativa.¹⁷¹ (grifos nossos).

5.2 O novo Direito do Trabalho

O Professor Miguel Reale¹⁷², no prefácio do livro de Luigi Bagolini, apresenta importante reflexão sobre o trabalho como valor e sustenta que o trabalho e valor, bem como, por via de conseqüência, trabalho e cultura, afiguram-se termos regidos por essencial dialética de complementaridade:

¹⁷¹ MAIA, Márcio Luís. *A responsabilidade do administrador e o acordo de acionistas*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003, p. 74.

¹⁷² REALE, Miguel. Prefácio. In: BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 11.

Não entendo como se possa dizer que o trabalho não seja criador de valores. Ele já é, por si mesmo, um valor, como uma das formas fundamentais de objetivação do espírito enquanto transformador da realidade física e social, visto como o homem não trabalha porque quer, mas sim por uma exigência indeclinável de seu ser social, que é um “ser pessoal de relação”, assim como não se pensa porque se quer, mas por ser o pensamento um elemento intrínseco ao homem, no seu processo existencial, que se traduz em sucessivas “formas de objetivação”.

Filosoficamente, o trabalho há de ser o centro dos valores numa visão ideal do Estado Moral, valores estes que, embora estejam no centro dos problemas econômicos, não devem ceder a dignidade humana, que justifica o investimento de recursos coletivos na solução de problemas fundamentais.

Para o debate deste trabalho científico, não se pode negar que a prestação de serviços do Diretor é trabalho e que o executivo como sujeito de Direito deve ter respeitada sua dignidade humana.

Neste aspecto, é necessário rever os pilares do Direito do Trabalho, ou seja, discorrer sobre a reconstrução teórica do Direito do Trabalho, sem deixar de compreender sua evolução de forma integrada. Saliente-se que desde já que tal tarefa é árdua, já que é polêmica até essa necessidade de revisão, vista por alguns doutrinadores como uma flexibilização precarizante

5.2.1 As novas relações de trabalho e a crise da subordinação jurídica

As descobertas tecnológicas do início do século XX, tais como novas fontes energéticas (petróleo e eletricidade) que substituíram o vapor e o carvão, trouxeram grandes impactos nas formas de utilização do trabalho humano.

A teoria das ciências sociais chegou a vislumbrar um mundo sem trabalhadores, até porque, diante do avanço tecnológico das últimas décadas: “centenas de milhões de pessoas estarão excluídas pela automação e a globalização, ficando permanentemente ociosas”, o que poderia gerar uma sociedade fadada à carência e à ilegalidade.¹⁷³

A teoria da administração científica do trabalho, proposta por Frederick Winslow Taylor em 1911, conhecida também como “taylorismo”, consistia na divisão do processo produtivo, em operações singulares, compostas por movimentos mecânicos e repetitivos. O objetivo era alcançar o máximo de produtividade do trabalhador e da máquina, em linha de produção das grandes fábricas.

Posteriormente, Henry-Ford apoiado nos conhecimentos de Taylor, implantou a técnica da produção em série de automóveis: “fordismo-taylorismo”. A grande característica da empresa fordista era uma política de recursos humanos baseada numa grande estrutura vertical de níveis de hierarquias, que acarretava na padronização dos cargos e remuneração dos empregados.

¹⁷³ É o pensamento de Roberto Araújo de Oliveira Santos exposto no clássico “O fim dos empregos”. (In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, n. 6, 1998, p. 86).

O grande desenvolvimento da automação e da informática veio trazer novos modelos de produção, conhecido como o “pós-fordismo”.

O “toyotismo” surgiu no Japão e trouxe um novo método de organização centrado no trabalho em equipe (“células”), desenvolvido com uma grande rotação dos trabalhadores pelos postos de trabalho, combinando diferentes tarefas (“multifuncionalidade” do empregado).

Na atualidade, houve um novo impacto: a mudança da economia de grande escala à economia da flexibilidade, na qual a subcontratação de trabalhadores surge como elemento-chave no processo de produção (“modelo de produção *just in time*”).

Segundo Ary Beltran¹⁷⁴, pode-se falar atualmente em uma forma de darwinismo social: a sujeição do homem a uma situação em que só vence o que ultrapassar a seleção dos melhores do mercado, em substituição à luta de classes:

Hoje o que se vê são ataques que se multiplicam contra o darwinismo e o neodarwinismo - obra, entre outros tantos, produzida por *Spencer* e *Summer* (*Spencer*, o autor da máxima referente à “sobrevivência dos mais aptos” (*survival of the fittests*); de “spencerismo” - em vez de “darwinismo” – “social’ deveria falar-se); aliás, obra a que Darwin não teria ficado de todo alheio, ou pelo menos ele já teria contemplado sem escandalizar-se.

¹⁷⁴ BELTRAN, Ary. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. São Paulo: LTr, 2001, p. 202-203.

As relações de trabalho mudaram e novos paradigmas surgiram no mercado de trabalho mundial, sendo impossível conceber novas relações de trabalho, inclusive o regime jurídico do Direito Estatutário somente sob a ótica dos conceitos genéricos e abstratos de empregador e empregado, previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O contrato de trabalho tradicional - fundado na existência de subordinação e do princípio protecionista - passa a perder sua posição de pilar do Direito do Trabalho em face da evolução da tecnologia e dos sistemas de produção.

Desta forma, o principal critério adotado pela nossa legislação trabalhista para a distinção entre a relação de emprego e as diversas modalidades de relações de trabalho tem sido a existência da subordinação.

A maioria da doutrina trabalhista aceita que a dificuldade de aplicação do conceito definidor da relação de emprego reside justamente na qualificação do “estado de dependência” ou conhecido mais como “subordinação”.

Por outro lado, sempre entendeu que o melhor critério para aferição da existência de relação de emprego seria a subordinação jurídica, uma vez que os demais critérios estariam focalizados na qualidade ou tipo de trabalho.

Ricardo Marcelo Fonseca, em interessante livro sobre a sujeição do Direito que levou à sujeição jurídica no contrato de trabalho, faz o seguinte comentário:

Ora, se o contrato de trabalho é caracterizado pelo fato de que o empregador dirige, comanda e fiscaliza as energias do empregado e há, de outro lado, o empregado com o dever passivo de obediência, caberia a seguinte indagação: no que essa “subordinação jurídica” se diferencia da pura e simples subordinação? O que dá o atributo de “jurídica” à subordinação existente no contrato de trabalho?¹⁷⁵

A crítica da maioria dos doutrinadores trabalhistas ao critério de subordinação jurídica – definidor da relação de emprego celetista – é que algumas relações de trabalho, que possuem uma tênue semelhança com a figura do empregado, acabavam sendo tratadas da mesma forma que as dos demais empregados, com aplicação em bloco dos direitos trabalhistas, dependendo do entendimento do magistrado em cada caso.

Essa crítica é plenamente aplicável ao Diretor da Sociedade Anônima na atualidade.

Arion Sayão Romita¹⁷⁶ critica o critério de subordinação jurídica e entende que a visão é “subjetivista” e “personalista”, pois considera a subordinação apenas pelo prisma da direção e fiscalização, do poder de mando e do poder de obediência:

¹⁷⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de Direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 136.

¹⁷⁶ ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*. São Paulo, v. 68, n. 11, 2004, p. 1.287-1.298.

Esse critério mostra-se insuficiente, pois o vínculo que une o trabalhador ao patrão é a atividade que se exterioriza na relação de trabalho. Por ser credor de trabalho, o empregador tem a faculdade de intervir na atividade do empregado. A relação de trabalho envolve obrigação patrimonial de prestação pessoal. A relação imediata é com o trabalho, mas há relação mediata com a pessoa do trabalhador¹⁷⁷.

Romita sustenta que a própria pessoa do trabalhador está envolvida na relação de trabalho, mas é a atividade do empregado que se insere na organização da empresa.¹⁷⁸

Na mesma linha, Ricardo Marcelo Fonseca critica a subordinação no sentido de que esta não pode corresponder a submissão ou sujeição pessoal, pois o trabalhador, como pessoa, não pode ser confundido com a sua atividade, esta sim objeto da relação jurídica¹⁷⁹.

Ao discorrer sobre os limites do conteúdo do contrato de trabalho, ou seja, dos limites da subordinação jurídica que liga o empregado ao empregador, Fonseca faz brilhante indagação:

Define-se o que se pode fazer através da enunciação daquilo que não se pode fazer. O argumento, assim, chega nesse caso, somente à afirmação de que tais ou quais condutas não poderiam subordinar o empregado porque estariam fora dos limites do contrato, e, assim, o empregado

¹⁷⁷ Ibid, p. 1290.

¹⁷⁸ Ibid, p. 1291.

¹⁷⁹ Ibid, p. 137.

não estaria juridicamente obrigado a receber ordens do empregador com relação a elas. Como se percebe, não se define a subordinação jurídica pelo seu conteúdo concreto, mas sim se argumentando que ela é limitada aos termos do contrato, que ela não implica atos que o coloquem em risco físico, em situação de humilhação ou de cometimento de ilegalidade.¹⁸⁰

Da leitura do trecho acima, não restam dúvidas que tal fato tem ocorrido perante o Direito do Trabalho contemporâneo, no tocante ao Diretor Estatutário e às demais novas formas de trabalho.

A questão é discutir qual seria o novo critério a ser adotado neste novo cenário de relações trabalhistas que possibilitasse a reconstrução teórica do Direito do Trabalho e a tutela do Diretor Estatutário da Sociedade Anônima, caso a conclusão seja que esse tipo de trabalhador tenha real necessidade de proteção trabalhista.

Vale citar que em 1997, a União Européia debateu o novo quadro do trabalho e do emprego e produziu um importante guia jurídico jus-laboral para entendimento deste dilema: o Relatório Supiot.

Segundo Otávio Pinto e Silva¹⁸¹, o relatório demonstrou a decadência do modelo fordista de relações industriais e o desenvolvimento de outros modelos de organização do trabalho, sob influência de três fatores:

¹⁸⁰ FONSECA, op. cit., p. 136.

¹⁸¹ SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 114-115.

- a) elevação do nível de competência e de qualificação dos trabalhadores;
- b) crescente pressão da concorrência em função da abertura dos mercados;
- c) aceleração do progresso técnico nas áreas de informações e comunicações.

A conclusão do trabalho científico desenvolvido no Relatório Supiot foi que o novo modelo jurídico seria necessariamente pluralista, pois não poderia levar a um modelo único de relações de trabalho.

Na realidade, percebe-se claramente que as relações de trabalho são caracterizadas por uma pluralidade de diferentes formas de trabalho: a utilização do trabalho autônomo, da terceirização, da mão-de-obra externa e, especificamente, dos altos cargos de confiança.

Na opinião do Otávio Pinto e Silva, o aspecto mais importante deste relatório são indicações de uma possível fuga do Direito do Trabalho, em busca da diminuição dos custos em setores de atividade tradicional e de fraco valor agregado; mas, por outro lado, também podem corresponder a estratégias de inovação em setores de alto nível de qualificação¹⁸².

No primeiro caso, o objetivo seria o de reduzir o peso do fator humano, em termos financeiros; mas, no segundo caso, poder-se-ia estar querendo aumentá-lo, se analisada a questão em termos de iniciativa, de competência, de qualificação profissional.

¹⁸² Ibid, p. 118.

O aspecto de maior relevo é que as novas configurações do poder e os novos equilíbrios entre autonomia do trabalho e proteção sócio-legal da relação jurídica podem se apresentar sob aspectos muito diferentes, o que pede respostas jurídicas também diferentes.

Segundo relatado por Otávio Pinto e Silva¹⁸³, o Relatório Supiot aponta três níveis de transformações que foram identificadas:

a) a promoção do trabalho autônomo em relação ao trabalho assalariado;

b) a exteriorização ou terceirização do trabalho, para empresas economicamente dependentes da contratante;

c) a reconstrução do critério de subordinação que caracteriza o contrato de trabalho.

Importante salientar que a comissão entendeu que a crise do emprego e as transformações da gestão estão conduzindo a um movimento inverso de retomada do trabalho autônomo.

Segundo Pinto e Silva, embora não confirmada pela pesquisa, essa hipótese, de todo modo, evidenciou que a comunidade europeia liga a revalorização do trabalho autônomo ao espírito de empreendimento.

As estatísticas examinadas pela comissão levaram-na a concluir pela existência de um duplo fenômeno de estabilidade quantitativa e transformação qualitativa do trabalho autônomo.

¹⁸³ Ibid., p. 117.

Não foi detectada uma tendência geral de crescimento do número de trabalhadores autônomos, e sim a sua estabilização em relação aos níveis de ocupação. Ocorre que essa estabilidade quantitativa está aliada a importantes evoluções qualitativas: o trabalho independente cresce no setor de serviços (sobretudo em face das empresas que terceirizam muitas de suas funções), mas decresce no setor agrícola (com a diminuição do número de arrendatários). Assim, o Relatório Supiot identifica duas estratégias distintas, de desvalorização ou de valorização do trabalho autônomo, conforme o setor de atividade econômica.¹⁸⁴

Por fim, vale ressaltar que o Relatório Supiot identificou na União Européia a formação de duas tendências contrárias no debate sobre as fronteiras do trabalho assalariado, suscitando novas reflexões acerca do critério da subordinação.

A primeira tendência é a que procura reduzir o campo de aplicação do Direito do Trabalho, adotando uma concepção bastante restrita do critério da subordinação, como corolário de políticas legislativas e de decisões jurisprudenciais que privilegiam o trabalho autônomo.

Já a segunda tendência vai em outra direção e pretende ampliar o campo de aplicação do Direito do Trabalho, recorrendo a critérios diferentes da subordinação jurídica.

¹⁸⁴ Ibid., p. 118.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45/2005 sobre a Reforma do Judiciário demonstra que pelo menos em matéria de direito processual do trabalho, parece que o nosso Direito do Trabalho caminhou pela segunda tendência acima, ou seja, ampliar os campos de aplicação da competência do Direito do Trabalho. Entretanto, a nossa experiência jurídica é recente neste assunto, não sendo possível fazer qualquer previsão neste momento.

Maria do Rosário Ramalho¹⁸⁵, autora portuguesa, refere-se ao impacto das novas formas de produção empresarial na figura do empregador tradicional e comenta especificamente sobre a figura do Diretor Estatutário, demonstrando que o debate deste trabalho científico já ultrapassou as fronteiras nacionais:

As novas formas de organização empresarial contribuem para alteração da figura do empregador tradicional, sobretudo, ao nível das grandes empresas, pela prática da atribuição das responsabilidades directas da gestão a um corpo directivo ou de administração, reservando-se o proprietário da empresa para uma posição de controle da gestão, que pode exercer eficazmente na sua qualidade de accionista maioritário – esta separação entre a propriedade e a gestão altera a índole do relacionamento sociológico tradicional entre o trabalho e o capital e resulta numa aproximação dos trabalhadores dirigentes ao empresário, como a tendência da empresarialidade do “*management*”. (grifos nossos)

¹⁸⁵ RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Portugal, Coimbra: Almedina, 2000, p. 567-568.

Ademais, a autora ressalta a quebra do conflito de luta de classes e entende que haverá uma aproximação entre as partes:

(...) as novas tendências de gestão facilitam esta aproximação ao empregador relativamente a todos os trabalhadores pela coincidência dos interesses directos de um e de outros em algumas situações (...). Neste caso, como no caso dos trabalhadores dirigentes, diminui substancialmente a essência conflitual do vínculo juslaboral e ficam esbatidas suas fronteiras com os vínculos societários.¹⁸⁶ (grifos nossos)

Antônio Monteiro Fernandes, autor português, discorre também da incapacidade do Direito do Trabalho tradicional de tutelar as novas formas de trabalho, comentando especificamente da figura do Diretor Estatutário:

Na verdade, a maior parte do corpo normativo do Direito do Trabalho é constituído por normas de âmbito genérico, pensadas em face dos contornos abstratos de uma estrutura jurídica chamada contrato de trabalho. Como todas as abstrações, isso implica em fechar os olhos a problemas particulares cuja solução terá que ser procurada pelos caminhos obscuros da dedução. Os

exemplos são muitos: veja-se o caso dos dirigentes e quadros superiores da empresa, as soluções concretas que é preciso encontrar para questões referentes ao trabalho no domicílio ou ao teletrabalho. De um modo geral, é visível a perplexidade do Direito do Trabalho clássico perante essa espécie de hidra de lerna que é o trabalho atípico.¹⁸⁷ (grifos nossos)

Percebe-se que muito embora a Sociedade Anônima tenha legislação diferenciada nos demais países, a crise dogmática do Direito do Trabalho é mundial e neste contexto o Diretor Estatutário é uma incógnita quanto à sua tutela perante o ordenamento jurídico.

¹⁸⁶ Ibid., p. 568.

¹⁸⁷ FERNANDES, Antônio Monteiro. *Um rumo para as leis laborais*. Portugal, Coimbra: Almedina, 2002, p. 38-39.

5.2.2 O proletariado difuso ou trabalhador parassubordinado

O tema deste tópico será o novo conceito de trabalhador parassubordinado e a discussão da possibilidade de enquadramento do Diretor nesta categoria de trabalhadores.

Percebe-se que a temática abordada por Orlando Gomes naquela época converge com a atual discussão sobre a ampliação ou não do campo de tutela do Direito do Trabalho, principalmente sobre o novo conceito de trabalho parassubordinado.

Segundo Otávio Pinto e Silva, a noção de parassubordinação foi desenvolvida pela doutrina italiana para regular as relações de trabalho que se inserem na organização da empresa, embora se desenvolvam com independência e sem a direção do tomador de serviços:

Diferentemente do trabalho autônomo, o trabalhador parassubordinado assume a obrigação de atingir resultados sucessivos, coordenados entre si e relacionados aos objetivos da empresa. Parece-me que a noção de parassubordinação, desenvolvida pelo direito italiano, pode ser bastante útil nesse contexto, caso seja utilizada para regulamentar algumas dessas novas modalidades de trabalho. (grifos nossos).¹⁸⁸

¹⁸⁸ Ibid., p. 102-107.

A doutrina italiana entende que o trabalho parassubordinado possui algumas semelhanças com o trabalho subordinado, mas com ele não se confunde e a parassubordinação vai além do conceito tradicional de trabalho autônomo. Segundo o autor, o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador dos serviços:

Os elementos que compõem a relação jurídica do trabalhador parassubordinado estão todos intrinsecamente conjugados: continuidade da relação de trabalho; preponderância da natureza pessoal da prestação dos serviços e relação de coordenação. O trabalhador parassubordinado não está obrigado a permanecer na espera de ordens provenientes do tomador dos seus serviços nem a ficar à disposição deste. Somente se obriga a estabelecer o modo, o tempo e o lugar de execução da prestação laboral ajustada quando o tomador solicita o respectivo adimplemento.¹⁸⁹

Otávio Pinto e Silva explica que a regulamentação do trabalho parassubordinado surgiu da necessidade de regulamentação diferenciada de certas relações jurídicas próximas do trabalho dependente, mas distintas destes, que eram excluídas da proteção trabalhista, ficando sem nenhuma previsão legal:

¹⁸⁹ Ibid., p. 104.

Esse novo modelo que se imagina estabeleceria o rigor da tutela de forma modulada, ou seja, variando conforme o grau de inserção do trabalhador na organização empresarial e de sujeição às determinações alheias. Há quem defenda a extensão da tutela mínima do trabalho subordinado a todas as hipóteses de trabalho “coordenado” com a empresa; mas parece mais aceitável a idéia de estabelecer um *tertium genus* de trabalho, situado entre o autônomo e o subordinado, com um núcleo fundamental definido pela lei, capaz de encontrar cada nova forma contratual desenhada pela contratação coletiva. (grifos nossos)¹⁹⁰

Otávio Pinto e Silva aponta expressamente que na doutrina italiana já existe a tendência de se entender que o Diretor Estatutário poderia ser tratado como um trabalhador parassubordinado:

Também é possível a parassubordinação na relação jurídica que une a sociedade e o administrador por ela contratado, desde que a situação de fato se enquadre nos requisitos legais, não resvalando para um vínculo de emprego. (grifos nossos)¹⁹¹

¹⁹⁰ Ibid., p. 106-107.

¹⁹¹ Ibid, p. 111.

Desta forma, pode-se concluir que haveria a possibilidade de enquadrar-se o Diretor Estatutário dentro do campo da parassubordinação, por analogia ao sistema italiano.

A grande questão é que os doutrinadores trabalhistas brasileiros ainda não adotaram a teoria da parassubordinação em nosso sistema de forma clara e precisa, principalmente quanto ao critério da colaboração e da dependência econômica.

No caso do Diretor Estatutário, é evidente a sua atividade de colaboração; contudo, a dependência econômica nem sempre é registrada durante a execução do contrato de trabalho, podendo talvez ser argüida no momento de sua destituição, já que a Lei de Sociedades Anônimas não prevê nenhuma hipótese de indenização pelos serviços prestados.

Percebe-se que o assunto é ainda extremamente recente e polêmico, sendo que não há como prever a posição dos doutrinadores trabalhistas no Brasil a respeito.

5.2.3 O patronato difuso e a pequena empresa

Como se pretende demonstrar, a mesma temática da criação de desigualdade na aplicação do Direito do Trabalho às pequenas empresas pode ser entendida pela ótica oposta para tratamento do Diretor Estatutário.

Da mesma forma que alguns entendem que a figura do Diretor Estatutário na administração da Sociedade Anônima poderia ser comparada com a do empregado que participa da gestão da empresa.

Na opinião de Orlando Gomes, o futuro do Direito do Trabalho exigiria tratamento jurídico diverso, uma vez que o novo cenário das gigantes empresas despersonalizadas exerceriam inevitável compressão sobre as pequenas empresas, influenciando sobre a própria condição dos seus donos, uma vez que, esmagados sob o peso desses gigantes¹⁹², os patrões individuais perderiam a sua independência.

Embora não seja objeto deste trabalho científico, é interessante apresentar a colocação de Orlando Gomes sobre a situação dos pequenos patrões:

Os pequenos patrões, ao contrário disso, não suportam os encargos da legislação do trabalho. Tratados em pé de igualdade com as grandes empresas, mas tendo, em verdade, uma condição econômica que não se distancia da que têm os empregados, ficam adstritos a cumprir os mesmos deveres para com os seus auxiliares, sucumbindo, não raro, porque não podem suportá-los, como, por exemplo, quando uma sentença coletiva majora indistintamente salários ou um tribunal os condena ao pagamento de vultosa indenização de antigüidade. São tratados como capitalistas, sem que o sejam na conotação trabalhista da palavra.

¹⁹² “A partir dos anos 80 assiste-se à reformulação de processos globais de acumulação de capital, coordenada por grandes corporações transnacionais que buscam incessantemente explorar novas oportunidades mais lucrativas de investimento, muitas vezes forçadas por ofertas de governos nacionais de rebaixamento de custos e de financiamentos domésticos subsidiados.” (POCHMANN, Marcio, *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2001, p. 29-30).

O autor afirma que passam a participar da condição proletária certos capitalistas de pequeno porte, que vivem de um salário de direção, na dependência econômica das grandes empresas, dos monopólios do próprio Estado-empresário. E saem, afinal, da órbita do capitalismo inúmeros trabalhadores que passaram a exercer sua atividade profissional nos quadros das empresas estatais. Assiste-se, assim, a uma transformação profunda que está conduzindo a vida econômica para o “pansalariato”, esvaziado o salário do seu conteúdo capitalístico.

No mesmo sentido, Renato Rua de Almeida ressalta a importância da flexibilização diferenciada em relação à pequena empresa, com o objetivo de busca da empregabilidade.¹⁹³

Na opinião do autor, o princípio constitucional de que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a toda existência digna, conforme os ditames da justiça social, deverá observar, dentre outros, os princípios do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

O autor afirma que o favorecimento às pequenas empresas significa que o Estado tem o dever de dispensar-lhes tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las à expansão pela simplificação de suas obrigações legais, a fim de promover o pleno emprego:

¹⁹³ ALMEIDA, Renato Rua de. A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada. *Revista da AASP*. São Paulo, n. 70, jul. 2003, p. 72-74.

De fato, por pleno emprego deve-se entender também o combate ao crescimento do trabalho informal, pois o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em estudo comparativo entre março de 2002 e março de 2003 “constatou que o número de empregados com carteira assinada cresceu 3,3%, enquanto o número de ocupados sem carteiras assinadas avançou quase três vezes mais: 9,3%. Na média, ocorreu elevação de 6% no número de ocupados, correspondendo a 1,038 milhões de pessoas, dado o avanço do emprego informal e, em menor escala, dos trabalhadores por conta própria (como corretores, ambulantes e profissionais autônomos). Na região metropolitana de São Paulo, a informalidade respondeu por 76% do crescimento de ocupação, percentual superior ao da média das seis regiões metropolitanas, como enfatiza o chefe do Departamento de emprego e rendimento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Ângelo Jorge.

O autor faz interessante observação que as leis não criam empregos, mas leis de boa qualidade respeitam as especificidades dos vários segmentos do mercado de trabalho e ajudam a contratar legalmente, não sendo possível tratar mundos desiguais de maneira igual.

É impressionante como o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao Diretor Estatutário da Sociedade Anônima.

A adoção da teoria da empresa pelo novo Código Civil brasileiro, com a fonte subsidiária, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, certamente influenciará o Direito do Trabalho.

Neste sentido,. a teoria da empresa poderá ser responsável pela evolução do Direito do Trabalho no sentido de que as leis trabalhistas, além de seu caráter protecionista e de imperatividade, passem a ter caráter dispositivo ou supletivo, a fazer a adaptação das condições de trabalho nelas estabelecidas à realidade da empresa.

No mesmo sentido, Francisco Pedro Jucá¹⁹⁴ afirma que estamos na era da mundialização da sociedade de capital impessoal :

A lógica que embasa a mundialização da sociedade de capital impessoal é aquela que explica a mudança dos eixos para que a dicotomia hoje existente não seja a do Estado em relação ao trabalhador ou a do Estado em relação à empresa, mas, sim, a da empresa em relação ao mercado, já que, com o incremento dos serviços de comunicação, o antigo papel de intermediação entre o mercado e os pólos empresa/empregador e empregado foi drasticamente reduzido, até porque os poderes decisórios, em relação ao Estado no mundo do trabalho, estão, muitas vezes, fora do território nacional.

5.3 O diálogo entre o Direito de Empresas e o Direito do Trabalho

Nos primórdios da civilização romana, o Direito Comercial era unificado com o Direito Civil. Diversos autores defenderam a unificação de todo o Direito Privado: o Direito Civil e o Direito Comercial. Contudo, a partir da Idade Média, este passou a se desenvolver separadamente do Direito Civil e quase que em completa antítese com o mesmo. Nesta fase, o Direito Comercial era o direito aplicável às corporações de comércio.

No início do século XIX, Napoleão regulou de forma separada o Código Civil e o Código Comercial. A delimitação do campo de atuação do Direito Comercial era baseada na teoria dos atos do comércio.

Registre-se que o Direito Comercial sempre possuiu muito em comum com o Direito do Trabalho, pois além de ser considerado o mais antigo direito profissional, tinha como um de seus pilares a proteção de partes antagônicas e dialéticas, pois tradicionalmente era o direito dos comerciantes.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 adotou a teoria dos atos de comércio que vigorou até a entrada do Código Civil de 2002. A grande importância do novo código foi a unificação sob o prisma legislativo do Direito Civil e do Direito Comercial e adoção da Teoria da Empresa como critério definidor do seu estudo.

Entretanto, como bem salientado por Fábio Ulhoa Coelho, o Novo Código Civil não unificou o Direito Privado:

¹⁹⁴ JUCÁ, Francisco Pedro. *Renovação do Direito do Trabalho: abordagem alternativa à flexibilização*. São Paulo: LTr, 2000, p. 54.

A teoria da empresa não acarreta a superação da bipartição do Direito Privado, que o legado jurídico de Napoleão tornou clássica nos países de tradição romana. Altera o critério de delimitação do objeto do Direito Comercial – que deixa de ser os atos do comércio e passa a ser a empresarialidade – mas não suprime a dicotomia entre o regime jurídico civil e comercial.¹⁹⁵ (grifos nossos)

Segundo Robortella, o progresso econômico da sociedade, incluído no catálogo de direitos humanos fundamentais de terceira geração, cada vez mais dependerá da livre iniciativa e, portanto, da empresa e dos empreendedores e o futuro das empresas brasileiras deverá ter seus alicerces na função social da empresa, com a valorização de suas atividades e iniciativas na comunidade, inspiradas pela solidariedade humana, pelo respeito ao meio ambiente, aos trabalhadores em geral, aos seus empregados e aos consumidores.¹⁹⁶

Na mesma linha, José Roberto Lino Machado afirma que o futuro do Direito de Empresas será a transformação da empresa em autêntica comunidade de homens: “o lucro é um regulador da vida da empresa, mas não o único; a ele deve associar a consideração de outros fatores humanos e morais que, em longo prazo, são igualmente essenciais para a vida da empresa”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ COELHO, 2003a, op. cit., p.15.

¹⁹⁶ ROBOTELLA, 2003, op. cit., p. 54.

¹⁹⁷ MACHADO, José Roberto Lino. *A participação do trabalhador na gestão da empresa*. São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo, 1999, p.73-74.

Neste sentido, Carlos Amorim Robortella enfatiza a importância do diálogo entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil e Comercial no Novo Código Civil:

Na dogmática jurídica, evidentemente, continuam separados o Direito Civil e o Direito Comercial, na medida em que este último se dedica especificamente à atividade econômica no regime da empresa. O novo Código Civil unifica sob o prisma legislativo o Direito Privado, afetando os domínios do Direito Empresarial e, conseqüentemente, o Direito do Trabalho. Além disso, renova e aprofunda o diálogo do Direito do Trabalho com o Direito Civil e o Comercial, que está a produzir influências recíprocas.¹⁹⁸

O autor apresenta exemplo prático deste necessário diálogo percorrendo exatamente sobre o Diretor de Sociedade Anônima e comentando sobre a ampliação de suas responsabilidades no Novo Código Civil:

Questão mais intrincada, no entanto, é a do empregado eleito diretor da sociedade anônima. Os poderes e responsabilidades atribuídas pelo novo Código Civil aos administradores, como deflui dos artigos 1.016, 1.017 e 1.020, merecem reflexão, pois são aptos a afetar a sobrevivência da relação de

¹⁹⁸ Ibid., p. 54.

emprego em face do vínculo societário. Esse preceito estabelece a responsabilidade solidária dos administradores perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa; impõem a restituição pelo administrador de créditos ou bens sociais aplicados em proveito próprio, bem como sanções ao administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação. por ultimo, são obrigados os administradores a prestar contas aos sócios, com o inventário anual, bem como o balanço patrimonial e de resultado econômico. Essas normas, supletivamente aplicáveis aos administradores das sociedades anônimas, como dispostos no artigo 1.089 do novo Código Civil, revelam uma concentração nova de poderes e obrigações que não harmoniza com o quadro da relação de emprego (grifos nossos).¹⁹⁹

Robortella continua em sua brilhante explanação afirmando sobre o importante papel do magistrado no futuro das relações de trabalho:

“As efetivas diferenças entre trabalhadores devem ser levadas em conta pelo sistema jurídico e pelo magistrado. Só assim se recuperará a essência dogmática do Direito do Trabalho, que é a tutela dos desprotegidos em face do poder da empresa capitalista”²⁰⁰.

¹⁹⁹ Ibid., p. 58-59.

²⁰⁰ Ibid, p. 61.

Dos autores trabalhistas contemporâneos, percebe-se que o Robortella foi o que mais se aproximou do debate apresentado neste trabalho científico, ao afirmar que é inaceitável que um executivo, com elevado grau de independência e plena capacidade de negociação de seu contrato de trabalho, seja tratado como um humilde trabalhador.

O autor ao afirmar que proteção trabalhista homogênea que não reconhece a diferença entre os diversos prestadores de serviços, aplicada ao Diretor Estatutário da Sociedade Anônima, atenta contra princípios jurídicos elementares de qualquer ramo jurídico, em face de sua realidade concretamente desigual, criando nas palavras do próprio jurista: “uma desigualdade mediante a igualdade”²⁰¹.

Não há como discordar do autor que afirma que “a generalidade da proteção, sem distinção entre seus destinatários, pode levar o Direito do Trabalho à perda de sua racionalidade como ordenamento protetor de situações de carência econômica e debilidade contratual”.²⁰²

²⁰¹ Ibid, p. 61.

²⁰² Ibid, p. 61.

Considerações Finais

Em consideração ao leitor, que deve ter aguardado ansiosamente este momento, o deslinde da enigmática figura do Diretor Estatutário, fazem-se necessárias algumas explicações preliminares.

A tradição universitária tem sido de que as dissertações acadêmicas apresentem uma estrutura linear, na qual o raciocínio desenvolvido ao longo do trabalho conduza o leitor à conclusão.

Dessa forma, a conclusão tradicional nada mais é que o resumo do raciocínio que foi defendido durante a obra ou uma recapitulação sumária. O leitor, neste tipo de obra, já consegue prever ao longo da obra a conclusão do autor.

A apresentação de tantas posições de ilustres doutrinadores do Direito do Trabalho e do Direito Comercial, divergindo sobre a natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário com a Sociedade Anônima com tanta propriedade científica, deixaram evidente a complexidade do tema.

Na contemporaneidade, a complexidade dos temas que têm surgido para debate científico dificulta a estruturação da dissertação dentro dessa tradição linear e conclusiva.

A razão é evidente: o desafio da discussão de um tema inovador torna as obras abertas, pois não se fecham em si mesmas. Ao contrário, ampliam os limites para pesquisa e indagação, sendo praticamente impossível a redução de todo o debate a uma única conclusão.

Ao longo deste trabalho, percebe-se que as duas principais tônicas do debate são: a oposição de figuras jurídicas e o casuísmo dos casos concretos.

Dependendo do foco do observador, se o objeto de análise fosse a Sociedade Anônima, o Diretor era entendido como seu representante legal e integrante de seu órgão administrativo, sendo, portanto, um prestador de serviços, já que o Direito de Empresas procura tutelar a atividade empresarial.

Por outro lado, se o objeto da análise fosse o Diretor Estatutário tutelado pelo Direito do Trabalho, o Diretor como administrador profissional era entendido como um trabalhador que presta serviços à Companhia, sendo, portanto, pessoa humana merecedora de respeito à sua dignidade e ao seu direito social ao trabalho, previstos na Constituição Federal.

O casuísmo dos casos concretos no Direito Comercial restou evidente também, pois a Sociedade Anônima não é uma só, há várias Sociedades Anônimas, dependendo da sua dimensão e do setor econômico em que atuam: fechadas e abertas, familiares e puramente de capitais, com investimento de capital estrangeiro e de empresas de *private equity*, de diversos tipos de controle (controle majoritário dos acionistas, controle gerencial etc).

No Direito do Trabalho, a diversidade casuística de tipos de Diretores Estatutários ficou igualmente aparente, a começar pela própria divisão dos Diretores entre aqueles recrutados externamente e aqueles recrutados internamente.

A grande evidência da diversidade de Diretores Estatutários é facilmente constatável: desde altos executivos que possuem pro labore fixo mais participação nos resultados da companhia, planos de opções de ações *stock options*, auxílio-moradia, automóvel da empresa e infindáveis outros benefícios; até o ex-empregado, com 20 anos de tempo de serviço, simplesmente eleito Diretor Estatutário, para reduzir os encargos fiscais e trabalhistas não suportados mais pela companhia, sem qualquer alteração de suas atribuições.

Essa evidente oposição explica-se pelo próprio objeto de tutela do Diretor Estatutário pelo Direito Comercial (a atividade empresarial) e pelo Direito do Trabalho (a dignidade do trabalhador como pessoa humana), ambos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito previstos na Constituição Federal, em seu artigo 1º: a livre iniciativa (inciso IV) e a dignidade da pessoa humana (inciso III).

No desenvolvimento desta obra, numa tentativa esperançosa de encontrar uma possível resposta ao dilema do Direito Estatutário, não esgotado pelas teorias defendidas na época, tampouco pelo Enunciado 269 do Tribunal Superior do Trabalho, caminhou-se para o estudo dos novos paradigmas do Direito do Trabalho e do Direito Empresarial na atualidade.

A princípio, o caminho pareceu acertado, pois o Direito do Trabalho e o Direito Empresarial têm refletido sobre diferentes critérios para conceituar a empresa e o empregado na contemporaneidade.

O Direito do Trabalho propõe a nova figura do trabalhador parassubordinado como tentativa de superação da crise da subordinação e ao mesmo tempo como busca de uma tutela mínima de direitos trabalhistas como medida de respeito à dignidade destes trabalhadores.

O Direito Empresarial propõe que a empresa exerça uma função social na sociedade, utilizando o poder econômico que possui a serviço da coletividade. Nesse contexto, o papel do administrador é de vital importância, não mais como um maximizador de lucros dos acionistas, mas como um verdadeiro conciliador de todos os interesses da empresa: os dos acionistas, dos trabalhadores, dos consumidores etc.

A influência positivista do Direito do século XIX nos levaria a concluir que a natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário poderia ser explicada por duas vertentes: ora o Diretor seria tutelado pelo Direito do Trabalho, como trabalhador parassubordinado; ora pelo Direito Empresarial amparado na Lei das Sociedades Anônimas, como administrador profissional.

A crítica é inevitável: essa nova explicação da natureza do vínculo do Diretor Estatutário com a Sociedade Anônima é eminentemente carregada de oposição: ora é trabalhador parassubordinado, ora é empresário. Esta foi a mesma crítica apresentada neste trabalho às posições defendidas pelos doutrinadores no passado.

Não há como negar a crítica imposta pelos leitores, portanto, o primeiro impulso foi dar-me por vencida neste trabalho.

É preciso reconhecer que a tendência da maioria dos operadores do Direito, pela formação universitária positivista deste século, é buscar uma resposta exata para a questão, ou seja, fazer uma opção pela defesa de uma das duas vertentes: trabalhador parassubordinado ou administrador profissional.

Porém, é só verificar a realidade empresarial para concluir-se que não é possível separar a posição do Diretor como representante legal da Diretoria da Sociedade Anônima da sua relação de prestação de serviços como homem de negócios.

Como última tentativa antes de concluir esta obra, da leitura do artigo de Orlando Gomes sobre o futuro do Direito do Trabalho retiramos uma expressão, utilizada pelo autor ao referir-se ao Diretor, que é no mínimo intrigante e merece novo destaque: “Patrão-Empregado”.

Percebe-se que o mestre, fugindo das polarizações da época (empregado ou empregador), afirma categoricamente que o Diretor é uma figura híbrida: é ao mesmo tempo Patrão e Empregado.

Evoluindo no seu pensamento, constata-se que o mestre não está isolado, no campo do Direito, o professor Goffredo da Silva Teles, já citado nesta obra científica pelo trabalho de Felix, já na década de 60 procedeu uma renovação dos fundamentos do Direito, apoiando-se na teoria da Física de partículas (que demonstra que o elétron ora se manifesta por ondas como luz, ora se manifesta como corpo, matéria dependendo da posição do observador.) e introduzindo o conceito de Direito Quântico (livre de conceitos exatos e polarizações).

Na mesma linha, o Direito brasileiro vive atualmente uma nova fase com a promulgação do novo Código Civil, muito influenciado pelo filósofo Miguel Reale.

O Código, ao retomar o instituto romano da boa-fé, introduziu novamente no campo do Direito a tensão ética que sempre existiu em Roma: o juiz não é mero aplicador inerte da lei, mas alguém que deve se preocupar em aplicá-la com justiça, baseando-se na lógica do razoável.

No Direito Constitucional, os doutrinadores vêm reconhecendo a existência das colisões de princípios fundamentais constitucionais e defendendo que a solução seria a aplicação da teoria da ponderação dos princípios (não em termos de válido-não válido, tudo-nada; mas em termos de peso).

O Diretor Estatutário da Sociedade Anônima, por deter historicamente situação peculiar, pode ser entendido como uma figura híbrida (Patrão-Empregado), no sentido proposto por Orlando Gomes e pela Filosofia do Direito contemporânea, com amparo no Direito do Trabalho, no Direito Empresarial e, se necessário, em ambos ao mesmo tempo (Direito do Trabalho Empresarial), dependendo do direito que tiver sido violado e do caso concreto, sem perder de vista o papel do aplicador do Direito, o de buscar uma efetividade máxima possível do Direito, em qualquer de seus ramos, rumo à justiça.

Por fim, chega o momento em que o autor percebe que sua capacidade criativa foi esgotada e é preciso encerrar o discurso com algumas proposições para a evolução do estudo, já que a capacidade da criatividade humana é ilimitada.

Bibliografia

ALMEIDA, Renato Rua de. A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada. *Revista da AASP*. São Paulo, n. 70, jul. 2003.

BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BELTRAN, Ari. Cargos de confiança – algumas questões – Diretor eleito – Consequências sobre o contrato de trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo, 1986.

_____. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. São Paulo: LTr, 2001.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner. *A moderna Sociedade Anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. Trad. Dinah de Abreu Azevedo.

BORBA, Tavares. *Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Administrador profissional e as perspectivas da sociedade brasileira. *Revista de Administração de Empresas*. n. 6 (20), 1966.

CAIUBY, Eduardo Carvalho. Dos Diretores Empregadores x Diretores Empregados: polêmica doutrinária ante o Parecer nº 2.484/2001 do MPAS. *Suplemento Trabalhista-LTr*. São Paulo, n. 122, 2001.

CAMPOS, Virgílio. Contrato de trabalho do diretor de empresas. *Revista Forense*. São Paulo, v. 268, 1979.

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

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003a.

_____. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003b.

COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS. *Cartilha sobre governança corporativa*. São Paulo, jun. 2002

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DRUCKER, Peter. *A profissão de administrador*. São Paulo: Pioneira, 2001. Trad. Nivaldo Montingelli Jr.

FELIX, Juarez Rogério. *Princípio da moralidade no processo civil: um ensaio de Teoria Geral do Direito*. São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000.

FERNANDES, Antônio Monteiro. *Um rumo para as leis laborais*. Portugal, Coimbra: Almedina, 2002.

FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Diretor de Sociedade Anônima pode ser empregado? *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre, n. 106, abr. 1998.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de Direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

GOMES, Orlando. O Futuro do Direito do Trabalho In: _____. *Direito do Trabalho: Estudos*. São Paulo: LTr, 1979.

_____. Condição jurídica do Diretor de S/A. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, 1987.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1991

GOYATÁ, Célio. Sobre o status do Diretor de Sociedade Anônima que passa a empregado da mesma. *Revista LTr*. São Paulo, v. 48, 1984.

JOÃO, Paulo Sérgio. *Participação nos lucros ou resultados das empresas*. São Paulo: Dialética, 1998.

JUAREZ, Oliveira de. *Coletânea de Legislação sobre Sociedades Anônimas*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2005.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Renovação do Direito do Trabalho: abordagem alternativa à flexibilização*. São Paulo: LTr, 2000.

KANITZ, Stephen. Empresários sem futuro. *Revista Veja*. São Paulo, abr. 2001.

_____. Executivos e empresários. *Revista Veja*. São Paulo, jan. 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Diretor empregado & empregado eleito Diretor. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 11, 1997.

_____. (coord.). *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004.

MACHADO, José Roberto Lino. *A participação do trabalhador na gestão da empresa*. São Paulo. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 1999.

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

MAIA, Márcio Luís. *A responsabilidade do administrador e o acordo de acionistas*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MICHAELIS, *Mini-dicionário escolar da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2000, p. 15 e 207.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, Tomo III, 2000.

MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. *Breves comentários à Lei de Sociedades por Ações*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução do Direito do Trabalho. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. I e II, 1956.

_____. *Estudos de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1971.

_____. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINHO, Themistocles. *A reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2001.

RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Portugal, Coimbra: Almedina, 2000.

REALE, Miguel. Prefácio. In: BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 1986.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Direito de Empresa e Direito do Trabalho*. *Revista da AASP*. São Paulo, nº 70, jul. 2003.

ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*. São Paulo, v. 68, n. 11, 2004.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

SAMPAIO, Flávio Penteado. Profissionalização do administrador paulista. *Revista de Administração de Empresas*. n. 12, 1966.

SAMUELSON, Paul. *Economics, an introductory analysis*. Massachusetts: Institute of Technology, 2001.

SANTOS, Roberto Araújo de Oliveira. O fim dos empregos. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, n. 6, 1998.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Empregado de S.A. eleito Diretor. *Revista Forense*. São Paulo, v. 339, 1989.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho e Previdência Social, pareceres*. São Paulo, v. IV.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na Sociedade Anônima*. São Paulo: Atlas, 1999.

VALVERDE, Miranda. *Das sociedades*. São Paulo: Atlas, 2001.

VEIGA JÚNIOR, Dima da. *As Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1888.

VENTURA, Luciano. A empresa familiar no Brasil e a governança corporativa. In: CONFERÊNCIA ANUAL DO FAMILY FIRM INSTITUTE. Washington, DC, out. 2000.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Diretor de S.A. e relação de emprego. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, 1982.