

DIRETOR EXECUTIVO, EMPREGADO OU NÃO?

Muito se tem discutido a respeito da natureza do vínculo existente entre diretores e companhias. A razão da latência desta discussão está sediada no crescente número de ações ajuizadas por ex-diretores requerendo o reconhecimento do seu vínculo empregatício. O Direito do Trabalho sempre foi alvo de críticas por ser demasiadamente genérico, por não fazer distinção entre diferentes relações jurídicas, entre diferentes níveis de prestadores de serviços, e esse engessamento tem sido, ainda que lentamente, mitigado pelas decisões dos Tribunais. É o caso da relação empregatícia dos diretores executivos. Muitas são as teses a esse respeito, chegando a quase uma dezena delas, mas todas coincidem que o cerne da questão, para concluir a respeito da existência ou não de vínculo empregatício, está resumido à existência ou não de



Alvaro Paez Junqueira

liberdade na atuação do diretor. Não há dúvidas que o tema assusta e deve ser analisado com muita frieza. Se as decisões judiciais se curvarem a uma análise superficial dos requisitos para reconhecimento de vínculo empregatício, não temos dúvidas que em muitas contratações, a empresa poderá ter surpresas indesejáveis. No entanto, é importante mencionar que algumas decisões judiciais em processos trabalhistas têm surpreendido, interpretando as normas trabalhistas com mais apego à realidade das relações jurídicas, à verdadeira natureza das atividades, abandonando o tecnicismo supérfluo e, certamente, injusto. O ponto central destes julgados mais realistas e menos tecnicistas se atém à análise do grau de controle que o Conselho de Administração tem sobre o trabalho dos diretores executivos e, portanto, se há subordinação jurídica o que, consequentemente, acarretaria a existência de vínculo empregatício. Certamente detentores de nível educacional e social superiores à média do brasileiro comum, é normal que os diretores executivos, no exercício de suas funções, sejam dotados de certa iniciativa e independência e estejam submetidos somente ao Conselho de Administração. Mas, de forma menos técnica, o que é subordinação jurídica? Como distinguir a independência como característica pessoal da independência pelo cargo exercido? Diz-se que há subordinação quando o contratante detém os poderes de dirigir, regulamentar, fiscalizar e punir o contratado. Por uma leitura simplista, qualquer atuação do Conselho de Administração gerará subordinação jurídica, tendo em vista que uma de suas principais atividades é controlar a atuação dos Diretores Executivos, avaliar as suas performances e dispensá-los quando entender conveniente. No entanto, é fundamental uma análise criteriosa do *modus operandi* do Conselho de Administração e a subordinação do Diretor Executivo em relação aos poderes inerentes à administração. A quem efetivamente está alocado o poder inerente à administração? Se esta resposta aproxima o poder de administração ao Conselho de Administração há uma maior possibilidade de subordinação dos diretores, haja vista que o

processo decisório vincula os órgãos que deveriam ser independentes. O risco de vínculo empregatício se acentua. Diferentemente, se o diretor executivo tem total poder de administração, restando-lhe somente o dever de prestação de contas de sua administração ao Conselho de Administração, é crível a produção da prova de independência dos Diretores, sendo mitigado o risco de vínculo empregatício. Esta tem sido a grata surpresa das decisões judiciais em processos trabalhistas, aceitando a independência de atuação de um diretor executivo com poderes de administração, afastando o reconhecimento de vínculo empregatício. Esta leitura se aproxima mais dos conceitos de responsabilidade jurídica no exercício de cargos de administração, no que o Diretor que administra a companhia e é eleito com esses poderes de administração se torna solidariamente

responsável por seus atos perante a sociedade e terceiros prejudicados, quando praticados por culpa, e tais poderes e responsabilidades são provas importantes para comprovar a incompatibilidade de suas atividades com a subordinação jurídica trabalhista típica do empregado. Quanto mais poderes e liberdade detiver o diretor, melhor é sob o aspecto trabalhista. Neste sentido também deve ser entendido quando um empregado se torna diretor. Com esse grau de liberdade de atuação, responsabilidade e ausência de subordinação, a relação empregatícia do empregado promovido a cargo de diretor se torna automaticamente suspensa, assumindo sua relação com a companhia outra natureza, conforme o texto da Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho, nestes termos: “o empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”. E como identificar esta nova leitura dos julgados trabalhistas com a estrutura de gestão de uma empresa? O trabalho não é tão simples. Esta análise deverá passar por uma leitura criteriosa dos atos constitutivos da sociedade, as atas de reunião do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva, entrevistas com os Diretores, bem como com o responsável pelo RH. Será necessária uma avaliação interna do Conselho de Administração no que diz respeito à sua própria performance, estrutura de trabalho, processo decisório, dinâmica para elaboração orçamentária e planejamento estratégico e, finalmente, dinâmicas de prestação de contas institucionais. Com esta gama de informações, será possível definir com bastante serenidade a existência ou não de vínculo empregatício de um Diretor Executivo e as ações necessárias que deverão ser tomadas pelo Conselho de Administração para mitigar este eventual risco, que poderão ser ações que representem o reconhecimento voluntário do vínculo trabalhista ou a mudança do relacionamento entre os órgãos, com a definição prática e adequada de quem deverá exercer e deter o poder de administração, apresentando as novas regras do jogo.

Alvaro Paez Junqueira é advogado, pós-graduado em direito tributário e especialista em direito empresarial. Conselheiro de Administração certificado pelo IBGC. Membro de Conselho Consultivo de empresas não listadas, consultor de empresas estrangeiras para investimentos no Brasil e negociador de contratos e operações internacionais, com experiência nos EUA, Alemanha, Itália, Turquia, Angola e Cuba. É sênior partner da Paez Junqueira e Del Rio Advogados. É sênior partner da ANK Corporate Governance, empresa especializada em Governança Corporativa. akcaro@pjdr.com.br - www.pjdr.com.br - www.ankcorporate.com.br