

RENATO MANTOANELLI TESCARI

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL DE DIRETORES ESTATUTÁRIOS

Monografia entregue à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como requisito parcial à obtenção de certificado de especialização em Direito Tributário.

Orientadora: Prof^a. Daniela Braghetta.

SÃO PAULO
2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho e, em especial:

À Professora Daniela Braghetta, não só pela orientação na monografia como também pelas preciosas lições ao longo dos quase três anos de especialização, pelo incentivo aos estudos e ao ingresso no futuro mestrado, e pela introdução ao mundo acadêmico;

Ao Professor Rodrigo Griz, também pelos ensinamentos passados ao longo do curso e pelas interessantíssimas discussões acadêmicas que tivemos;

E à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), que continua sendo a escolha mais acertada que fiz até hoje.

RESUMO

O presente trabalho busca delinear o panorama geral das formas de pagamento de remuneração variável a diretores estatutários em sociedades anônimas, objetivando pontuar alternativas que proporcionem um menor impacto tributário às empresas.

Para tanto, e como estamos diante de campo fértil de alternativas nos diversos tipos de remuneração existentes no mercado, o trabalho apresentará inicialmente o contexto geral da relação de trabalho da diretoria e a sua tributação em geral para, na sequência, expor as alternativas que poderiam ser utilizadas no mercado para o pagamento de remuneração variável a diretores, abordando suas vantagens no âmbito tributário e eventuais riscos existentes.

Além de uma visão geral acerca da tributação incidente sobre a remuneração da diretoria em sociedades anônimas, o estudo analisa detalhadamente a tributação e os riscos envolvendo **(I)** a Participação nos Lucros e nos Resultados do Empregado; **(II)** a Participação nos Lucros de Estatutário; **(III)** os Planos de Opções de Ações; **(IV)** o Ganho Eventual; e, **(V)** o Fundo de Investimento em Participações.

Vale destacar que o trabalho está amplamente sedimentado em análise de jurisprudência, pois, além de tratar de um tema que até hoje teve pouca abordagem doutrinária, é nos julgados administrativos e judiciais que podemos encontrar elementos que irão balizar a organização das empresas ao iniciar um planejamento tributário.

Assim, demonstraremos que a forma de pagamento do montante acordado à diretoria estará diretamente relacionada à natureza da relação de trabalho existente na prática, podendo assumir diversas formas, cada qual com suas vantagens e riscos próprios, que serão explorados ao longo de todo o trabalho.

Palavras-chave: Planejamento tributário – Remuneração Variável de Diretores – Sociedade Anônima – Imposto sobre a Renda – Contribuições Sociais – Participação nos Lucros e nos Resultados do Empregado – Participação nos Lucros de Estatutário – Ganho Eventual – Planos de Opções de Ações – Fundo de Investimento em Participações.

ABSTRACT

This paper seeks to present the overall picture of the payment methods of variable salary to executive officers in joint-stock companies, aiming to highlight alternatives that provide a lower taxation on corporations.

Therefore, as we face a great amount of payment alternatives in the market, this paper will initially present the context of the relation between the management committee and its taxation in general for then expose alternatives for variable salary to executive officers, addressing its advantages in taxation terms and possible risks.

In addition to an overview on the tax applied to the salary of directors in corporations, the study minutely analyzes the taxes and risks involving **(I)** the Profit and Employee Results Share; **(II)** the Statutory Profit Share ; **(III)** Stock Options Plans; **(IV)** Bonuses; and **(V)** the Private Equity Funds.

It is important to outline that this work is deeply based on jurisprudence analysis because, besides exploring a subject that had limited doctrinaire approach so far, it is on administrative and judicial rules that we shall find elements which will guide companies' organization when starting its tax planning.

Thus, we present the direct relation between the payment method of the directors and the nature of the employment relationship, which can be agreed in many forms, each one with its advantages and own risks that will be explored throughout the work.

Key-words: Tax Planning – Variable salary of executive officers – Joint-Stock Company – Income Tax – Social Contribution – Profit and Employee Results Share – Statutory Profit Share – Bonuses – Stock Options Plans – Private Equity Fund.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – Regime Jurídico dos Diretores Estatutários	8
CAPÍTULO 2 – Visão Geral: Tributação Incidente sobre a Remuneração da Diretoria	12
2.1 – Tributação do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF)	12
2.2 – Contribuições previdenciárias	14
CAPÍTULO 3 – Formas de Remuneração dos Diretores e seus Desdobramentos	
Tributários	18
3.1 – Participação nos Lucros e Resultados	18
3.2 – Participação nos Lucros de Estatutários – Art. 152 da LSA	24
3.3 – Planos de Opções de Ações	27
3.4 – Ganho Eventual	37
3.5 – Fundo de Investimento em Participações	40
CONCLUSÃO	46
BIBLIOGRAFIA	48

INTRODUÇÃO

Em recente matéria publicada pelo jornal O Estado de São Paulo, o Brasil figura hoje entre os países com maior carga tributária do mundo e hoje lidera o *ranking* da Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE) entre os países da América Latina¹.

Ainda que essa informação não seja novidade para os brasileiros, já acostumados com o dito “Custo-Brasil” e com as dificuldades que enfrentamos em nosso país, ela é bastante alarmante, principalmente para o empresariado.

Aliada à elevada tributação, há também a atual recessão econômica que assola o país desde o final de 2014 e que não há previsão de melhora. É verdade que muito se fala acerca da PEC 241 ainda pendente de aprovação e do necessário Ajuste Fiscal que ainda presenciaremos, com reformas em setores chave da economia, como a previdência social a legislação trabalhista, mas as previsões do mercado ainda são ruins para o final de 2016 e para o ano de 2017, uma vez que a economia deve demorar a retomar seu ritmo de crescimento de anos atrás.

É nesse cenário que inegavelmente cresce a procura por planejamentos tributários inovadores, que possibilitem às empresas diminuir a enorme carga tributária que enfrentam em suas operações.

Os tributos, hoje, principalmente os impostos e as contribuições sociais, estão entre as maiores despesas que enfrentam as empresas, encarecendo sensivelmente seus produtos e serviços. Não há dúvidas, portanto, que uma redução em custos dessa natureza, ainda que pequena, será crucial para a sobrevivência das empresas em um futuro próximo.

Daí a necessidade de que sejam aprofundados os estudos nessa seara para que soluções alternativas e inovadoras possam ser desenvolvidas em parceria com o empresariado visando a competitividade das empresas no mercado, cada vez mais selecionador.

O presente trabalho, portanto, está inserido nesse meio e nessa necessidade. Com ele visamos apresentar alternativas ao pagamento de remuneração variável a diretores, explorando os prós e contras de cada uma das soluções apresentadas.

Vale destacar que a escolha do setor objeto do planejamento tributário se baseou no fato de que as maiores empresas do país estão organizadas na forma de sociedades anônimas e que o pagamento dos colaboradores da companhia é, sem dúvida, um dos gastos de maior

¹ <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-maior-carga-tributaria-da-america-latina--diz-ocde,1000021608>

relevância das empresas, não só pelos valores envolvidos, mas também pelo chamariz de profissionais e a fidelização de colaboradores que podem representar.

E se, por um lado, as empresas vêm buscando, no atual cenário econômico, uma redução na folha de pagamento e no quadro de seus colaboradores, por outro, cresce cada vez mais a procura e o interesse pelas remunerações variáveis, dependentes do atingimento de metas de produtividade e vendas.

Assim, nesse cenário, buscaremos traçar o panorama geral das formas de pagamento de remuneração variável a diretores em sociedades anônimas, pontuando alternativas que proporcionem um menor impacto tributário às empresas e, mais que isso, analisando detalhadamente cada uma, expondo suas vantagens no âmbito tributário e os riscos envolvidos.

Para tanto, apresentaremos as possibilidades, vantagens e desvantagens do pagamento de remuneração variável a diretores por meio de **(I)** Participação nos Lucros e nos Resultados do Empregado; **(II)** Participação nos Lucros de Estatutário; **(III)** Ganho Eventual; **(IV)** Planos de Opções de Ações; e, **(V)** Fundo de Investimento em Participações.

Em se tratando do campo polêmico dos planejamentos tributários, atualmente mal vistos e perseguidos pelo Fisco, embasamos nossa análise nos atuais posicionamentos da Receita Federal, dos tribunais administrativos e judiciais, buscando com isso traçar um cenário de segurança às empresas, determinando os riscos envolvidos em cada uma das soluções abordadas.

Assim, esperamos que o trabalho contribua para melhor explorar o campo dos planejamentos tributários, dando sua contribuição em relação às remunerações variáveis em sociedades anônimas.

CAPÍTULO 1 – Regime Jurídico dos Diretores Estatutários

Como é sabido, o diretor estatutário é um órgão da sociedade anônima, eleito pelo Conselho de Administração ou pela Assembleia Geral, cujas funções e responsabilidades estão previstas nos arts. 138 e 139, bem como no art. 143 e seguintes da Lei das S. A. (Lei nº 6.404/76).

No passado recente, grande celeuma se instaurou na doutrina e na jurisprudência brasileira em relação ao regime jurídico de contratação dos diretores empresariais, questionando-se se estaria configurada uma típica relação de emprego – presentes os requisitos dos art. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”) – ou, alternativamente, prevaleceria a relação estatutária, regulada pelo direito societário.

Em que pese os grandes embates travados sobre o tema, que até hoje é alvo de decisões conflitantes, a jurisprudência, principalmente dos tribunais superiores trabalhistas, sinaliza caminhar para uma pacificação, reconhecendo, via de regra, a natureza jurídica de relação societária, desde que não estejam presentes os requisitos da relação de emprego no caso concreto.

De início, é importante destacar que há dois tipos de diretores estatutários (sejam eles empregados ou não): **(I)** aqueles que um dia integraram o quadro de funcionários da empresa e foram, posteriormente, eleitos ao cargo de direção; e **(II)** profissionais contratados especificamente para ocupar o cargo de diretor.

Na primeira hipótese, desde o advento da súmula nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho (“TST”), a parte majoritária da jurisprudência trabalhista vem adotando o entendimento de que a relação, no caso, é estatutária, regulamentada pelo direito societário, porquanto “*o empregado eleito para ocupar o cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.*” (súmula nº 269 do TST).

Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados, proferidos recentemente:

“RECURSO DE REVISTA - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL ABERTO - PROGRAMA DE STOCK OPTIONS - DIRETOR ESTATUTÁRIO ELEITO PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO - CAUSAS DE PEDIR PRÓXIMA E REMOTA AFETAS AO DIREITO EMPRESARIAL. O reclamante, além de ter sido efetivamente eleito diretor estatutário pelo Conselho Administrativo, sempre exerceu a função de administrador da sociedade reclamada. Diretor não é mandatário da sociedade, mas um dos órgãos desta, agindo em nome e como órgão da companhia, pois “apresenta” e pratica os atos necessários para o seu funcionamento regular, como menciona a atual Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76, art. 144). Trata-se de relação jurídica de

natureza estatutária, e não contratual (mandatária). (...) Aqui, as pretensões deduzidas pressupõem discussão a respeito da alienação do controle acionário da reclamada e, em função desta, de eventual direito do reclamante à aquisição prioritária de ações (por meio do plano de investimento denominado "stock options"), matérias eminentemente afetas ao estatuto da sociedade empresária e às prerrogativas dele decorrentes para seus diretores. Assim, a causa petendi remota não é a atividade desenvolvida pelo reclamante, mas controvérsia decorrente da alienação da sociedade e os efeitos desta no plano de investimentos stock options, com o suposto prejuízo para o reclamante na aquisição privilegiada de ações da sociedade empresária. Seja a causa petendi remota (alienação da sociedade), seja a causa petendi próxima (vencimento antecipado do prazo para aquisição de ações em exercício das stock options) reportam-se a questões eminentemente afetas ao direito empresarial, razão pela qual a condição jurídica do reclamante em relação à sociedade reclamada não sobreleva para o deslinde da controvérsia, a evidenciar que não se trata aqui de lide concernente a relação de trabalho lato sensu, que justifique a competência desse ramo especial do Poder Judiciário. Recurso de revista não conhecido."

(TST - RR: 6855220105020203, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 19/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015).

"BÔNUS RETENÇÃO. PARCELA DESTINADA A OCUPANTE DE CARGO DE REGIME JURÍDICO DISTINTO.

O diretor eleito mantém com a sociedade uma relação de índole estatutária-societária, regulamentada e regida pelas regras insertas na Lei das Sociedades Anônimas, no Código Civil, e pelo estatuto da Companhia, que estabelecem as suas atribuições, poderes e deveres. Ou seja, não tem vínculo de subordinação jurídica com a sociedade, é órgão estatutário da sociedade e, em princípio, pode manter relação que não seja de emprego. O Regional, com fundamento na prova, explicita que o Bônus de retenção é um valor oferecido pela empresa para recompensar diretor que se compromete a permanecer no cargo por determinado período. Ressalta, ainda, que a verba é paga aos diretores estatutários. Diante desse contexto, ausentes os requisitos do art. 461 da CLT, impõe-se o provimento do recurso para excluir da condenação o pagamento da referida parcela." (Recurso de revista conhecido e provido, no particular. Processo: RR - 1028-69.2013.5.08.0011. Data de Julgamento: 14/10/2015, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/11/2015).

Já na segunda situação, em que inexistente vínculo anterior do profissional com a sociedade, presume-se societária a relação jurídica, até porque societário é o embasamento de sua contratação.

De fato, baseando-se em uma interpretação teleológica da legislação de regência e colacionando o entendimento majoritário da doutrina sobre a matéria, os diretores de companhias não só são responsáveis por representar a sociedade na manifestação de sua vontade enquanto pessoa jurídica, como também o fazem segundo seu juízo pessoal e assumindo a responsabilidade pelos atos praticados; são verdadeiros órgãos da empresa, sujeitos aos deveres do administrador previstos na Lei das S.A.

Logo, se a sociedade depende do trabalho e dos atos do diretor para seu próprio funcionamento, ele não pode ser considerado seu empregado, aplicando-se à hipótese uma relação eminentemente societária, baseada no Estatuto Social e regulamentada pela Assembleia de Acionistas.

Ocorre que, em qualquer das situações, não se pode deixar de considerar as especificidades da prática ocorrida nas empresas para o reconhecimento do vínculo empregatício, pois é absolutamente predominante, na seara trabalhista, a aplicação do princípio da primazia da realidade, que impõe a prevalência da realidade fática ao que fora contratado entre as partes.

Nesse passo, ficando caracterizada, no cotidiano empresarial, a existência dos requisitos presentes nos arts. 2º e 3º da CLT – a dizer, a não eventualidade dos serviços, pessoalidade, onerosidade e, principalmente, a subordinação jurídica –, o regramento estatutário poderia vir a ser suprimido, reconhecendo-se a relação de emprego e a aplicação do regime trabalhista daí decorrente.

Aliás, na esteira deste entendimento, destaque-se que o próprio Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99) admite a existência de diretores empregados e diretores estatutários, estabelecendo como critério de distinção justamente a presença de “*características inerentes à relação de emprego*” (art. 9º, § 2º e 3º).

Assim, se, por um lado, os diretores estatutários podem ser considerados como ocupantes de cargo de confiança, cuja relação de trabalho é, via de regra, regulamentada pelo direito empresarial, o mesmo não se aplica quando reconhecida, no caso concreto, a existência dos requisitos legais da relação empregatícia, principalmente, a subordinação (pessoal, não societária).

Referida subordinação, para fins de reconhecimento de vínculo de trabalho, deve ser entendida como a direção do trabalho do empregado pelo empregador e a dependência daquele em relação a este, que gera o poder de comando no que concerne à atividade desenvolvida pelo empregado, sem autonomia.

Nada impede, portanto, que o diretor estatutário seja eleito para cargo de confiança em regime societário, mas, em razão da realidade fática do cotidiano empresarial, venha a ser considerado, também, empregado, aplicando-se à relação, integralmente, o regramento trabalhista (com todos os direitos do trabalhador e ônus tributários, previdenciários e empresariais).

De se destacar, por necessário, que o poder fiscalizatório do Conselho de Administração ou mesmo da Assembleia Geral de Acionistas não tem, por si só, o condão de dar ao diretor o caráter de subordinado, também à luz do cediço entendimento da jurisprudência do TST.

Nesse exato sentido coloca Fábio Ulhôa Coelho:

*“É inegável que o membro da diretoria está submetido seja ao conselho de administração seja à assembleia geral, uma vez que esses 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. (...) Não há controle, por esses órgãos, da jornada de trabalho (ou prestação de serviços) do diretor, nem é usual que deles parta qualquer orientação específica sobre a realização de determinadas tarefas. Em outros termos, a subordinação entre os órgãos societários tem natureza diversa daqueloutra (sic) que caracteriza o vínculo empregatício. Entre os membros da diretoria e os órgãos superiores da companhia (conselho de administração, se houver, e assembleia geral, sempre) **verifica-se subordinação de órgão para órgão (dependência societária), e não pessoal (dependência trabalhista).**”² (destaques nossos).*

Em suma, salvo em casos de reconhecimento fático de subordinação pessoal a outros administradores, os diretores estatutários da sociedade não são considerados empregados, aplicando-se a eles o regime previsto no direito societário e aprovado em Assembleia de Acionistas.

De qualquer forma, é bom que se diga não haver impedimento à cumulação das situações, isto é, que o diretor estatutário, órgão da companhia, seja também empregado, a depender principalmente das relações de subordinação que ocorrem na empresa.

Assim, a depender do regime jurídico de sua contratação, várias serão as possibilidades de remuneração (em diferentes formas) aos profissionais, cada qual envolvendo efeitos tributários e previdenciários distintos, os quais agora passarão a ser abordados.

Antes, contudo, de tratarmos das possibilidades de pagamentos de remuneração variável aos diretores estatutários das companhias, passemos à análise da regra geral de tributação em função da relação de trabalho existente.

² COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*, Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2004 (7ª ed.), p. 241-242.

CAPÍTULO 2 – Visão Geral: Tributação Incidente sobre a Remuneração³ da Diretoria

Sobre a remuneração variável paga à diretoria poderá haver, dependendo de inúmeros fatores, a incidência de imposto de renda, bem como, conforme o regime jurídico escolhido e do tipo de atividades desenvolvidas, a incidência de contribuições previdenciárias, sejam elas do empregador/empresa ou do empregado/trabalhador, previstas no art. 195, incisos I e II, da Constituição Federal⁴ (CF/88), respectivamente, e regulamentadas pela Lei nº 8.212/91 (Lei Orgânica da Previdência Social) e pelo Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), sem falar nas contribuições devidas ao SAT/RAT e às contribuições a terceiros (“Sistema S”).

2.1 – Tributação do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF)

A competência tributária, outorgada à União Federal por força do artigo 153, III, da Constituição Federal limita-se a autorizar a criação de imposto sobre a **renda** ou proventos de qualquer natureza, sendo certo que tanto “renda” como “proventos” consistem em **riqueza nova**, que se traduz na ideia de **acréscimos patrimoniais**.

A hipótese de incidência do Imposto de Renda tem seus contornos delimitados no artigo 43 do Código Tributário Nacional (“CTN”):

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção”.

³ O conceito de “remuneração” e de “salário” são, até hoje, ambíguos, sendo que a própria CLT utiliza dos termos sem o devido rigor semântico, muitas vezes alternando entre eles. Portanto, em homenagem à tecnicidade do trabalho, optaremos por considerar o salário como espécie do gênero remuneração, devidamente delimitado em razão do regime jurídico de emprego a partir do qual é oferecido, em imediata contraprestação a um serviço realizado com habitualidade, pessoalidade e subordinação, na linha do entendimento do próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST).

⁴ *“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;(…)

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedida pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (...)” (Constituição Federal, art. 195).

De fato, a legislação estabelece que incide imposto de renda quando há “*aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda*”. Interpretando tal artigo, alinhado com as demais disposições do CTN, entende-se que a disponibilidade econômica é aquela que corresponde ao poder de dispor, concretamente, pela pessoa que detém a posse direta da renda (disponibilidade real – obtenção de fato dos recursos); ao passo que a disponibilidade jurídica corresponde à aquisição de direitos sobre disponibilidades possíveis, ou seja, ainda que o titular não detenha a posse direta da renda, esta já foi colocada à sua disposição.

E, o que vem a ser renda? Segundo a abalizada lição de Rubens Gomes de Sousa, o conceito de renda está baseado na distinção entre renda e patrimônio. Confira-se:

“Patrimônio (ou capital) é o montante de riqueza possuída por um indivíduo em um determinado momento. Renda é o aumento ou acréscimo do patrimônio, verificado entre dois momentos quaisquer de tempo... só é renda o acréscimo de patrimônio que possa ser consumido sem reduzir ou fazer desaparecer o patrimônio que o produziu: do contrário a renda se confundiria com o capital”⁵.

Já o art. 44 também do CTN delimita “*a base de cálculo do imposto*” como sendo “*o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis*”.

Especificamente sobre o Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), dispõe ainda o artigo 2º da Lei nº 7713/1988 que:

“Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Comentando tais disposições normativas, Roque Carrazza leciona que “*tais renda ou proventos devem efetivamente existir, isto é, ser reais (realizados, disponíveis, ao alcance da mão). Renda ou proventos potenciais – isto é, passíveis de serem percebidos, até por meio de execução forçada (v.g., quando o titular de renda dispõe de nota promissória vencida e não-paga por seu devedor) – não podem integrar a base de cálculo do IRPF*”⁶.

Daí porque haverá incidência do Imposto de Renda sempre que o montante variável pago ao diretor estatutário corresponder a um efetivo **acréscimo patrimonial**. Nada obstante, dependendo dos tipos de remunerações variáveis que venham a ser pagas, as quais serão pontuadas adiante, remanescerão ainda dúvidas quanto **(I)** ao regime jurídico aplicável; **(II)** ao

⁵ SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 197-198.

⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013 (29ª ed.) (1ª ed. 1986), p. 79)

momento em que se verifica tal acréscimo; e, **(III)** à responsabilidade pela retenção / recolhimento.

2.2 – Contribuições Previdenciárias

As contribuições previdenciárias são espécies de contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social, um conjunto de ações do Poder Público e da sociedade voltadas ao fomento dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (CF/88, art. 194)⁷. A competência para sua instituição é exclusiva da União Federal, em atenção ao quanto dispõe o art. 149 da CF/88.

Ao definir as Regras-Matriz de Incidência Tributária das referidas contribuições, determinou a Constituição que teriam como sujeitos passivos tanto a empresa como o empregado, e como bases de cálculo, respectivamente, *“a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”* (CF/88, art. 195, I, “a”) e o salário e demais os ganhos habituais do empregado em retribuição aos trabalhos prestados (CF/88, art. 201, § 11).

Primeiramente em relação à empresa e ao empregador, exercendo sua competência constitucional, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.212/91, que, em seu art. 22, prevê o pagamento, a título das referidas contribuições, de: *“I – 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob forma de utilidades e os aditamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”, ou “III – vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;”* (grifos nossos).

Em caráter alternativo, para algumas empresas, foi ainda facultado o recolhimento da referida contribuição previdenciária patronal sobre a receita bruta, aplicando-se alíquotas que variam de 1 a 2,5%, de acordo com o período e atividade desempenhada, nos termos da Lei nº 12.546/11 e do Decreto nº 7.828/12.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2013 (5ª ed.), p. 798.

Adicionalmente, há ainda as contribuições devidas a terceiros (“sistema S”) também incidentes sobre a folha de pagamentos da empresa, e o art. 22, II, da Lei nº 8.212/91 criou a contribuição ao Seguro contra Acidentes de Trabalho (SAT) ou Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) à alíquota variável de 1 a 3% em função do risco de acidentes da atividade preponderante da pessoa jurídica (enquadramento anexo ao Decreto nº 3.048/99).

Já no que diz respeito ao trabalhador, o legislador infraconstitucional instituiu como a base de cálculo das contribuições o salário-de-contribuição, entendido como: “*I – para o empregado e o trabalhador avulso: (...) a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial (...)*” ou “*III – para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º.*” – Art. 28 da Lei nº 8.212/91.

Ademais, definiu a alíquota progressiva de 8 a 11% no caso dos segurados obrigatórios (empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso), e de 11% no caso de contribuintes individuais (entre outros, o sócio, o diretor não empregado e o membro do conselho de administração de sociedade anônima).

E sobre esses valores há ainda a incidência de 8% destinados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), consoante determina o art. 15 da Lei nº 8.036/90.

Analisando o cenário apresentado, em qualquer das hipóteses acima enquadradas, vislumbra-se que as referidas contribuições previdenciárias incidirão unicamente sobre verbas com características de: **(a) retributividade** – retribuição (contraprestação) pelos serviços realizados; e/ou, quando não seja possível, ao menos, **(b) habitualidade** – remuneradas habitual e periodicamente ao prestador de serviços. Note-se que tanto o legislador constitucional quanto o ordinário enfatizam essas propriedades da remuneração ensejadora das contribuições, utilizando reiteradamente expressões como “*ganhos habituais*”, “*destinados a retribuir o trabalho*”, “*durante o mês*”, “*pelo exercício de sua atividade*” etc.

Outrossim, importante destacar que a legislação tributária não faz diferenciação entre a remuneração de empregado (segurado obrigatório) ou de diretores estatutários não empregados (contribuintes individuais) para fins de incidência da contribuição previdenciária da empresa.

Logo, a ocorrência do fato jurídico tributário que dará ensejo às referidas contribuições pressupõe unicamente o pagamento de verbas em contraprestação a um serviço prestado pelo

profissional, de maneira habitual, de forma que apenas a partir da análise empírica do caso concreto será possível verificar a sua ocorrência.

Na esteira deste entendimento, destaque-se que a própria Lei nº 8.212/91 reconhece, em seu art. 28, § 9º, a não incidência das contribuições previdenciárias sobre verbas que prescindem de natureza remuneratória, como, por exemplo, as indenizações (ausência de aviso prévio, férias indenizadas, adicional de férias, ajudas de custo *etc*), o incentivo à demissão, os ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário, salvo quando forem considerados **salário-indireto** (pago por meios transversos ao profissional).

No âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a questão encontra o mesmo desfecho, exigindo-se o binômio contraprestação-habitualidade para o reconhecimento da materialidade das contribuições previdenciárias. Confira-se:

*Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004 PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DA EMPRESA - PLR. IMUNIDADE. OBSERVÂNCIA À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ASSIDUIDADE / ABSENTEÍSMO. META. VALIDADE / POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO. A Participação nos Lucros e Resultados - PLR concedida pela empresa aos seus funcionários, como forma de integração entre capital e trabalho e ganho de produtividade, não integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias, por força do disposto no artigo 7º, inciso XI, da CF, sobretudo por não se revestir da natureza salarial, estando **ausentes os requisitos da habitualidade e contraprestação pelo trabalho**. Somente nas hipóteses em que o pagamento da verba intitulada de PLR não observar os requisitos legais insculpidos na legislação específica, notadamente artigo 28, § 9º, alínea “j”, da Lei nº 8.212/91, bem como MP nº 794/1994 e reedições, c/c Lei nº 10.101/2000, é que incidirão contribuições previdenciárias sobre tais importâncias, em face de sua descaracterização como Participação nos Lucros e Resultados. (...) Recurso Voluntário Provido. (Recurso Voluntário nº 14120.000218/2008-78, Rel. Cons. KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO, 4ª Câmara, 1ª Turma, Julgado em 04/12/2014 – destaques nossos).*

E outro não é o posicionamento jurisprudencial amplamente sedimentado no Poder Judiciário, seja no TST ou mesmo no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e/ou no Supremo Tribunal Federal (STF). Veja-se:

*“PRÊMIO INCENTIVO. SUBSTITUIÇÃO AO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. MANUTENÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. 1. Conforme registrado pela Corte de origem, a parcela “prêmio incentivo” foi estabelecida com a finalidade de substituir o auxílio-alimentação. 2. Nesse contexto, a nova denominação dada à parcela não tem o condão de alterar sua natureza jurídica, de **cunho nitidamente salarial**, visto que mantido seu **pagamento mensal como contraprestação pelos serviços prestados pelo obreiro**. 3. Não se trata, assim, de alteração da remuneração dos servidores públicos, mas tão somente da integração de parcela na remuneração, nos termos do artigo 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, diante de seu **pagamento habitual**, bem como em virtude do fato de que tal parcela substituiu o auxílio-alimentação, que possuía nítida natureza salarial. 4. Precedentes deste Tribunal Superior. 5. Recurso de Revista não conhecido.”*

(RR - 191-06.2014.5.15.0004 , Rel. Des. Convocado: MARCELO LAMEGO PERTENCE, Data de Julgamento: 09/12/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2015 – destaques nossos)

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO COBRADA PELO SENAI. ABONO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO.

PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA. **EVENTUALIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO EM QUESTÃO.**

1. De acordo com o § 9º, alínea e, item 7, do art. 28 da Lei nº 8.212/91, não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente para os fins desta Lei, as importâncias "recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário" (grifou-se).

2. Tendo em vista que a Lei nº 8.212/91 aplica-se, no que couber, à contribuição social devida ao SENAI, contribuição que, aliás, tem a mesma base utilizada para o cálculo das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga ou creditada a segurados, então no caso deve ser observada a **jurisprudência do STJ**, que se firmou no sentido de que **não incide contribuição previdenciária sobre o abono previsto em acordo coletivo de trabalho e recebido em parcela única durante o ano** (ou seja, importância recebida a título de ganho eventual).

3. Ainda que o Tribunal de origem haja reconhecido a **natureza remuneratória** dos abonos estipulados nos acordos coletivos de trabalho, visto que tais abonos foram previstos nas cláusulas dos acordos coletivos que tratam de reajuste salarial ou, então, nas cláusulas referentes a vale-refeição/alimentação, é fato incontroverso nos autos, inclusive consignado no acórdão recorrido, que os abonos foram recebidos pelos empregados dos Correios em parcela única (ou seja, **foram recebidos a título de ganhos eventuais, sem habitualidade**).

4. No julgamento do recurso especial, não se fez necessário o reexame de provas, tampouco a interpretação das cláusulas dos acordos coletivos de trabalho juntados aos autos; houve apenas uma nova valoração jurídica dos fatos incontroversos consignados no acórdão recorrido. Logo, não se aplicam as Súmulas 5 e 7 do STJ.

Também não se aplica a Súmula 283/STF porque a decisão referente ao provimento do recurso especial encontra-se fundada no reconhecimento da contrariedade à primeira parte, e não à segunda parte do item 7 da alínea "e" do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, o que independe da natureza remuneratória de tais abonos.

5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1386395/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013 – grifos nossos)

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA SOBRE TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor. II - Agravo regimental improvido.” (AI 712880 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009)

Ex positis, considerando a legislação de regência e a jurisprudência dominante sobre a matéria, é possível traçar a regra de tributação das verbas remuneratórias pelas contribuições previdenciárias, as quais incidirão unicamente se dotadas de caráter retributivo (contraprestação pelo serviço prestado) ou, ao menos, habitual (com certa periodicidade).

A *contrariu sensu*, infere-se que não haverá incidência de contribuição previdenciária sobre o montante pago em caráter eventual ou que não remunere diretamente os serviços prestados pelo profissional.

À luz dessa conclusão, passemos à análise de possíveis cenários de remuneração variável aos diretores das companhias e as implicações tributárias subjacentes.

CAPÍTULO 3 – Formas de Remuneração dos Diretores e seus Desdobramentos Tributários

3.1 – Participação nos Lucros e Resultados

A participação nos lucros e nos resultados (PLR) é um direito social do trabalhador, com previsão expressa no art. 7º, inciso XI, da CF/88⁸, regulamentada pelo art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91 e pela Lei 10.101/00, recentemente alterada pela Lei nº 12.832/13. Uma vez cumpridos os requisitos legais, trata-se de hipótese de não incidência⁹ das contribuições previdenciárias, absolutamente desvinculada dos salários pagos aos empregados.

De plano, importante esclarecer que em recente pronunciamento sobre a matéria, a Receita Federal do Brasil firmou o entendimento de que apenas os colaboradores empregados, isto é, aqueles que possuam relação de emprego com a contratante e recebam salário, podem gozar dos benefícios legais da PLR, como a não incidência de contribuição previdenciária.

Com efeito, inobstante haver entendimentos anteriormente veiculados pelo CARF (Processos nº 16327.001055/2009-31, Ac. 2403-002.336, e nº 14485.001551/2007-84, Ac. 2301-003.473), a Receita Federal do Brasil entendeu, na Solução de Consulta nº 368 – COSIT, de 18 de dezembro de 2014, que a dicção constitucional do art. 7º, ao mencionar “trabalhadores”, reportar-se-ia unicamente aos trabalhadores empregados, supostamente em razão da redação levada a cabo no corpo da Lei nº 10.101/00.

De fato, o inciso XI do art. 7º da CF/88, ao desvincular a verba paga a título de PLR das remunerações relativas ao trabalho – como se disse alhures, retributivas e habituais –, o fez com a ressalva “*conforme definido em lei*”.

Ocorre que, ao assim fazer, abriu margem para a interpretação fazendária de que sua eficácia estaria contida, dependente de posterior regulamentação que só veio a ocorrer com a Medida Provisória nº 794/94.

De qualquer forma, o importante é que o legislador ordinário utilizou na Lei nº 10.101/00 (que consolidou, após uma série de alterações, a MP nº 794/94) a palavra

⁸ Diz a CF/88: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: (...)

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.”

⁹ A respeito do tema, a doutrina e a jurisprudência (administrativa e judicial) divergem sobre o enquadramento do não pagamento de contribuições previdenciárias sobre valores distribuídos a título de PLR, por vezes reconhecendo a sua natureza jurídica de não incidência pura e simples, imunidade ou até isenção. Cf., nessa questão, MANEIRA e SERRA LIMA, Eduardo e Daniel. *Participação nos Lucros e Resultados: Requisitos para a não Incidência da Contribuição Previdenciária na Visão do Carf*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 224, p.52-54 e MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011 (32ª ed.), p. 229-231. Nosso entendimento é de que se trata de hipótese de não incidência pura e simples, pois, se utilizadas para os devidos fins, falta às verbas pagas a título de PLR o caráter retributivo e habitual típico da hipótese de incidência das contribuições previdenciárias.

“empregado”, quando, na realidade, deveria ter utilizado “trabalhador”, à luz da dicção constitucional. Essa escolha semântica é, hoje, o principal argumento fazendário para desconsiderar os benefícios do PLR a diretores não empregados, cobrando, nesses casos, as contribuições previdenciárias sobre eventuais verbas recebidas.

Dito isso, passemos à análise do instituto e de seus requisitos para garantir a não incidência de contribuições previdenciárias sobre referidas verbas.

A Lei nº 10.101/00 dá ampla autonomia às partes na negociação e instituição do PLR, não atribuindo limites de valores a serem pagos ou estipulando tipos de metas que deverão ser alcançadas, limitando-se apenas a garantir que o trabalhador tenha plena ciência dos objetivos que deve atingir para gozar do benefício, bem como que não seja prejudicado pelo não pagamento de direitos trabalhistas sobre remuneração que teria natureza eminentemente salarial.

Para tanto, basicamente, determina que o plano deverá ser amplamente debatido entre as partes, inclusive com ingerência sindical, e composto de regras claras e objetivas, possibilitando o controle e recebimento das verbas prometidas. Ademais, determina que os pagamentos de verbas a este título deverão ser limitados a até 2 (duas) vezes no ano e com intervalo mínimo de um trimestre entre eles.

Contudo, analisando a atual jurisprudência do CARF sobre a matéria, nota-se que, em que pese a ampla liberalidade que deu o legislador ao instituto, o Fisco vem autuando contribuintes em razão, principalmente, de supostos problemas com: **(a)** tipos de metas estipuladas, clareza e momento da fixação do plano e participação do sindicato dos empregados; **(b)** o montante dos valores pagos; **(c)** periodicidade para pagamento; e **(d)** dedutibilidade das despesas com PLR da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Primeiramente com relação **(a)** aos tipos de metas e clareza do plano, trata-se da principal alegação fiscal para a autuação das empresas. Em muitas ocasiões, entende o Fisco pela invalidade dos PLR – e a consequente cobrança de contribuições previdenciárias sobre as verbas – porquanto os objetivos do plano estariam fora do rol previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 10.101/00 (índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa), ou simplesmente por discordar das regras e metas estipuladas.

Na maioria das vezes, o CARF se posicionou de forma favorável ao contribuinte, pois, devido à liberalidade que dá a Lei às partes, exige somente que se tratem de regras claras e objetivas, independentemente dos critérios eleitos. Nesse sentido, vejamos:

*Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004 PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DA EMPRESA - PLR. IMUNIDADE. OBSERVÂNCIA À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ASSIDUIDADE/ABSENTEÍSMO. META. VALIDADE/POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO. A Participação nos Lucros e Resultados - PLR concedida pela empresa aos seus funcionários, como forma de integração entre capital e trabalho e ganho de produtividade, não integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias, por força do disposto no artigo 7º, inciso XI, da CF, sobretudo por não se revestir da natureza salarial, estando ausentes os requisitos da habitualidade e contraprestação pelo trabalho. Somente nas hipóteses em que o pagamento da verba intitulada de PLR não observar os requisitos legais insculpidos na legislação específica, notadamente artigo 28, § 9º, alínea “j”, da Lei nº 8.212/91, bem como MP nº 794/1994 e reedições, c/c Lei nº 10.101/2000, é que incidirão contribuições previdenciárias sobre tais importâncias, em face de sua descaracterização como Participação nos Lucros e Resultados. O legislador ordinário, ao contemplar os pressupostos da PLR, optou por **prestigi**ar os acordos feitos entre as partes, ou melhor, a negociação coletiva levada a efeito pelos Sindicatos em conjunto com as respectivas empresas ou mesmo comissões de empregados, não cabendo, via de regra, à autoridade fazendária ou julgadora adentrar a essência do acordo, mas, sim, **verificar se, de fato, existem metas, mecanismos de aferição, regras claras e objetivas, etc, bem como se foram cumpridos pela contribuinte por ocasião do pagamento da verba sob análise. In casu, afastar a possibilidade de a empresa estabelecer como parâmetro/condição ao pagamento da PLR a assiduidade/absenteísmo, aferido mensalmente, mas pago em duas parcelas, é de cunho subjetivo do aplicador/intérprete da lei, extrapolando os limites das normas específicas em total afronta à própria essência do benefício, o qual, na condição de verdadeira imunidade, deve ser interpretado de maneira ampla e não restritiva. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO COLETIVA PREVENDO REGRAS PARA PAGAMENTO DA VERBA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. Constatando-se que a empresa concedeu Participação nos Lucros e Resultados com base em Convenção Coletiva com a explicitação de regras claras e objetivas e mecanismos de aferição, ainda que apurada mensalmente a partir de valor fixo ajustável de acordo com o número de faltas do trabalhador, não há se falar em afronta a legislação de regência e, por conseguinte, na incidência de contribuições previdenciárias. Recurso Voluntário Provido.”***

(Processo nº 14120.000218/2008-78, 4ª Câmara, 1ª Turma, j. 04/12/2014 – destaques nossos).

Além de claras e objetivas, entende o CARF que o prazo limite para fixação das regras do plano será o momento de efetivo pagamento das verbas, pois, do contrário, restaria prejudicada a ciência e controle dos empregados sobre as metas estipuladas. Nesse passo, ainda que o plano seja firmado no final do exercício em que foram apuradas as metas para pagamento de PLR, as contribuições previdenciárias não serão devidas se o pagamento aos empregados for posterior à assinatura e arquivamento do plano. Veja-se, nesse sentido, os acórdãos proferidos nos autos dos processos nº 14485.003384/2007-14 e nº 16327.721051/2011-97.

Outro motivo bastante frequente de autuações é a ausência de participação do sindicato nas discussões e assinatura do acordo, quando não é firmado por meio de acordo ou convenção coletiva. Por exemplo, no julgamento do Recurso Voluntário nº 16682.720691/2011-31, em que o sindicato havia se recusado a participar das reuniões e da assinatura do acordo, o CARF desconsiderou o plano de PLR realizado por entender que a presença do sindicato deveria ter

sido imposta por meio do Ministério Público ou do Judiciário, mas não poderia, de forma alguma, ter sido dispensada.

Ademais, também em homenagem à liberalidade na negociação do plano, o PLR poderá ser oferecido somente a parcela dos empregados, inclusive com diferença nos valores pagos a cada categoria. Nesse sentido julgou o acórdão nº 2301-004.320, proferido nos autos do Recurso Voluntário nº 16327.720073/2013-00.

Já em relação ao **(b)** montante dos valores pagos, vale novamente ressaltar que a Lei nº 10.101/00 não impõe limite algum, de forma que poderia, assim, ultrapassar até mesmo a soma das verbas pagas a título de salário para os funcionários.

Ademais, vale ressaltar que os limites previstos no art. 152 da LSA não se aplicam aos diretores estatutários que mantêm contrato de trabalho com a companhia, devendo incidir sobre suas remunerações tão somente as regras do Direito do Trabalho, diante da especificidade e do caráter protetivo das mesmas.

Confira-se, por oportuno, o entendimento de Nelson Eizirik sobre o assunto:

“(…)

A forma como o §1º do artigo (152 da LSA) está redigido poderia dar a entender que todas as modalidades de remuneração variável concedidas aos administradores estariam sujeitas aos limites nele estabelecidos. No entanto, a assembleia geral soberana para fixar gratificações variáveis com base em outros critérios, que não se confundem com a participação estatutária nos lucros da sociedade, esta sim, sujeita aos limites previstos neste artigo. Com efeito, não se pode ‘tabelar’ as participações dos administradores nos resultados sociais, o que seria contrário ao princípio legal da competência privativa da assembleia de livre destinação de lucros sociais (artigo 132). Assim, há a participação estatutária, que constitui um direito dos administradores, inderrogável pela assembleia geral, que não poderá ultrapassar os limites estabelecidos em lei. Ademais, pode existir uma participação voluntariamente fixada pela assembleia geral, em montante por ela determinado, destinada a premiar os administradores pelos resultados alcançados no exercício. A possibilidade de a assembleia geral conferir aos administradores participação nos resultados independe daquela prevista no estatuto social e decore de seu inquestionável poder de soberanamente dispor do lucro auferido pela companhia, particularmente quando a remuneração estatutária não os tenha premiado satisfatoriamente por resultados expressivos verificados no exercício.

(…)”¹⁰

De fato, se os pagamentos efetuados a título de participação nos lucros ou resultados a diretores empregados são regidos pela Constituição Federal de 1988 (inciso XI do artigo 7º), pela Legislação Trabalhista (CLT), pela Lei nº 8.212/91 e pela Lei nº 10.101/00, não haveria espaço para discussão envolvendo dispositivos da legislação societária.

¹⁰ EIZIRIK, Nelson. *Lei das S.A. comentada, Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 346.

Nada obstante, a jurisprudência administrativa ainda se mostra oscilante sobre a matéria, por vezes reconhecendo a liberdade de contratação pelas partes¹¹, mas, em alguns casos, mantendo autuações de valores de PLR que ultrapassam os salários dos empregados.

Nesse sentido, em julgamento de 2012, o CARF entendeu ser a distribuição de PLR no valor de 85 vezes a remuneração mensal (aproximadamente 7 vezes o salário anual) uma forma de pagamento indireto de salário, incompatível com o que dispõe a Lei nº 10.101/00, porquanto o trabalhador não estaria sendo remunerado adequadamente e a falta de pagamento dos benefícios previdenciários iria prejudicá-lo.¹² Note-se que, nesse caso, a fundamentação do acórdão é absolutamente subjetiva e extrapola o quanto normatizado pela Lei nº 10.101/00, que não estipula limites para a fixação de PLR. Portanto, ainda que a nosso entender qualquer limite ao pagamento de PLR seja equivocado, contrário aos ditames legais, deve-se ter em mente que quanto maiores os valores a serem pagos a este título, maiores serão os riscos de autuação fiscal, ainda que arbitrária.

Por outro lado, no que diz respeito à **(c)** periodicidade para pagamento, a lei é clara ao limitar os pagamentos de PLR a 2 (duas) vezes no ano, com intervalo mínimo de um trimestre entre eles, o que é rigorosamente adotado na jurisprudência administrativa e, uma vez descumprido, também teria o condão de caracterizar o pagamento de salário indireto, fazendo incidir as contribuições previdenciárias.

O último ponto a ser abordado consiste na **(d)** dedutibilidade dos valores pagos a título de PLR da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A respeito do tema, diz o § 1º do art. 3º da Lei 10.101/00, que as despesas da empresa para o pagamento de PLR aos seus empregados poderão ser deduzidas como **despesas operacionais** para efeito de apuração do lucro real¹³. Este teor é também veiculado pelo art. 359 do RIR/99.

Como se sabe, o lucro real é a base de cálculo para a incidência de IRPJ nas empresas que se enquadrarem neste regime. Ele é formado pelo lucro líquido de cada período de

¹¹ “(...)

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. ACORDOS. VALORES. SUBSTITUIÇÃO. REMUNERAÇÃO.

Não há, em nenhum dispositivo legal regra que determine valor máximo a ser pago a título de PLR.

No presente caso, pelo valor pago de PLR não configurar substituição da remuneração e por não haver na Lei determinação pro valor máximo a ser pago, não há como conceituar os valores pagos como remuneração, motivo do provimento do recurso nesta questão.

(...)” (Processo Administrativo nº 16327.721070/2011-13, Acórdão nº 2301-003.755, 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, Redator Conselheiro Marcelo de Oliveira, sessão de julgamentos de 15/10/2013).

¹² Acórdão nº 2301-003.094 proferido nos autos do Recurso Voluntário nº 16327.001170/2010-49, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária.

¹³ **Art. 3º (...)**

§ 1º Para efeitos de apuração do lucro real, a pessoa jurídica poderá deduzir como despesa operacional as participações atribuídas aos empregados nos lucros ou resultados, nos termos da presente Lei, dentro do próprio exercício de sua constituição.

apuração, ajustado pelas adições, exclusões e compensações autorizadas por lei (art. 247 do RIR/99), em que são descontadas as despesas operacionais da pessoa jurídica¹⁴.

Também quanto à incidência de CSLL, a que, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.981/95, com redação dada pela Lei nº 9.065/95, aplicam-se as mesmas normas de apuração e pagamento estabelecidas para o IRPJ, referidas verbas podem ser deduzidas a título de despesas operacionais para fins de cálculo do resultado empresarial de cada exercício e a formação da sua base de cálculo.

Ocorre que, atualmente, o entendimento amplamente consolidado na jurisprudência administrativa é de que referidas deduções só serão autorizadas se comprovado o atendimento a todos os requisitos legais e jurisprudenciais na instituição do PLR acima destacados, o que torna o cenário ainda mais perigoso para o contribuinte se levarmos em consideração a gama de decisões conflitantes que se tem no âmbito administrativo e a falta de apreciação da matéria nos Tribunais Superiores.

De fato, caso a fiscalização entenda por descumprido qualquer dos requisitos supraelencados (metas incompatíveis, celebração do acordo fora do prazo, pagamento de valores muito altos ou em periodicidade maior do que a autorizada), além de lavrar autuações para a exigência de contribuições previdenciárias sobre essas verbas, glosará, também, o quanto foi deduzido a este título da base de cálculo da CSLL e do IRPJ.

Entendemos que referido posicionamento, embora já sedimentado no âmbito do CARF, é equivocado.

Com efeito, a partir do momento em que o plano de PLR é descaracterizado pela fiscalização em razão da existência de supostos vícios, as verbas pagas a este título assumem, por consequência, caráter salarial.

Assim, se por um lado referidas verbas não gozariam da dedutibilidade que dispõem a Lei 10.101/00 e o RIR/99, por outro, as despesas com remuneração de empregados (salário), são, por natureza, dedutíveis, já que perfazem típicas despesas operacionais (não computadas no custo e necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora).

Portanto, considerando que não pode o Fisco adotar, para um mesmo instituto jurídico, dois enquadramentos ou interpretações absolutamente distintas, se verbas de natureza salarial integram as despesas operacionais da pessoa jurídica, independentemente de sua origem, aquelas originárias de um PLR desconstituído também o serão, sob pena de sensível afronta à segurança jurídica.

¹⁴ Nos termos do RIR/99, são consideradas despesas operacionais aquelas “*não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora*” (art. 299).

Contudo, no que diz respeito à PLR paga aos administradores da pessoa jurídica, a Receita Federal do Brasil, por meio da Solução de Consulta nº 89 – COSIT, de 24 de março de 2015, e em função de uma interpretação literal do art. 463 do RIR/99¹⁵, reconheceu a impossibilidade de sua dedução como despesa operacional da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, independentemente do vínculo empregatício com a companhia.

Existe, assim, iminente risco de autuação fiscal para empresas que realizem a referida dedução de PLR paga a seus administradores (empregados ou não).

3.2 – Participação nos Lucros de Estatutários – Art. 152 da LSA

Diferentemente da PLR acima tratada, que é direito social dos empregados, de origem contratual, a participação nos lucros prevista na Lei nº 6.404/76 (LSA) – especificamente no §1º de seu artigo 152 – tem natureza estatutária, deliberada unicamente por meio Assembleia Geral como forma de remuneração de diretores estatutários e possui regramento absolutamente distinto daquela.

Com efeito, trata-se de hipótese de distribuição de lucros aos diretores estatutários por uma liberalidade do Estatuto Social, que, para seu pagamento, depende de previsão específica no estatuto, da existência de distribuição de dividendo mínimo obrigatório de 25% aos acionistas, que a participação dos diretores não seja superior à sua remuneração anual ou a 10% os lucros, e, por óbvio, da verificação de lucros sociais no exercício¹⁶.

Ademais, note-se que, em oposição ao que acontece com a PLR, a LSA expressamente vincula e limita a participação estatutária à remuneração anual do diretor/administrador (Art. 152, § da LSA), que independe de qualquer participação sindical.

As diferenças dos institutos se acentuam ainda mais quando se analisa a natureza contábil e fiscal de cada uma. Enquanto a PLR consiste em despesa operacional que pode ser deduzida da receita para aferição do resultado do exercício, a participação estatutária consiste em verdadeira destinação dos lucros sociais, que será abatido apenas do resultado para apuração

¹⁵ “**Art. 463.** Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).”

¹⁶ “**Art. 152.** A assembleia-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 dos seus serviços no mercado.

§ 1º O estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% (vinte cinco por cento) 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 0,1 (um décimo) dos lucros (artigo 190), prevalecendo o limite que for menor.

§ 2º Os administradores somente farão jus à participação nos lucros do exercício social em relação ao qual for atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório, de que trata o artigo 202.”

do lucro líquido, após realizadas as deduções relativas a eventual prejuízo acumulado e à provisão para o imposto de renda (art. 187, VI, da LSA).

Nesse sentido, veja-se que a participação estatutária, por ser espécie de distribuição de lucros, é excluída da base de cálculo do IRPJ no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, enquanto a PLR pode ser deduzida como despesa.

De se salientar que o próprio art. 303 do RIR/99 prevê não serem dedutíveis como despesas operacionais as gratificações ou participações no resultados pagas à dirigentes ou administradores (estatutários) da empresa¹⁷.

Outrossim, vale destacar que ainda que se apure, ao final, o lucro da companhia, a Assembleia Geral poderia muito bem decidir por não distribuí-lo aos seus diretores estatutários, já que é soberana para votar questões atinentes ao estatuto social e não se trata de obrigação contratual assumida em PLR.

E é justamente por serem institutos absolutamente distintos que as limitações previstas no art. 152 da LSA se aplicam exclusivamente aos diretores/administradores estatutários e não podem ser utilizadas como parâmetro para o pagamento de PLR.

A jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema tem entendido pelo cabimento da participação estatutária (Art. 152 da LSA) apenas aos dirigentes não empregados da companhia, enquanto que o PLR seria aplicável somente aos empregados da pessoa jurídica que possuem vínculo empregatício. Contudo, quanto à não incidência de contribuições previdenciárias, não há um consenso, de forma que há decisões bastante conflitantes sobre o tema.

Por um lado, há julgados em que se considera ser a “isenção” (sic) do pagamento de contribuições previdenciárias exclusiva da PLR, supostamente não aplicável à remuneração dos dirigentes estatutários. É o caso, por exemplo, da corrente majoritária do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3). Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO. ARTIGO 557, 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. DIRETORES ESTATUTÁRIOS. 1. Pagamento aos diretores de R\$ 29.680,09 como remuneração, e de R\$ 800.000,00 a título de participação nos lucros. 2. Não há nos autos prova de que a distribuição de lucros administradores obedeceu às condições e aos limites estabelecidos pela Lei n. 6.404/76 (artigo 152, caput e 1º e 2º). 3. Ainda que houvesse tal prova, apenas se exclui da remuneração a participação nos lucros paga a todos os empregados na forma da Lei n.º 10.101/2000, e não aquela paga exclusivamente aos dirigentes. 4. Agravo a que se nega provimento.”

¹⁷ **Art. 303.** Não serão dedutíveis, como custos ou despesas operacionais, as gratificações ou participações no resultado, atribuídas aos dirigentes ou administradores da pessoa jurídica.

(Apelação em Mandado de Segurança nº 0010834-94.2008.4.03.6100, Relator(a) JUIZ CONVOCADO ALEXANDRE SORMANI, SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:17/09/2009)"¹⁸

Todavia, considerando as premissas adotadas, não coadunamos com este posicionamento, pois, no pagamento de participação estatutária nos lucros, assim como no pagamento de PLR, não se vislumbra o caráter retributivo e habitual inerente às remunerações objeto da incidência das contribuições, razão pela qual também a consideramos hipótese de não incidência tributária pura e simples.

E ainda que assim não fosse, a Lei nº 8.212/91, em seu art. 28, § 9º, alínea “j”, determina que estarão excluídas do salário-de-contribuição (seja de segurados obrigatórios ou de contribuintes individuais) a “*participação nos lucros e resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica*”, conceito dentro do qual se insere a LSA e a previsão de seu art. 152.

No âmbito administrativo, embora a questão ainda seja controvertida, há julgados afastando a incidência das contribuições previdenciárias, mesmo para os dirigentes estatutários. Confira-se:

“Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/02/2001 a 31/08/2005 PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS DA EMPRESA. DIRETORES E ADMINISTRADORES. LEI Nº 6.404/76. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E DE TERCEIROS. O pagamento de participação nos lucros ou resultados das empresas, a diretores não empregados, possui previsão legal no art. 152 da Lei 6.404/76, em conformidade com o disposto no art. 7º, XI da Constituição Federal de 1988, de modo que tais valores devem ser excluídos do presente lançamento. Recurso Voluntário Provido”. (Processo Administrativo nº 35301.011658/2006-31, 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Relator Igor Araújo Soares, sessão realizada em 21/01/2015)

No mesmo sentido, ainda é possível citar os seguintes julgados do CARF: PAF 10920.002868/2008-41, Ac. 2301-003.024, e PAF 11020.002008/2010-79, Ac. 2301-002.492, dj. 18/01/2014.

Corroborando este entendimento, sobre a não incidência (ou, para quem entenda, isenção) das contribuições previdenciárias, Wagner Baleira e Thiago Tabora Simões asseveram:

“(…) Na linha da literalidade, entende-se que a norma de isenção descreve a materialidade a exclusão da incidência sobre as verbas pagas aos empregados da pessoas jurídica, conceito que não albergaria os contribuintes individuais

¹⁸ No mesmo sentido: Apelação Cível nº 0006227-97.2012.4.03.6100, 11ª Turma, DJe de 07/08/2014; Agravo de Instrumento nº 0019373-75.2012.4.03.0000, 1ª Turma, DJe de 31/10/2012.

(diretores estatutários, administradores, conselheiros), por não gozarem dessa qualidade.

Por outro lado, a interpretação sistemática considera o benefício fiscal extensivo aos estatutários, por não integrarem salário de contribuição.

Enfileiramo-nos com a segunda posição.

A norma de isenção da PLR é extensiva aos diretores (contribuintes individuais), já que a norma específica que trata do tema – Lei nº 10.101/2000 – não estabelece a limitação”¹⁹.

Em suma, seja porque trata-se de hipótese de não incidência tributária em razão da ausência de retributividade e habitualidade do pagamento das verbas, ou ainda porque a lei que regula o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) não faz menção exclusivamente à Lei nº 10.101/00, entendemos que as parcelas pagas a título de participação estatutária – respeitados os requisitos legais do art. 152 da LSA – não podem ser incluídas na base de cálculo das contribuições previdenciárias, limitando-se, aqui, à incidência do IRPF à alíquota progressiva.

3.3 – Planos de Opção de Ações

Por meio dos mais diversos planos de opções de ações disponíveis, poderá ser concedido onerosa ou gratuitamente aos diretores estatutários (empregados ou não) o direito de subscrever ou adquirir as ações da empresa por um preço pré-definido, sob determinadas condições e dentro do limite do capital autorizado. Referidos planos têm algumas regras de implementação específicas, devendo ser devidamente autorizados pela Assembleia Geral e constar, no mínimo, a carência para o exercício do direito de comprar as ações (*vesting*), o valor da emissão das ações (*valuation*) e o prazo mínimo em que poderá ser realizado (*expiration*).

Este tipo de benefício de remuneração a longo prazo objetiva principalmente: **(a)** a retenção de profissionais na sociedade para que ele adquira o direito de receber ou efetuar a compra das ações; e, **(b)** comprometimento com a produtividade e com o negócio, já que a valorização das ações da empresa beneficiará os profissionais.

Infelizmente não há legislação que regulamente os planos de ações oferecidos pelas empresas aos seus profissionais de forma específica, salvo previsão genérica no art. 168, §3º, da Lei 6.404/1976²⁰ (Leis das S.A.) e deliberações da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) relativas à possibilidade das empresas outorgarem opções de compra de ações a seus empregados e administradores. Por essa razão, as empresas, atendidos os limites traçados pela

¹⁹ BALERA e SIMÕES, Wagner e Thiago Taborda. *Participação nos Lucros e nos Resultados: Natureza Jurídica e Incidência Previdenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 163.

²⁰ Art. 168. *O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária. (...)*

§ 3º *O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembléia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.*

legislação societária, são livres para estipular as regras dos Planos de Ações, mas, em contrapartida, acabam ficando vulneráveis à interpretação do Fisco quanto à sua natureza e tributação.

A tendência que atualmente se verifica na Justiça Especializada do Trabalho é a de que os planos de compra de ações ou opções para a aquisição de ações (ou seja, quando o funcionário paga pelas ações, ainda que com preço diferenciado do valor de mercado) não têm natureza salarial.

Nesse sentido já entendeu o Tribunal Superior do Trabalho (TST):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPRA DE AÇÕES VINCULADA AO CONTRATO DE TRABALHO. STOCK OPTIONS. NATUREZA NÃO SALARIAL. EXAME DE MATÉRIA FÁTICA PARA COMPREENSÃO DAS REGRAS DE AQUISIÇÃO. LIMITES DA SÚMULA 126/TST. As stock options, regra geral, são parcelas econômicas vinculadas ao risco empresarial e aos lucros e resultados do empreendimento. Nesta medida, melhor se enquadram na categoria não remuneratória da participação em lucros e resultados (art. 7º, XI, da CF) do que no conceito, ainda que amplo, de salário ou remuneração. De par com isso, a circunstância de serem fortemente suportadas pelo próprio empregado, ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa, mais ainda afasta a novel figura da natureza salarial prevista na CLT e na Constituição. De todo modo, torna-se inviável o reconhecimento de natureza salarial decorrente da possibilidade de compra de ações a preço reduzido pelos empregados para posterior revenda, ou a própria validade e extensão do direito de compra, se a admissibilidade do recurso de revista pressupõe o exame de prova documental - o que encontra óbice na Súmula 126/TST” (RR. 85740-33.2009.5.03.0023, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, data de publicação: 04/02/2011 – destaques nossos)

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. (...) 4. STOCK OPTIONS. O programa pelo qual o empregador oferta aos empregados o direito de compra de ações (previsto na Lei de Sociedades Anônimas, n. 6404/76, art. 168, § 3º) não proporciona ao trabalhador uma vantagem de natureza jurídica salarial. Isso porque, embora a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorra do contrato de trabalho, o obreiro pode ou não auferir lucro, sujeitando-se às variações do mercado acionário, detendo o benefício natureza jurídica mercantil. O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, não se lhe podendo atribuir índole salarial. Recurso de revista não conhecido”. (RR - 217800-35.2007.5.02.0033, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: 03/12/2010)

O Tribunal Superior do Trabalho tem conferido natureza mercantil aos Planos de Ações desde que haja: **(a)** facultatividade (inexistência de obrigatoriedade na adesão); **(b)** onerosidade (art. 458 da CLT), ainda que inferior ao valor de mercado; e, **(c)** risco inerente ao mercado financeiro.

Embora o conceito de salário e remuneração para fins tributários sejam distintos, essa tendência jurisprudencial na esfera trabalhista é fundamental, porque a aplicação da legislação trabalhista brasileira é mandatória no que tange à regulamentação do trabalho desempenhado

no Brasil e compete à Justiça do Trabalho julgar eventuais disputas sobre a natureza de benefícios concedidos a empregados brasileiros, principalmente após a edição da Emenda Constitucional 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da Constituição Federal) para processar e julgar “*as ações oriundas da relação de trabalho*”.

A Justiça Federal, por sua vez, quando instada a se manifestar sobre a natureza de plano de ações para fins de incidência de contribuição previdenciária a cargo da empresa *Skanska Brasil Ltda.*, mitigou o requisito da onerosidade, até porque parte das ações eram recebidas gratuitamente, para ressaltar como essenciais: **(a)** facultatividade; e, **(b)** risco de mercado – possibilidade de prejuízo. Confira-se excerto da sentença proferida Juíza Federal Maria Fernanda de Moura Souza nos autos do Processo nº 00210905820124036100:

“No caso dos autos, é certo que o plano de opção de compra de ações prevê o recebimento de ações matching e performance, gratuitamente, ao final do período de carência, preenchidos os requisitos ali descritos, o que retira o caráter unicamente mercantil do contrato, vez que não se encontra disponível no mercado de ações tal tipo de benefício. No entanto, ainda assim não se pode dizer que os valores gerados em razão da adesão ao plano, especialmente o recebimento das ações matching e performance se configuram como uma retribuição ao trabalho. Militam contra esta tese alguns fatos.

O programa é facultativo, o que faz com que nem todos os empregados recebam as ações e seus dividendos, pois nem todos optarão por comprá-las. Assim, pode ocorrer que dois empregados ocupem o mesmo cargo, desempenhem idênticas funções e, portanto, recebem as mesmas verbas de natureza salarial, mas apenas um deles venha a receber as ações, pois o outro não quis aderir ao plano.

Além disso, o risco de mercado não é afastado pelo fato de o optante vir a receber as ações gratuitamente nas proporções contratualmente estabelecidas. Isso, pois não há previsão de que a compra de ações de poupança seja subsidiada o que faz com que seja possível que mesmo com a obtenção das ações matching e performance, o empregado optante não obtenha lucro, ou até mesmo tenha prejuízo, caso haja uma importante desvalorização das ações. Tenho que, com isso, não se pode considerar como retribuição ao trabalho a possibilidade de o empregado suportar prejuízo. É claro que o risco é diminuído pela obtenção gratuita das ações matching e performance, mas não é anulado.

Assim, ainda que o programa tenha nítido e expresso caráter de atração de profissionais e incentivo à sua permanência na empresa - como também o têm as políticas de compra de veículos, de horários flexíveis de trabalho etc. - isso não significa que necessariamente tenham caráter de remuneração destinada a retribuir o trabalho.” (publicado em 15/10/2013 – destaques nossos)

Além do fato de que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento à apelação interposta em face da referida sentença, cabe pontuar que o Agravo de Instrumento interposto pela União Federal teve seu pedido de efeito suspensivo indeferido, porque:

“Em que pese a opção da compra de ações somente ser possível em decorrência da relação de emprego existente entre a agravada e seus empregados (fl. 57), o que sugere tratar-se de retribuição pelo trabalho, verifica-se que o valor final obtido, como bem ressalta a decisão agravada decorre de um contrato mercantil sujeito aos riscos do mercado de ações. Essa porção de ganho, em que pese constituir acréscimo

patrimonial, não decorre, portanto, da remuneração pelo uso da força de trabalho do empregado.

Concluo, como o MM Juízo a quo que o resultado positivo dessa operação não pode ser considerado remuneração decorrente do trabalho e assim, não se submete à incidência da contribuição previdenciária.” (excerto da decisão monocrática proferida pela Juíza Louise Filgueiras nos autos do Agravo de Instrumento nº 0009944-50.2013.4.03.0000, data de publicação: 7/8/2013)

É no âmbito administrativo federal, todavia, que se encontram mais decisões sobre o tema, especialmente envolvendo a incidência de contribuição previdenciária sobre os planos de opção de compra de ações (“*stock options*”).

A 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) entendeu que os planos de compra de ações não têm, inicialmente, caráter salarial, representando uma operação mercantil. Contudo, naquele caso concreto envolvendo a *ALL – América Latina Logística S.A.* (Processo nº 10980.724031/2011-88 – Acórdão 2401-003.045), teria havido desvirtuamento da concepção do plano de compra de ações, por inexistir risco compatível com a natureza comercial da operação já que: **(I)** a empresa financiava o montante pago para ter direito à opção (10% do valor de mercado) nos Planos de 2007 e 2008; e, **(II)** alteração do Plano de 2009 em face das condições adversas do mercado para proteger os beneficiários contra oscilações de mercado, eliminando os riscos.

A 2ª Turma Ordinária da mesma 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, enfrentando caso da *GVT Ltda.* (Processo nº 11624.720210/2012-49 – Acórdão nº 242-004.480), decidiu pela caracterização de natureza remuneratória do plano de “*stock options*” daquela empresa, não apenas por ter sido o preço do exercício fixado muito abaixo do valor de mercado das ações, mas, também, porque: **(I)** somente colaboradores da entidade poderiam participar do plano, e estes não podiam transferir ou de qualquer forma onerar as opções recebidas; **(II)** o plano estabelecia que, para o exercício da opção, o beneficiário deveria manter vínculo até a data da maturidade da opção; **(III)** ficou configurada habitualidade na medida em que o plano previa um prazo de vencimento total de quatro anos, sendo que a cada ano deste prazo um quarto das opções amadureceriam.

Já a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, ainda que pelo voto de qualidade (empate com prevalência do voto do Presidente, representante do Fisco), entendeu pelo caráter remuneratório do plano de compra de ações da *Cosan S.A. Indústria e Comércio* (Processo nº 15889.000245/2010-46 – Acórdão 2301-003.597), porque igualmente inexistia risco, porquanto a aquisição da opção era gratuita e o preço do exercício era fixado abaixo do valor do mercado das ações na data da concessão.

A mesma 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, em julgamento envolvendo a *Anhanguera Educacional Participações S/A* (Processo nº 10830.720566/2012-84 – Acórdão nº 2301-004.138), acrescentou que “*em havendo uma condicionante de manutenção de vínculo empregatício, subordinação, dependência e sobretudo a determinante de risco tão somente ao contratado*” não poderia ser reconhecida “*a característica mercantil cível, passando a ser puramente relação de vínculo de trabalho*”.

O precedente publicado de maior relevância favorável ao contribuinte foi proferido pela 3ª Turma Especial da 2ª Seção de Julgamento do CARF que, ao julgar o recurso voluntário interposto pela *Sadia S.A.* (Processo nº 10925.723207/2011-49 – Acórdão 2803-03.815), entendeu não haver incidência das contribuições previdenciárias sobre o plano de opção de compra de ações, uma vez que: **(I)** a empresa não oferecia qualquer subsídio financeiro para auxiliar o colaborador a participar do plano; **(II)** o preço de exercício da opção foi fixado em média de mercado (três últimas cotações da bolsa); **(III)** depois de exercida a opção, o participante não podia alienar imediatamente a ação, devendo respeitar um período de inalienabilidade (*lock-up*) antes de vendê-la.

E, ainda mais recentemente, a 2ª Câmara da 1ª Turma Ordinária da 2ª Seção de Julgamento do CARF reconheceu a necessidade de retenção do Imposto de Renda quando o *Itaú-Unibanco* efetuou pagamentos a “*Conselheiros, Diretores e Membros do Conselho de Administração*”, por meio de opção de compra de ações com caráter remuneratório, já que: **(I)** havia autorização para a intervenção, pela sociedade, nos parâmetros das opções já outorgadas, com a alteração dos valores de exercícios, o que minimizaria os riscos da operação; e **(II)** a possibilidade de alienação de 50% das ações adquiridas poderá ser livremente alienada pelo beneficiário, sendo conferida à sociedade, a seu exclusivo critério, a prerrogativa de admitir a alienação dos outros 50% sem a observância do prazo inicialmente previsto (minimiza os riscos da operação). (Processo nº 16327.720085/2013-26)

Parece-nos, pois, que – embora com variações e “defeitos” interpretativos – a jurisprudência entende como requisitos para qualificação da natureza mercantil dos Planos de Opções de Ações **(a)** a onerosidade, com fixação do preço de exercício como sendo de mercado (ou muito próximo a ele); **(b)** a inexistência de subsídios financeiros; **(c)** a facultatividade de adesão; **(d)** as condições de exercício não devem ser vinculadas diretamente ao trabalho (performance); e, **(e)** a existência de restrições de uso (*lock-up*).

Daí porque eventual plano de ações para remunerar a diretoria estatutária – considerando as incontáveis variáveis (preços, condições resolutivas, suspensivas) – deverá se ater aos requisitos acima para ser considerado de natureza mercantil.

Por outro lado, embora a superveniência dos arts. 33 e 34 da Lei nº 12.973/2014 tenha dado novos contornos aos planos de ações, as referidas disposições normativas têm o condão transmutar a sua natureza jurídica.

Com efeito, os indigitados artigos versam sobre o tratamento contábil do “pagamento em ações”. Confira-se:

“Art. 33. O valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados.

§ 1o A remuneração de que trata o caput será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções, quando liquidados com instrumentos patrimoniais.

§ 2o Para efeito do disposto no § 1o, o valor a ser excluído será:

I - o efetivamente pago, quando a liquidação baseada em ação for efetuada em caixa ou outro ativo financeiro; ou

II - o reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial, quando a liquidação for efetuada em instrumentos patrimoniais”.

“Art. 34. As aquisições de serviços, na forma do art. 33 e liquidadas com instrumentos patrimoniais, terão efeitos no cálculo dos juros sobre o capital próprio de que trata o art. 9o da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, somente depois da transferência definitiva da propriedade dos referidos instrumentos patrimoniais” (destaques nossos).

Regulamentando estes artigos, a Receita Federal editou a Instrução Normativa RFB nº 1.515/2014, valendo transcrever o disposto no seu art. 76:

“Art. 76. O valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados.

§ 1º A remuneração de que trata o caput será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções de ações, quando liquidados com instrumentos patrimoniais.

§ 2º Para efeito do disposto no § 1º, o valor a ser excluído será:

I - o efetivamente pago, quando a liquidação baseada em ação for efetuada em caixa ou outro ativo financeiro; ou

II - o reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial, quando a liquidação for efetuada em instrumentos patrimoniais.

§ 3º Os empregados e similares previstos no caput desse artigo são indivíduos que prestam serviços personalizados à entidade e também:

I - são considerados como empregados para fins legais ou tributários;

II - trabalham para a entidade sob sua direção, da mesma forma que os indivíduos que são considerados como empregados para fins legais ou tributários; ou

III - cujos serviços prestados são similares àqueles prestados pelos empregados, tais como o pessoal da administração que têm autoridade e responsabilidade para planejamento, direção e controle das atividades da entidade, incluindo diretores não executivos.

§ 4º Incluem-se no conceito de diretores não executivos a que se refere o inciso III do

§ 3º os membros de conselhos da entidade.

§ 5º O valor reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial a ser excluído é o valor que teve como contrapartida contábil a remuneração registrada em custo ou despesa.

§ 6º O disposto nesse artigo é aplicável mesmo nas situações em que o empregado ou os similares já sejam detentores de instrumentos patrimoniais da sociedade.

§ 7º Não são dedutíveis os valores de remuneração dos serviços prestados por pessoas físicas que não estejam previstas no § 3º, cujo pagamento seja efetuado por meio de acordo com pagamento baseado em ações”.

Como se pode verificar, a sistemática adotada consiste em diferir a dedutibilidade da despesa contabilizada pelas companhias com o pagamento baseado em ações até o momento da **(I)** liquidação baseada em ação (nos casos em que a empresa “compra a ação” que o beneficiário do plano adquire mediante o exercício da opção); ou **(II)** da transferência definitiva da ação ao beneficiário mediante seu exercício da opção.

Dessa forma, no momento da outorga da opção / ação, as empresas devem contabilizar a despesa correlacionada, conforme dispõe o Pronunciamento Técnico CPC nº 10, porém, para fins fiscais, tal despesa deverá ser adicionada ao lucro real do período e controlada no LALUR. Após o período de *vesting*, poderá haver dedução da despesa que foi apropriada no passado.

Ademais, com base nessas disposições, várias outras interpretações têm sido dadas:

(a) atribuição automática da natureza de “remuneração” aos benefícios advindos dos Planos de Ações oferecidos pelas empresas a seus funcionários e similares;

(b) inaplicabilidade da referida disposição aos diretores estatutários, tendo em vista sua não caracterização como *empregados ou similares*;

(c) a nova sistemática aplicar-se-ia apenas às pessoas jurídicas que outorguem ações de caráter remuneratório, não alcançando os demais Planos, como os de opções de compra (“stock options”) de natureza mercantil;

(d) a tributação da pessoa física passaria a ser no momento do oferecimento do direito de ação (*grant*), pois se há registro contábil de despesa pela empresa neste momento deverá haver, em contrapartida, registro do crédito para o beneficiário, ainda que sob “condição suspensiva”. Referido entendimento estaria em consonância com o art. 15 da Convenção Modelo da OCDE;

(e) ou, ainda, sendo dedutível para empresa na transferência de “*propriedade definitiva das ações ou opções*” deverá ser, por equivalência, tributado pelo beneficiário neste momento.

Não nos parece, entretanto, que essa nova legislação tenha pretendido esclarecer a qualificação jurídica dos planos de ações oferecidos aos funcionários e tampouco feito restrição

implícita a determinados colaboradores, mas apenas e tão somente esclarecer o momento a partir do qual as despesas relacionadas a tais outorgas seriam dedutíveis pela empresa para fins contábeis e fiscais.

De fato, os efeitos contábeis relativos ao “*pagamento baseado em ações*” foram objeto do Pronunciamento nº 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC 10), aprovado 03/12/2010 pela CVM. Como esclarecido pelo próprio CPC 10, seu objetivo “*é especificar procedimentos para recolhimento, mensuração e divulgação, em suas demonstrações contábeis, das transações com pagamento baseado em ações realizadas por uma entidade*”. Ainda nos termos do referido pronunciamento contábil, os efeitos das transações com pagamento baseado em ações “*devem ser refletidos nos resultados e na posição patrimonial e financeira da entidade, incluindo despesas associadas com transações nas quais opções de ações são outorgadas a empregados*”.

Assim, o art. 33 da Lei nº 12.973/2014 apenas estabelece o momento a partir do qual os valores registrados no patrimônio líquido da sociedade, nos termos do CPC 10, poderão ser registrados e deduzidos da base do IRPJ e CSLL. E o art. 34, por sua vez, o momento que tais registros passam a ter efeito para o cálculo dos juros sobre capital próprio.

Esse entendimento pode ser confirmado pela simples leitura da Exposição de Motivos da referida lei:

“O art. 32 considera a despesa registrada em decorrência de pagamentos baseados em ações como dedutível somente depois do efetivo pagamento, quando os valores forem liquidados em caixa ou em outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções de ações, quando liquidados com instrumentos patrimoniais. Justifica-se esse tratamento devido à atual obrigatoriedade de contabilização no resultado do pagamento baseado em ações, afetando imediatamente o lucro tributável pelo IRPJ. Importante que se diga, ainda, que o valor a ser considerado como dedutível será o valor efetivamente pago, quando a liquidação do pagamento baseado em ações for efetuado em caixa ou em outro ativo, enquanto que se a liquidação for efetuada com instrumentos patrimoniais, o valor dedutível será o valor reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial. Fazem-se necessárias essas previsões para minimizar divergências quanto ao tratamento tributário aplicado às operações que envolvem pagamento baseado em ações, assim como evitar que despesas não liquidadas em função do não cumprimento das condições para fruição do pagamento baseado em ações sejam consideradas dedutíveis”.

“O art. 33 define o momento exato em que os instrumentos patrimoniais decorrentes de pagamentos baseado em ações geram efeitos no cálculo dos juros sobre o capital próprio. Esse tratamento faz-se necessário para minimizar divergências quanto ao tratamento tributário aplicado às operações que envolvem pagamento baseado em ações, assim como evitar que registros em patrimônio líquido ainda não liquidados em função do não cumprimento das condições para fruição do pagamento baseado em ações produzam efeitos fiscais”.

Na bem da verdade, a utilização legislativa do termo “remuneração” para se referir ao valor das despesas com plano de ações (ainda que de forma inadequada) deve ser interpretada como um alinhamento com a linguagem contábil, em especial aquela adotada pelo CPC 10²¹, que reiteradamente utiliza esse termo (embora sem qualquer conotação jurídica).

E nem poderia ser de outra forma, pois não se pode admitir a adoção automática dos critérios contábeis para fins de aplicação da legislação tributária em razão da falta de previsão legal, imprescindível em matéria tributária, por força do art. 5º, II, e 150, I, da Constituição Federal.

Portanto, apesar de ter regulamentado a dedutibilidade das despesas com os planos de ações, entendemos que os arts. 33 e 34 da Lei nº 12.973/2014 não disciplinaram a incidência do IRPF e das contribuições previdenciárias, as quais permanece sujeitas às regras gerais de tributação por ausência de regulamentação específica.

Nesse passo, na concessão de plano de ações com natureza remuneratória (quando, por exemplo, concedida gratuitamente ações aos diretores), o valor de mercado quando do exercício deverá estar sujeito à tributação pelo IRPF à alíquota progressiva (0 à 27,5%), bem como às contribuições previdenciárias. A tendência dos Tribunais na esfera administrativa é considerar como aspecto temporal a outorga definitiva das ações (*vesting*). Confira-se, nesse sentido, entendimento da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento CARF no Processo nº 10980.724031/2011-88 – Acórdão 2401-003.045:

“ Muito discutiu o recorrente argumentando que não houve pagamento ou mesmo ganho, e portanto, a verba não poderia constituir salário de contribuição, sendo indevida o lançamento em relação a este período, o que não venho a concordar.

Argumenta que tão somente se o beneficiário vendesse a ação, poderia se vislumbrar alguma espécie de ganho, e mesmo assim, caso ocorresse, seria uma relação desvinculada da autuada, não havendo como estabelecer o liame jurídico, capaz de determinar sua sujeição passiva pelos créditos ora lançados.

Acho que o entendimento levado a efeito pela autoridade fiscal, encontra-se acertado. Ora, em que momento houve o “ganho”, ou conforme descrito anteriormente a remuneração indireta do trabalhador?

Acredito que, no momento em que houve o direito de opção (com a efetiva outorga) pela ações ocorreu, sim, o fato gerador, mesmo que não tenha havido a efetiva venda a terceiro, pois naquela oportunidade o mesmo integralizou a efetiva compra das ações sobre o preço de exercício, valor inferior aquela oportunidade ao preço de mercado, representando um ganho direto do trabalhador. Conforme demonstrado acima, houve o desvirtuamento do stock options em sua natureza inicial, qual seja, mera operação mercantil, razão pela qual procedeu o auditor ao lançamento do ganho real, (diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado no momento da opção pela compra de ações.). Não tivesse ocorrido ditos fatos não se discutiria a ocorrência do fato gerador, posto que não restaria caracterizada a remuneração indireta.

Afasto, dessa forma, o argumento de eventual diferença entre o valor da ação no

²¹ Conforme parágrafo 12 do CPC 10: “Via de Regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são outorgados aos empregados como parte do pacote de remuneração destes, adicionalmente aos salários e outros benefícios”.

pregão da bolsa e o valor da ação pago pelo beneficiário do Plano de Opção de Compra de Ações da Recorrente seria irrelevante e imprestável para a cobrança do tributo. Pelo contrário, ao fornecer o benefício ao trabalhador, inclusive com a possibilidade de venda, sem nem mesmo ter completado o prazo de carência determinado, ofertou a recorrente ao trabalhador um ganho indireto, cuja definição da base de cálculo deu-se sobre o ganho auferido pelo beneficiário.

Assim, como já demasiadamente descrito, realmente entendo que o ganho inicial pela outorga de ações não constitui salário de contribuição, vez tratar-se de operação mercantil, contudo, na forma como pago, representando um ganho na forma de utilidade (como veremos adiante), correto o lançamento realizado.

*Ademais, também afasto o argumento de que o fato gerador (se existisse) só se daria no momento da venda a terceiros. **O momento da ocorrência do fato gerador, deu-se com a concretização da opção, auferindo um ganho indireto. (o direito de compra). Não podemos dizer que se dará apenas com a venda, pois poderemos nos deparar com situações em que o empregado nunca realizasse essa venda. Mas, possua o “bem” (direito a ação) direito esse concedido, como no presente caso, pela contraprestação do serviços**”.* (destaques nossos)

De se salientar que, neste caso específico, caberia à fonte pagadora reter, além da contribuição previdenciária, o Imposto de Renda (IRRF). De fato, a 1ª Turma da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, apreciando o Processo nº 16327.720085/2013-26, como já ventilado, manteve multa isolada aplicada ao *Itaú-Unibanco*, justamente por ter a empresa deixado de reter na fonte o Imposto de Renda devido quando do adimplemento dos requisitos para exercício, pelos seus funcionários, do direito de compra de ações em Plano de *Stock Options*, cuja natureza mercantil, ainda no entendimento daquela Turma, havia sido desvirtuada para remuneratória.

Conforme Parecer Normativo 01/2002 da Secretaria da Receita Federal, quando a incidência na fonte tiver a natureza de antecipação do imposto a ser apurado pelo contribuinte, a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto extingue-se no prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste anual pelo funcionário.

Constatada a falta de retenção do imposto, antes da data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual (DIRPF), serão exigidos da fonte pagadora o imposto de renda pessoa física, a multa de ofício e os juros de mora. Após a referida data, serão exigidos da fonte pagadora a multa de ofício e os juros de mora isolados, calculados desde a data prevista para recolhimento do imposto que deveria ter sido retido até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual de pessoa física. Este entendimento encontra-se, inclusive, sumulado pelo CARF (Súmula nº 12).

Em havendo alienação posterior, estará ainda o beneficiário das ações sujeito ao ganho de capital – à exceção da isenção sobre transações de pequeno valor, R\$ 35.000,00 – tributável à alíquota de 15% sobre a diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição.

Por outro lado, caso as ações outorgadas não possuam natureza remuneratória, mas, sim, mercantil, os ganhos percebidos deverão apenas ser tributados como ganhos de capital da pessoa física, aplicando-se a alíquota de 15% sobre o valor da alienação das ações, descontada a eventual corretagem.

3.4 – Ganho Eventual

Embora impliquem em acréscimos patrimoniais em geral passíveis de tributação pelo IRRF, a Lei nº 8.212/91 dispõe, em seu art. 28, § 9º, alínea e, inciso 7, a não incidência de contribuição previdenciária sobre os ganhos eventuais desvinculados do salário. Confira-se:

*“Art. 28. (...)
 § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:
 (...)
 e) as importâncias:
 (...)
 7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário.”*

Referido comando legal corrobora com o entendimento de que a incidência das contribuições previdenciárias deve ficar limitada aos pagamentos realizados pela pessoa jurídica aos profissionais que assumam caráter de retributividade pelos serviços prestados e de habitualidade.

De se salientar que, na esteira desse entendimento, referido dispositivo chega a falar o óbvio, pois sobre ganhos eventuais jamais poderiam incidir contribuições previdenciárias, existindo ou não disposição legal nesse sentido.

Reitere-se que a própria Constituição Federal, em seu art. 201, § 11, prevê a incidência de contribuição previdenciária apenas sobre verbas pagas com habitualidade ao empregado, o que é seguido pelo legislador ordinário ao definir salário-de-contribuição como os ganhos habituais e retributivos do trabalhador (art. 28 da Lei nº 8.212/91).

Todavia, até mesmo em razão de entendimentos que atribuem a natureza salarial a todo e qualquer pagamento realizado em função de uma relação de trabalho, entendemos ter andado bem o legislador ordinário ao reconhecer expressamente a não incidência das contribuições sobre as verbas em comento.

Por outro lado, cumpre-nos pontuar quais parcelas estariam contidas dentro deste conceito e, conseqüentemente, excluídas da base de cálculo das contribuições. Contudo, como foi a intenção do legislador deixar a expressão “ganhos eventuais” em aberto, não há uma

definição legal do que estaria caracterizado como tal, ficando a cargo da jurisprudência, muitas vezes, analisar o caso concreto e reconhecer a eventualidade ou não dos pagamentos e a consequente incidência ou não de contribuições previdenciárias.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) há muito definiu que mesmo nos casos de abono salarial, pagos uma vez ao ano com base em Convenção Coletiva de Trabalho, cuja própria CLT, em seu art. 457, reconheceu como salário, não haveria a incidência de contribuições previdenciárias em razão da eventualidade no pagamento. Confira-se:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABONO ÚNICO. NÃO-INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.

1. Segundo iterativa jurisprudência construída por esta Corte em torno do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, o abono único previsto em convenção coletiva não integra o salário-de-contribuição. Precedentes. 2. A Primeira Turma deste STJ entendeu que "considerando a disposição contida no art. 28, § 9º, 'e', item 7, da Lei 8.212/91, é possível concluir que o referido abono não integra a base de cálculo do salário de contribuição, já que o seu pagamento não é habitual - observe-se que, na hipótese, a previsão de pagamento é única, o que revela a eventualidade da verba -, e não tem vinculação ao salário."

(REsp 819.552/BA, Min. Luiz Fux, rel. p. acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009 – destaques nossos).

Referido entendimento foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Nacional em Parecer PGFN/CRJ nº 2114/11, que determinou, inclusive, a desistência das ações e recursos e o reconhecimento dos pedidos que envolvessem a matéria.

E como não poderia deixar de ser, também no mesmo sentido manifestou-se o TST, reconhecendo que a parcela paga apenas uma vez ao ano, em comparação aos 13 salários de um empregado no ano, tem natureza eventual e, logo, não sofre incidência das referidas contribuições. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ABONOS. NATUREZA JURÍDICA. NORMA COLETIVA. O Regional consignou que a verba de abono prevista nos acordos coletivos é ganho eventual, paga em parcela única, excluída a sua incorporação definitiva ao salário. Nesse contexto, não se há falar no caráter salarial defendido pelo Autor, afastando-se a incidência do art. 457, § 1º, da CLT. Agravo de Instrumento não provido”.

(AIRR - 1285-15.2010.5.10.0021, Relator Juiz Convocado: Sebastião Geraldo de Oliveira, Data de Julgamento: 14/12/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011)

Veja-se, portanto, que este mesmo raciocínio deve ser aplicado em se tratando de bônus ou gratificações pagas eventualmente aos empregados da companhia, pois não podem integrar a base de cálculo das contribuições à luz do ditame constitucional e da Lei 8.212/91. Assim também decidiu o CARF:

“CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/03/2008 a 31/03/2008 EVENTUALIDADE. BÔNUS GERENCIAL. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. É eventual o pagamento efetuado pela empresa a título de bônus gerencial quando não caracterizado periodicidade ou habitualidade anual nos pagamentos. No caso concreto, a ocorrência de três pagamentos mensais a título de bônus gerencial em um período de cinco anos evidencia a eventualidade de tais ganhos, razão pela qual não há que se falar de sua integração ao salário de contribuição e consequente incidência de contribuição previdenciária. Recurso Voluntário Provido”.
(Recurso Voluntário nº 11030.720708/2012-91, 4ª Câmara, 3ª Turma Ordinária, Rel. Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, j. de 15/08/2013).

Por outro lado, há também a tese de que a possibilidade de se integrar as demais verbas pagas com habitualidade à base de cálculo das contribuições previdenciária estaria adstrita aos trabalhadores empregados, não extensível a todos os demais componentes do Regime Geral da Previdência – como, por exemplo, o diretor estatutário, contribuinte individual.

Nesse sentido, ensina Sérgio Pinto Martins²²:

“(...) inconstitucional a determinação do inciso I, do artigo 28, da Lei n.º 8.212 quando estende a incidência da contribuição previdenciária sobre os ganhos habituais dos trabalhadores avulsos. Se o constituinte quisesse fazer referência ao trabalhador avulso para fins de considerar os ganhos habituais, teria feito expressamente, porém não é esse o caso, visto que o parágrafo 11.º do artigo 201 da Constituição não menciona essa espécie de trabalhador, apenas o empregado. Assim, os ganhos habituais serão observados tanto em relação ao empregado urbano como ao rural, mas também para o trabalhador temporário, que não deixa de ser um empregado da empresa de trabalho temporário. Entretanto, não se aplicará tal orientação ao trabalhador autônomo e equiparado, ao empresário e ao segurado facultativo.”.

Assim, ainda com mais razão, indevida a tributação pelas contribuições previdenciárias incidentes sobre os ganhos eventuais (bônus, gratificações *etc*) de diretores estatutários não empregados.

Vale ainda destacar que constitui espécie de ganho/bônus eventual a gratificação que pode vir a ser paga pelas empresas quando do desligamento de um funcionário ou profissional autônomo da companhia, o que se convencionou chamar de “bônus de saída”.

Trata-se, em realidade, de uma liberalidade do empregador que, em reconhecimento aos serviços prestados, reconhece devida uma indenização pelos anos de dedicação do profissional e/ou por seu desligamento “precoce” da empresa. Muitas vezes, nos casos de profissionais com cargos elevados na cadeia empresarial, referidos valores envolvem, também, o que se convencionou chamar de “quarentena”, período geralmente de um ano em que a

²² MARTINS, Sérgio Pinto. *Ganhos habituais*. In *Jornal Carta Forense* (<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ganhos-habituais/6731>) de 02/03/2011.

empresa indeniza o profissional para que fique afastado do mercado de trabalho e não seja imediatamente contratado por empresas concorrentes.

De qualquer forma, o importante é que referidas verbas, além de caracterizarem pagamentos eventuais – que, na linha do que aqui se expôs, não integram a base de cálculo das contribuições –, possuem também caráter indenizatório e visam atingir profissionais que não estão mais no quadro de funcionários da companhia.

E, nesse passo, embora nem toda indenização esteja fora do campo de incidência do imposto sobre a renda, é possível defender inclusive o seu afastamento no caso, a teor do art. 29, incisos XVIII e XX, do RIR/99, porquanto não representariam um efetivo acréscimo patrimonial ao profissional, mas uma indenização em razão da rescisão do contrato de trabalho. Confira-se:

“Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:(...)

XVIII - a indenização destinada a reparar danos patrimoniais em virtude de rescisão de contrato (...)

XX - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS”.
(destaques nossos)

Em suma, se, por um lado, os benefícios do pagamento de ganho/bônus eventual alcançariam a não incidência de contribuição previdenciária (ainda com mais razão no caso de diretores não empregados) em todos os casos e, também de IRRF, nos casos em que consista em pagamento de verba indenizatória, por outro, oferecem riscos de autuação fiscal em razão da falta de segurança jurídica em sua delimitação, que é analisada caso a caso, por vezes de forma subjetiva, para verificar a ausência de habitualidade e de retributividade nas verbas pagas.

3.5 – Fundo de Investimento em Participações

O Fundo de Investimento em Participações (FIP) é estrutura jurídica voltada para atender investimentos de *private equity*, criada pela Instrução CVM nº 391/03. Segundo seu art. 2º, é constituído na forma de um condomínio fechado, como *“uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, (...) com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão*

(...)”, sendo reservado à participação de investidores qualificados, cujo rol está previsto na Instrução CVM nº 554/14 e exige que pessoas físicas naturais possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

As normas que determinam sua criação e funcionamento estão em sua maioria contidas nas Instrução CVM nº 391/03, posteriormente regulamentada pelas Instruções CVM nº 409/04, nº 539/13, nº 554 e nº 555, ambas de 2014, Lei nº 11.312/06 e Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil (IN RFB) nº 1.022/10 e nº 1.585/15.

As grandes vantagens do FIP consistem na ampla liberalidade das partes para a sua regulamentação, dotada de grande flexibilidade organizacional; na agilidade de sua constituição com o registro praticamente imediato e automático perante a CVM; nos menores custos operacionais se comparados com os de uma sociedade convencional (limitada ou anônima); e, também, no seu favorecido regime tributário instituído pela Lei nº 11.312/06.

Com efeito, nos termos do artigo 2º da Lei nº 11.312/06, os rendimentos auferidos pelos cotistas do FIP serão tributados somente quando do resgate ou da liquidação do fundo, à alíquota de 15% incidente sobre a diferença positiva entre o valor do resgate e o custo de aquisição das cotas²³.

Especificamente nos casos de alienação de cotas, a tributação se dá mediante as regras aplicáveis ao ganho de capital na alienação de bens e direitos. Já na hipótese de amortização, o IR incide sobre o valor que exceder o respectivo custo de aquisição da cota do FIP.

Ou seja, diferentemente do regime de tributação a que está sujeita uma sociedade convencional (limitada ou anônima) – que, via de regra, define o ganho ou a perda por competência –, a tributação do ganho no FIP, constituído sob a forma de condomínio fechado, é diferida, ocorrendo o fato gerador do Imposto sobre a Renda apenas na alienação, no resgate

²³ **Art. 2.** Os rendimentos auferidos no resgate de cotas dos Fundos de Investimento em Participações, Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes, inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.

§ 1º Os ganhos auferidos na alienação de cotas de fundos de investimento de que trata o caput deste artigo serão tributados à alíquota de 15% (quinze por cento):

I - como ganho líquido quando auferidos por pessoa física em operações realizadas em bolsa e por pessoa jurídica em operações realizadas dentro ou fora de bolsa;

II - de acordo com as regras aplicáveis aos ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza quando auferidos por pessoa física em operações realizadas fora de bolsa.

§ 2º No caso de amortização de cotas, o imposto incidirá sobre o valor que exceder o respectivo custo de aquisição à alíquota de que trata o caput deste artigo.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se somente aos fundos referidos no caput deste artigo que cumprirem os limites de diversificação e as regras de investimento constantes da regulamentação estabelecida pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 4º Sem prejuízo da regulamentação estabelecida pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de Fundo de Investimento em Empresas Emergentes e de Fundo de Investimento em Participações, além do disposto no § 3º deste artigo, os fundos deverão ter a carteira composta de, no mínimo, 67% (sessenta e sete por cento) de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição.

§ 5º Ficam sujeitos à tributação do imposto de renda na fonte, às alíquotas previstas nos incisos I a IV do caput do art. 1º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, os rendimentos auferidos pelo cotista quando da distribuição de valores pelos fundos de que trata o caput deste artigo, em decorrência de inobservância do disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo.

(...)”

ou na amortização das cotas do FIP, no chamado regime de caixa.

Veja-se, nesse sentido, o teor do art. 18 da IN RFB nº 1.585/15:

“Art. 18. Os cotistas dos fundos de investimento em ações serão tributados pelo imposto sobre a renda exclusivamente no resgate de cotas, à alíquota de 15% (quinze por cento).”

Diante desse cenário, somado à isenção instituída pelo art. 10 da Lei nº 9.249/95²⁴, temos que a remessa de valores aos cotistas do FIP proveniente de dividendos da companhia investida (se o caso) é isenta do Imposto de Renda, desde que observados os limites de diversificação e de composição de carteira, bem como regras de investimento estipuladas pela Lei nº 11.312/06.

Isso porque, determina o § 5º do seu art. 2º que apenas estarão sujeitos à tributação pelo IRRF (às alíquotas previstas nos incisos I a IV do caput do art. 1º da Lei nº 11.033/04 – 15% a 22,5%) os dividendos recebidos pelo cotista em casos em que houve desrespeito às limitações do instituto.

Assim, adotando-se o FIP para pagamento de remunerações variáveis aos diretores da companhia, observando-se o regramento de regência, as empresas economizariam não só no montante devido a título de IRRF, como também em relação às contribuições previdenciárias, não incidentes sobre pagamentos de dividendos.

Ocorre que, se, por um lado, a operação de pagamento de diretores por meio de FIP parece atrativa em função da economia tributária que oferece, por outro, há importantes riscos envolvidos no caso, principalmente no que concerne à **(I)** possibilidade de autuação fiscal por eventual ausência de propósito negocial no planejamento tributário; **(II)** necessidade de subscrição das cotas para participação no FIP; e **(III)** modificação do entendimento do Fisco com a equiparação introduzida pela recente IN RFB nº 1.585/15, que pode tornar exigível o IRRF sobre os dividendos da companhia investida distribuídos diretamente aos cotistas do FIP.

Primeiro quanto ao risco de autuação fiscal do planejamento tributário, insta salientar que a Receita Federal do Brasil, importando conceitos jurídicos norte-americanos, há muito

²⁴ “(...) Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

§ 1º No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados, a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

§ 2º A não incidência prevista no caput inclui os lucros ou dividendos pagos ou creditados a beneficiários de todas as espécies de ações previstas no art. 15 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ainda que a ação seja classificada em conta de passivo ou que a remuneração seja classificada como despesa financeira na escrituração comercial.

§ 3º Não são dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL os lucros ou dividendos pagos ou creditados a beneficiários de qualquer espécie de ação prevista no art. 15 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ainda que classificados como despesa financeira na escrituração comercial. (...)”

firmou o entendimento da necessidade de existência de propósito comercial nos negócios jurídicos realizados que impliquem na economia de tributos.

Esse posicionamento está embasado nos art. 166, 167 e 187 do Código Civil de 2002, bem como no parágrafo único do art. 116 do CTN, que permite a autoridade administrativa desconsiderar negócios jurídicos realizados para, de alguma forma, “mascarar” a ocorrência de fatos geradores. Esse entendimento, hoje, é absolutamente dominante no CARF. Confira-se:

“DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO. Devidamente demonstrado nos autos que os atos negociais praticados deram-se em direção contrária à norma legal, com intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária (art. 149 do CTN), cabível a desconstituição do suposto negócio jurídico realizado e a exigência do tributo incidente sobre a real operação.

SIMULAÇÃO/DISSIMULAÇÃO. Configura-se como simulação o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade, ao passo que a dissimulação contém em seu bojo um disfarce, no qual se encontra escondida uma operação em que o fato revelado não guarda correspondência com a efetiva realidade, ou melhor, dissimular é encobrir o que é.” (Acórdão nº 101-94.771, de 11/11/2004)

Por outro lado, no que diz respeito à necessidade de subscrição das cotas para participação no FIP, há um empecilho à adoção desta alternativa para remuneração da diretoria.

De fato, o FIP é um fundo destinado a investir em valores mobiliários de companhias abertas ou fechadas e, para tanto, deve possuir um significativo capital integralizado. Assim, à exceção da hipótese em que os participantes do fundo aceitem integralizar valores próprios, as próprias empresas teriam que ceder tais recursos voltados à integralização e aquisição de ações da companhia investida.

Ocorre que, em sendo referidos profissionais membros da diretoria, o problema jaz na natureza jurídica da transferência destes valores para que venham a ser integralizados por cada um dos beneficiários, podendo assumir o caráter de doação ou de mútuo.

Primeiro em relação à doação, além da incidência do ITCMD à alíquota de 4% (para o Estado de São Paulo), considerando a existência de relação de trabalho entre os diretores e a companhia e os elevados valores envolvidos, seria difícil afastar o reconhecimento de um caráter remuneratório das referidas verbas. Isso porque, embora não haja habitualidade no pagamento, a autoridade fiscal poderia questionar a retributividade da doação, sem falar que o CARF, como já se demonstrou, por vezes adotou posicionamento protecionista ao trabalhador

quando instado a se manifestar sobre a incidência de contribuições previdenciárias sobre valores significativos desvinculados do salário pagos a empregados.

Por outro lado, melhor cenário seria a realização de mútuo em favor dos diretores, com o pagamento mínimo de juros que justificassem a operação. Sobre essa alternativa incidiria o IOF à alíquota de 0,82% ao dia sobre o valor do empréstimo, limitado ao máximo de 2,9968%, além das receitas oriundas dos juros integrarem a base de cálculo das receitas financeiras da companhia, tributadas pelo PIS e pela COFINS desde o advento do Decreto nº 8.426/15.

Em ambos os casos, como já se alertou, não está descartado o questionamento por parte da autoridade fiscal da ausência de propósito negocial ou da caracterização das referidas verbas como remuneração, ao que sucederiam desdobramentos como a autuação das empresas para pagamento de Imposto de Renda e contribuições previdenciárias, além de juros e multas de mora e de ofício.

E, por fim, ainda que superados todos os pontos supracitados, não se pode deixar de alertar a recente modificação do entendimento do Fisco com a equiparação introduzida pela recente IN RFB nº 1.585/15, que passou a prever a incidência de IRRF sobre os dividendos da companhia investida distribuídos diretamente aos cotistas do FIP.

Com efeito, até o advento da IN RFB nº 1.585/15, a distribuição de dividendos pelo FIP aos seus participantes era isenta de IRRF a teor do art. 10 da Lei nº 9.249/95, e eventual ganho de seus cotistas teria tributação diferida por força do art. 2º da Lei nº 11.312/06, ocorrendo somente quando da alienação, resgate, ou amortização de quotas do fundo.

Contudo, com a introdução do art. 21 da indigitada Instrução Normativa, a Receita Federal do Brasil equiparou os dividendos atribuídos aos acionistas à amortização de quotas do próprio FIP. Confira-se:

“Art. 21. O administrador de fundo ou clube de investimento que destinar diretamente aos cotistas as quantias que lhes forem atribuídas a título de dividendos, juros sobre capital próprio, reembolso de proventos decorrentes do empréstimo de valores mobiliários, ou outros rendimentos advindos de ativos financeiros que integrem sua carteira, fica responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto sobre a renda:

I - como resgate de cotas, no caso de fundo constituído sob a forma de condomínio aberto; ou

II - como amortização de cotas, no caso de fundo constituído sob a forma de condomínio fechado.

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se, também, a qualquer fundo de investimento que tenha ações em sua carteira.”

Essa nova redação, por vias reversas, provocaria na tributação imediata dos dividendos distribuídos pelo IRPF à alíquota de 15%. E, embora referido entendimento implique em grave

ofensa ao princípio da legalidade tributária (passível, obviamente, de discussão judicial), a discussão ainda é embrionária e até o momento não se sabe de pronunciamentos exaurientes sobre a matéria no âmbito administrativo e judicial.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho buscamos demonstrar que a remuneração variável da diretoria estará sempre diretamente relacionada à natureza da relação de trabalho existente na prática de cada empresa, podendo assumir as mais variadas formas, cada qual com vantagens e riscos próprios. Confira-se um pequeno quadro-resumo:

	Vínculo de trabalho	Contribuições Previdenciárias	Imposto sobre a Renda	Tributação (alíquota)	Dedutibilidade IRPJ e CSLL (despesa operacional)	Risco de Autuação*
PLR	empregado	não	sim	Progressiva, máximo 27,5%	não em se tratando de administradores (conforme RFB)	Baixo
	não empregado	sim	sim	IR Progressiva, máximo 27,5%, Contribuições Previdenciárias 33% e FGTS 8%	não em se tratando de administradores (conforme RFB)	Alto
PLE	empregado	não	sim	Progressiva, máximo 27,5%	não	Baixo
	não empregado	não	sim	Progressiva, máximo 27,5%	não	Baixo
Ganho Eventual	empregado	não	sim (salvo se indenizatório)	Progressiva, máximo 27,5%	sim	Médio
	não empregado	não	sim (salvo se indenizatório)	Progressiva, máximo 27,5%	sim	Médio
Stock Option	empregado	não	sim	Ganho de Capital 15%		Baixo
	não empregado	não	sim	Ganho de Capital 15%		Baixo
FIP	empregado	não	sim	Diferido, Ganho de Capital 15%	não	Alta
	não empregado	não	sim	Diferido, Ganho de Capital 15%	não	Alta

* Segundo a nossa avaliação, considerando os pontos levantados em cada caso.

Primeiro quanto à Participação nos Lucros e Resultados dos empregados (PLR), vimos que o atual entendimento da Receita Federal do Brasil é de que está limitado apenas aos trabalhadores efetivamente empregados na empresa, não se estendendo aos diretores estatutários não empregados, e sujeito a um rigoroso processo de implantação, respeitando as regras delimitadas pela lei e os entendimentos exarados pela jurisprudência.

Ademais, eventuais valores pagos a “administradores empregados” da empresa a este título, não seriam dedutíveis do IRPJ e da CSLL, pelo atual posicionamento da Receita Federal.

Diferentemente, a Participação nos Lucros de Estatutários (PLE) poderia englobar apenas diretores estatutários não empregados, respeitadas as regras impostas pela LSA para sua constituição e distribuição. Porém, mesmo com a disposição expressa na LSA, há entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região de que o pagamento a este título não excluiria a incidência das contribuições previdenciárias, o que eleva o risco da opção pelo instituto.

Em relação aos Planos de *Stock Option*, mostramos que eles podem abranger tanto os casos de empregados como de não empregados, mas com a ressalva de que devem apresentar caráter mercantil, com **(a)** facultatividade (inexistência de obrigatoriedade) na adesão; **(b)** onerosidade na aquisição, ainda que inferior ao valor de mercado; e, **(c)** risco inerente ao mercado financeiro, para que não sejam considerados como remuneração para fins de incidência de contribuições previdenciárias e de IRPF.

As grandes vantagens dessa opção seriam o diferimento do pagamento de Imposto sobre a Renda sobre o Ganho de Capital (15%) para o momento de alienação das ações, a não incidência de contribuições previdenciárias e a preservação do caixa da companhia, sem a necessidade de desembolso imediato do montante acordado.

Por outro lado, um caminho mais simples seria o pagamento de ganho/bônus eventual, que poderia abranger tanto diretores empregados como não empregados. Aqui, à luz da atual jurisprudência do CARF, bastaria que os pagamentos não fossem realizados de forma habitual e nem em valores muito maiores do que a remuneração regularmente paga aos trabalhadores, mas apresenta o problema da insegurança jurídica em razão da subjetividade do Fisco ao analisá-los.

E, por fim, haveria ainda o caso do Fundo de Investimento em Participações (FIP), que, a teor do que foi ventilado, nos parece ser a alternativa com maiores riscos envolvidos, em termos de possibilidade de autuações.

Primeiro, diante da questionável exigência de propósito comercial nas operações realizadas pelas empresas. A simples economia de tributos poderia atrair uma indesejada autuação fiscal, com enquadramentos em negócios jurídicos simulados.

Segundo, porque há a questão da necessidade de enfrentar gastos com a integralização de capital no FIP, cuja transmissão não só seria tributada, como também assumiria os riscos de qualquer outra forma de pagamento de diretores (empregados ou não).

Terceiro, porque a Receita Federal do Brasil, recentemente, firmou o entendimento de que a distribuição de lucros da sociedade investida para os investidores do FIP não mais seria isenta, o que implicaria em elevados riscos de autuação, na necessidade de questionamento judicial ou mesmo na incidência de Imposto de Renda sobre Ganho de Capital à alíquota de 15%.

Assim, apresentamos e exploramos soluções para a remuneração variável de diretores de sociedades anônimas visando a economia de tributos, que deverão ser avaliadas caso a caso, a depender da situação fática da organização de cada empresa, do risco que se está disposto a assumir e dos custos envolvidos em cada uma das operações sugeridas.

BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. *Retirada de sócios e remuneração de administradores na legislação do imposto de renda*. In: Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, 14º Volume – Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais. Revista Dialética de Direito Tributário nº 238:69.
- BALERA e SIMÕES, Wagner e Thiago Tabora. *Participação nos Lucros e nos Resultados: Natureza Jurídica e Incidência Previdenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- _____. *Planejamento Tributário: perspectivas teóricas e práticas*. In: Revista de Direito Tributário, nº. 105, São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Imposto Sobre a Renda e Preços de Transferência*, São Paulo, Dialética, 2001.
- CARDOSO, Oscar Valente. *Contribuições previdenciárias e verbas controversas: stock options*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 198:107.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013 (29ª ed.) (1ª ed. 1986).
- _____. *Imposto sobre a renda – perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013 (25ª ed.).
- _____. *Direito Tributário Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2013 (5ª ed.).
- _____. *Entre a forma e o conteúdo na desconstituição dos negócios jurídicos simulados*. In: Revista de Direito Tributário, no 114, São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *A livre iniciativa no Direito Tributário Brasileiro*. In: Derivação e Positivção no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2011.
- CASTRO JR., PIRES e RIBEIRO, Paulo Honório de, Rodrigo Henrique e Gabriela Cristina Mota. *Diretrizes conservadoras para um plano de Participação nos Lucros e Resultados*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 242:72.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. *Tributação de stock options*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 127:57.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*, Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2004, (7ª ed.), p. 241-242.

CUNHA, Luiza Fontoura da. *Stock Options: uma análise sobre sua tributação*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 203:101.

ECO, Umberto. *Como Se Faz Uma Tese* (trad. pt. Gilson Cesar Cardoso de Souza). São Paulo: Editora Perspectiva, 2012 (24ª ed.).

EIZIRIK, Nelson. *Lei das S.A. comentada, Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2014.

GREETHAM, Bryan. *How to Write your Undergraduate Dissertation*. Nova Iorque: Palgrave Mcmillan, 2009 (1ª ed.).

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011 (32ª ed.).

MACHADO e MACHADO, Hugo de Brito e Hugo de Brito Segundo. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 231:135.

MANEIRA e SERRA LIMA, Eduardo e Daniel. *Participação nos Lucros e Resultados: Requisitos para a não Incidência da Contribuição Previdenciária na Visão do Carf*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 224:51.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Ganhos habituais*. In: Jornal Carta Forense (<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ganhos-habituais/6731>) de 02/03/2011.

MCNAUGHTON, Charles William. *Elisão e norma antielisiva – completabilidade e Sistema Tributário*. São Paulo: Noeses, 2014.

MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006 (5ª ed.).

_____. *Contribuições sociais no sistema tributário*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, QUINTELA e SAVASSI, André Mendes, Guilherme Camargos e Rafael França. *Plano de stock options: análise sobre o prisma da não incidência das contribuições sociais*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 214:32.

NOGUEIRA, Júlia de Menezes. *Imposto sobre a renda na fonte*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OGAWA e CASIRAGHI. *Considerações acerca da natureza jurídica e das regras de dedutibilidade dos planos de stock option no caso de pagamento a dirigentes estatutários*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 237:72.

OLIVEIRA, Arthur Nolasco de. *A incidência das contribuições previdenciárias sobre os planos de opção de ações (stock options)*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 238:57.

SANTOS, Ramon Tomazela. *A tributação do ganho de capital auferido por investidor não residente na alienação de cotas de Fundo de Investimento em Participações (FIP)*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 199:96.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 197-198.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Contribuições para a seguridade social à luz da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2013 (2ª ed).

WANDERLEY, Thiago Barbosa. *Stock Option: não incidência da contribuição previdenciária e momento da incidência do IRPF*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 238:126.