

Economic Analysis of Law Review

Programas de Incentivo à Produtividade Analisados sob as Jurisprudências do CARF e a Transferência do Risco Empresarial ao Trabalhador

Employee Productivity Incentive Programs Analyzed by Carf's Jurisprudences and the Transfer of Business Risk to Workers

Giovanna Rosa Perin De Marchi¹
Centro de Ensino Superior de Maringá (Unicesumar)

Juliana Marteli Fais Feriato²
Centro de Ensino Superior de Maringá (Unicesumar)

Carlos Araújo Leonetti³
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar, sob a ótica da análise econômica do direito, que programas de incentivo a produtividade, tais como o Programa de Participação nos Lucros e Resultados (PLR) e *stock options*, destinados a alinhar os interesses dos trabalhadores ao da empresa, podem trazer benefícios a todos. Trata-se, inclusive, de importante ferramenta para a retomada do desenvolvimento econômico brasileiro, que se encontra em crise desde 2014, oportunizada pela reforma da legislação trabalhista. Contudo, quando implementados de forma inapropriada, podem ensejar a transferência dos riscos da atividade empresarial aos seus empregados. Para tanto, faz-se necessária analisar a jurisprudência do CARF sobre o assunto, uma vez que o desvio de finalidade de tais programas somente pode ser constatado mediante averiguação fática.

Palavras-chave: Programas de Incentivo à Produtividade; Programa de Participação nos Lucros e Resultados (PLR); *Stock options*; Risco da Atividade Empresarial; Jurisprudência do CARF.

JEL: K00; K31; K34

ABSTRACT

This study intends to demonstrate, using Economic Analysis of Law, that Employee Productivity Incentive Programs, such as Profit-Sharing Plans and Stock options, aim to tie the employees and employer's interests and they can bring benefits to all. The programs can also be an important mechanism to recover Brazil's economy, that it is in crisis since 2014, thankfully to the 2017 reform of Labor legislation. Although, when these programs are implemented inappropriately, they can transfer the business risks to the workers. That is why, it's necessary to analyze CARF's Jurisprudences about these programs, once the misapplication of the programs can only be verified by factual examination.

Keywords: Employee Productivity Incentive Programs; Profit-Sharing Plans; Stock options; Business Risks; CARF's Jurisprudences.

R: 12/07/18 **A:** 07/04/21 **P:** 31/12/21

¹ E-mail: giovannaperin.adv@gmail.com

² E-mail: juliana_fais@icloud.com

³ E-mail: cleonetti37@gmail.com

1. Introdução

Os programas de premiação presentes no ordenamento jurídico brasileiro, oportunizam incentivos aos empregados, por meio de remuneração não salarial extra, desde que desempenhem seus trabalhos acima do ordinariamente esperado, o que consequentemente, aumenta a produtividade da própria empresa.

Diante da grave crise econômica e instabilidade política vivenciada pelo Brasil desde 2014, estragos provocados pela corrupção sistêmica, trazido à tona com os desdobramentos da Operação Lava Jato da Polícia Federal, a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) se tornou grande aliada à tentativa de soerguimento da economia do país, um estímulo ao setor empresarial para investir e contratar pessoas, sendo que, os programas de incentivo são uma das formas que contribuem para este objetivo, contemplados pela Reforma.

Nos termos da legislação vigente, os prêmios são definidos como importâncias pagas pelo empregador, ainda que habituais, por mera liberalidade, quando o empregado tiver desempenho superior ao ordinariamente esperado, no exercício de suas atividades, sendo que o pagamento poderá ser feito em forma de bens, serviços ou valor em pecúnia.

Dentre as formas de remuneração não salarial denominadas de prêmios, destacam-se dois tipos, os quais o presente estudo analisará sob a luz das decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: o Programa de Participação nos Lucros e nos Resultados e as *stock options*, ambos destinados a alinhar os interesses dos trabalhadores com o da empresa, trazendo benefícios a todos. Contudo, quando implementados de forma inapropriada, podem ensejar a transferência dos riscos da atividade empresarial aos seus empregados, havendo o desvirtuamento dos instrumentos.

O Programa de Participação nos Lucros e nos Resultados, disciplinada no Brasil pela Lei 10.101/2000, é o instrumento de integração entre capital e trabalho, que determina a possibilidade dos trabalhadores de participar nos lucros e nos resultados da empresa que trabalham, remuneração não salarial, que decorre de um acordo previamente estabelecido entre empresa e os empregados, o qual explicita expressamente e de forma clara os mecanismos para o seu cumprimento, a periodicidade e outros parâmetros.

Já as *stock options* ou planos de compras de ações, a empresa permite que seus empregados comprem suas próprias ações comercializadas na bolsa de valores, a um preço fixo, como forma de compensação pelo árduo trabalho executado, passando o empregado a ser acionista da própria empresa que trabalha.

Ambos os institutos foram objetos de mudança com a Reforma Trabalhista, cujos reflexos previdenciários interessam à Fazenda Nacional. Por esta razão, diante da inovação legislativa e da falta de definição legal conclusiva, analisa-se a jurisprudência consolidada e atual do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais sobre o assunto.

A Análise Econômica do Direito neste trabalho tem por escopo analisar as decisões dos agentes econômicos diante das normas jurídicas, fazendo-se uso das premissas da microeconomia, sobretudo, a racionalidade do comportamento diante do risco e a incerteza.

Portanto, o presente trabalho buscará analisar as decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, como agente econômico, diante da legislação existente de prêmios, tais como Programa de Participação nos Lucros e nos Resultados (PLR) e *stock options*, sob o viés da Análise Econômica do Direito.

2. Programas de Prêmios e Nova Legislação Trabalhista

Encontram-se, no ordenamento jurídico brasileiro, figuras de remuneração não salarial, as quais objetivam premiar o empregado no seu serviço, com o intuito de incentivar a produção, eficiência, qualidade e sua lealdade com a empresa. São permissões legislativas, pelas quais o empregador remunera seus empregados, por meio de um bônus e, em contrapartida, a legislação o desobriga de recolher as contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha salarial.

Esses incentivos buscam a melhora do ambiente de trabalho, proporcionando aos empregados remuneração não salarial extra, sempre que desempenharem seus trabalhos de maneira excepcional, consistindo em um estímulo à produção, à qualidade, capaz de ensejar maior competitividade da própria empresa no cenário que atua.

Os prêmios foram uma das matérias contempladas pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), necessária para adversar a legislação até então vigente, que era marcada por sua generalidade e abstração, inapta a regular o mercado de trabalho, tornando-se meio para o combate ao desemprego:

Com isso, ao contrário do que possa transparecer, o principal objetivo destas alterações legais no âmbito das relações de trabalho é adequar algumas situações à realidade socioeconômica e não retirar integralmente os direitos e garantias sociais constitucionalmente previstos. Tanto é verdade que, a Lei 13.467/17, que tratou da polêmica reforma trabalhista, apesar de alterar, de modo significativo, alguns dos direitos dos trabalhadores, fazendo prevalecer em alguns pontos o negociado entre as partes sobre as previsões legais, verifica-se que não houve por consequência desta, uma completa desregulamentação das normas trabalhistas, mas sim uma flexibilização, posto que, alguns direitos constitucionalmente previstos permanecem intangíveis, tais como salário mínimo, férias acrescidas do terço constitucional, 13º Salário, FGTS, repouso semanal remunerado, licença maternidade, aviso prévio e outros, conforme disposto em seu art.611-B.⁴

Diante da grave crise financeira que passa o país desde 2014, a Reforma Trabalhista se tornou grande aliada à reestruturação econômica e grande incentivo ao setor empresarial para investir e contratar pessoas. Os prêmios (programas de incentivo) são um dos atores que contribuem para este objetivo, sendo o instituto previsto expressamente no artigo 457, §§2º e 4º da suscitada legislação:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

⁴ CARVALHO, Alexandre Perazo Nunes de; NETO, Abimel Clementino Ferreira de Carvalho; GIRÃO, Henrique Andrade. A reforma trabalhista como consequência da necessidade de flexibilização das relações de trabalho diante da evolução da sociedade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 49-66, set./dez. 2017. doi:10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.18546. Acesso em: 09 jul. 2018.

Programas de Incentivo à Produtividade Analisados sob as Jurisprudências do CARF e a Transferência do Risco Empresarial ao Trabalhador

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.⁵

Portanto, segundo a definição legislativa, prêmios são as importâncias pagas pelo empregador, ainda que habituais, por mera liberalidade, quando o empregado tiver desempenho superior ao ordinariamente esperado, no exercício de suas atividades, sendo que o pagamento poderá ser feito em forma de bens, serviços ou valor em pecúnia.

De qualquer forma, os prêmios não são compreendidos como verba salarial, ou seja, desnecessário o recolhimento das contribuições previdenciárias. Essa nova redação do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho adveio com a reforma da legislação trabalhista pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, refletindo, diretamente nas decisões dos Tribunais e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Isto se dá diante da imprecisão legislativa da compreensão do que seriam os prêmios e a forma como se opera seu pagamento. Diante deste impasse, expediu-se a Medida Provisória 808/2017 em 14 de novembro de 2017, no intuito de delimitar a conceituação de prêmios, incluindo no Artigo 457 o parágrafo 22, o qual determina que:

§22. Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador, até duas vezes ao ano, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro, a empregado, grupo de empregados ou terceiros vinculados à sua atividade econômica em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.⁶

A alteração legislativa na conceituação de prêmios ocorreu devido a prática de excessos por parte dos empregadores, o que se podem notar pela inclusão da periodicidade na exposição de motivos da edição da medida provisória: “o objetivo aqui é manter o incentivo à remuneração por produtividade, mas evitar possíveis excessos por parte das empresas, limitando o pagamento de prêmios a duas vezes ao ano”.⁷

Entretanto, diante da não aprovação da medida provisória pelo Congresso Nacional e transcorrido o prazo legal de sua vigência, a alteração legislativa não se encontra vigente. O conceito de prêmios, portanto, permanece o de importâncias pagas pelo empregador, ainda que habituais, por mera liberalidade, quando o empregado tiver desempenho superior ao ordinariamente esperado, no exercício de suas atividades, sendo que o pagamento poderá ser feito em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro, não havendo qualquer periodicidade a ser respeitada.⁸

Outro destaque à reforma trabalhista, no que consiste prêmios, verifica-se no artigo 611-A, inciso XIV, o qual determina que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo.⁹

⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro, RJ, jun. 2018.

⁶ BRASIL. Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF, jun. 2018.

⁷ _____. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF, jun. 2018

⁸ ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Neoliberalismo e Flexibilização da Legislação Trabalhista no Brasil e na França. **Cadernos do CEAS**, Salvador/Recife, n. 242, p. 558-581, set/dez., 2017 | ISSN 2447-861X. Acesso em: 9 jul.2018.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro, RJ, jun. 2018.

Em relação à reforma trabalhista, as medidas, de início, se assentavam em dois pilares principais: a liberação da terceirização de atividades-fim, originalmente centrada no PLC nº 30/2015 (anterior PL nº 4330), e a prevalência do negociado sobre o legislado, sustentada nos Projetos de Lei nº 4193/2012 e 4962/2016.¹⁰

Esta inovação tem por escopo trazer segurança jurídica ao empregador, que concede programas de incentivo negociado em convenção coletiva e em acordo coletivo de trabalho, para que ele não seja condenado ao pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciários quando tais verbas forem entendidas como remuneração salarial.

Levando-se em consideração que, a legislação determina o direito ao recebimento do prêmio quando superado o desempenho ordinário e diante da nova redação do artigo 611-A, caberá aos empregadores instituir uma política de prêmio escrita, com regras claras e antecipadamente definidas e assinadas, bem como período de apuração e mapas escritos de apuração para definir o (não) atingimento das metas pelos empregados participantes.

Esta documentação é essencial para deixar claro que, aquele valor que está sendo pago constitui prêmio decorrente de uma campanha e não salário (parcela ordinária). A política de prêmio poderá ser instituída por grupos de empregados, logo, poderá ser feita por setores da empresa.

Em matéria previdenciária, a reforma trabalhista também surtiu efeitos na Lei 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da seguridade social, instituindo o plano de custeio e outras providências. O artigo inciso “z” do §9 do artigo 28 deste instrumento determina que, “as importâncias pagas à título de prêmios e abonos não integram salário de contribuição para os fins de recolhimento dos reflexos previdenciários”.¹¹

A alteração da norma de incidência das contribuições previdenciárias traz segurança jurídica, já que, apesar dos §§ 2º, 4º do art. 457 da Legislação Trabalhista determinarem expressamente que os prêmios e abonos não integram a remuneração também para fins previdenciários, afasta-se a possibilidade de se arguir que, por ser matéria tratada por norma específica, a alteração da legislação trabalhista não produziria efeito no que se refere ao custeio previdenciário.

A modificação da legislação previdenciária em conformidade com a reforma trabalhista se tornou necessária para atender os pedidos da classe empresária, no intuito de viabilizar o incentivo interno em suas empresas, de forma a melhorar sua competitividade dentro do mercado que atua.¹²

Portanto, levando-se em consideração as modificações legislativas, entende-se como sendo os prêmios a parcela paga ao empregado em decorrência de evento ou circunstância considerada como relevante pela empresa e vinculada à conduta individual do empregado, ou de grupo de empregados, compondo-se, em sua natureza, as características de contraprestação do trabalho prestado e estão vinculadas a certas circunstâncias objetivas e subjetivas, previamente pactuadas, que determinam o conceito do que seja desempenho superior ao ordinariamente esperado, tais

¹⁰ ARAÚJO et al. op. cit.

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de jul. de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências, Brasília, DF, jun. 2018.

¹² CARVALHO, et al. op. cit.

Programas de Incentivo à Produtividade Analisados sob as Jurisprudências do CARF e a Transferência do Risco Empresarial ao Trabalhador

como o aumento de vendas, captação de novos clientes, otimização de processos, que, se atingidas, ensejarão o pagamento do prêmio.¹³

Como visto, após a vigência da Lei nº 13.467/17 o prêmio, que tinha natureza salarial, passou a ter caráter indenizatório, não só para efeitos trabalhistas, como previdenciários, conforme se observa da nova redação do § 2º, art. 457 da CLT, pois, a lei estabelece que, verba paga a título de prêmio não se incorpora ao salário.

Desta forma, o pagamento de premiação poderá ser feito pelo empregador e, caso no futuro, ele pretenda suspender e cancelar o pagamento da premiação, poderá suspender sem o risco de vir a ser considerado como parcela irredutível e direito adquirido do empregado.

3. Programas de Incentivo à Produtividade e as Decisões do CARF

Dentre as formas de remuneração não salarial denominadas de prêmios, destacam-se dois tipos, os quais é feita a presente análise: o Programa de Participação nos Lucros e nos Resultados e as *stock options*, as quais passam a ser estudadas sob a luz das decisões do CARF.

3.1 Participação nos Lucros e Resultados

O Programa de Participação nos Lucros e Resultados (PLR), independentemente de sua denominação, é prática recorrente das empresas brasileiras e a estrangeiras há muitos anos. Usualmente, é vista como uma forma do empregado, seja de empresa privada, seja de estatal, participar mais ativamente da vida da empresa, alinhando-se, assim, ao lado de outros institutos como a representação nos órgãos colegiados, a possibilidade de apresentar ideias para aumentar a qualidade e/ou quantidade dos bens e serviços produzidos, ou para reduzir os custos, entre outros.

A PLR pode ser vista, também, como um instrumento para mitigar um dos aspectos mais criticados do capitalismo, qual seja o da alegada exploração dos trabalhadores pelos empresários, uma vez que somente estes (e os acionistas) usufruíam dos lucros. Com a PLR, os empregados também participam destes lucros, segundo regras preordenadas pela empresa.

A chamada PLR está disciplinada, no Brasil, pela Lei 10.101, de 12/12/2000, que resultou da conversão da medida provisória 1.982-77, do mesmo ano. A lei busca regular, segundo seus próprios termos, a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da respectiva empresa, “como instrumento de integração entre capital e trabalho e nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição”.¹⁴

Por seu turno, o supracitado dispositivo constitucional inclui entre os direitos dos trabalhadores a participação nos lucros e resultados, desvinculada da remuneração (sic), e excepcionalmente, participação na gestão da empresa, nos termos da lei. À luz da lei, a PLR deve decorrer de acordo, entre empresa e empregados, no qual devem ser explicitados os mecanismos

¹³ O desembargador Federal do Trabalho Sérgio Pinto Martins leciona que "a natureza jurídica do prêmio decorre de fatores de ordem pessoal relativos ao trabalhador, ou seja, seria uma espécie de salário vinculado a certa condição". MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Individual do Trabalho**. Atlas, 12ª Edição, 2017, pág. 234.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 10.101 de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Brasília, DF, jun. 2018

de aferição das informações necessárias ao seu cumprimento, além da periodicidade e outros parâmetros.

Dentre os critérios que podem ser considerados, a lei menciona: índices de qualidade, produtividade ou lucratividade da empresa e, programas de metas e resultados, previamente pactuados.

O art. 3º da lei é explícito, no sentido de que a PLR não substitui, nem complementa, a remuneração do empregado e, que sobre aquela não incide qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade. A mesma lei, no seu art. 3º, parágrafos 5º a 11º, deixa claro que, os valores recebidos a título de PLR são tributados pelo imposto sobre a renda, exclusivamente na fonte, com base na tabela progressiva anual. Todavia, a lei é omissa quanto à incidência de contribuição previdenciária.

A lei parece deixar claro que a PLR não tem caráter salarial, uma vez que não visa retribuir o empregado pelo trabalho prestado. O escopo da PLR, à luz da lei, parece ser o de estimular o empregado a desenvolver um esforço extra do qual decorra significativa melhora nos indicativos de produção ou lucratividade da empresa e/ou o atingimento de metas, segundo critérios e planos previamente acordados.

3.2 O Programa de Participação sobre os Lucros e Resultados (PLR) segundo o CARF

De modo geral, o CARF vem entendendo que não cabe a exigência de contribuição previdenciária sobre a PLR, desde que alguns requisitos sejam atendidos: o respectivo acordo, entre empresa e empregados, com a presença de, pelo menos, um representante sindical, tenha sido firmado e arquivado na entidade sindical competente, antes do início do respectivo período de apuração:

(...) CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA.

Como se conclui pela leitura do art. 7º, inc. XI, da Constituição Federal, a norma é de eficácia limitada, pois expressamente atribuiu à lei a competência para desvincular, da remuneração, a participação do trabalhador nos lucros ou resultados da empresa.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS PLR. REQUISITOS DA LEI Nº 10.101/2000. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO PRÉVIA DE CRITÉRIOS PARA RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO. DESCONFORMIDADE COM A LEI REGULAMENTADORA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

Os valores auferidos por segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social a título de participação nos lucros ou resultados da empresa, quando pagos ou creditados em desconformidade com a lei específica, integram o conceito jurídico de Salário-de-Contribuição para todos os fins previstos na Lei de Custeio da Seguridade Social.

A ausência da estipulação entre as partes trabalhadora e patronal, de metas e objetivos previamente ao início do período aquisitivo do direito ao recebimento de participação nos lucros e resultados da empresa, caracteriza descumprimento da lei que rege a matéria. Decorre disso, a incidência de contribuição previdenciária sobre a verba.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. ACORDOS SEM AUTENTICAÇÃO.

A Lei 10101/2000 não exige nenhuma outra formalidade especial, senão aquelas arroladas no seu art. 2º, dentre as quais não se encontra a necessidade de autenticação.

Programas de Incentivo à Produtividade Analisados sob as Jurisprudências do CARF e a Transferência do Risco Empresarial ao Trabalhador

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. ACORDO VIA COMISSÃO PARITÁRIA. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO.

A recorrente não demonstrou que a comissão escolhida pelas partes estava realmente integrada por um representante sindical, o que infringe o disposto no inc. I do art. 2º da Lei 10101/2000, inclusive com a redação anterior à Lei 12823/2013.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. EXISTÊNCIA DE REGRAS CLARAS E OBJETIVAS.

1. A clareza e a objetividade têm que ser das regras, não havendo qualquer vedação quanto ao estabelecimento de critérios comportamentais, cuja avaliação não é necessariamente subjetiva.

2. A psicologia revela que comportamentos podem sim ser mensurados de acordo com critérios objetivos de análise.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. VERIFICAÇÃO DE CUMPRIMENTO DOS ACORDOS COLETIVOS.

O sujeito passivo anexou à sua defesa administrativa as planilhas demonstrativas da mensuração das regras da PLR, o que, em verdade, sequer foi objeto de análise pela Delegacia de Julgamento.¹⁵

O acordo deve contemplar, de forma clara, mecanismos para aferição do cumprimento de metas. O entendimento da jurisprudência consolidada do CARF é de que, se as metas são definidas após o início do período, não estimularão nenhum esforço adicional (v.g. Acórdãos 9202-003.258 2ª Turma¹⁶; 2401-003.112 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária¹⁷).

Estes mecanismos podem ser indicadores de produtividade, qualidade ou lucratividade, e/ou ainda, projetos, metas e prazos. Ou seja, é preciso que o instrumento da PLR especifique formas de se aferir se houve melhora, qualitativa e/ou quantitativa, na empresa, em decorrência do desempenho dos empregados.

Ademais, este pacto entre empresa e empregados deve ter tido a participação de sindicato cuja base territorial inclua o local da empresa ou do estabelecimento considerado, em homenagem ao princípio da territorialidade e da unicidade sindical.¹⁸

¹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 19515.004118/2008-09. Relator: Joao Victor Ribeiro Aldinucci. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

¹⁶ _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 35301.001201/2007-07. Relator: Maria Helena Cotta Cardozo. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

¹⁷ _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 16682.720575/2011-11. Relator: Kleber Ferreira De Araújo. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

¹⁸ _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 10805.722955/2011-71. Relator: Wilson Antonio De Souza Correa. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

A periodicidade para pagamento da PLR não pode ser inferior à um semestre civil, nem pode ocorrer mais de duas vezes no mesmo ano civil, cumulativamente. De outra forma, o pagamento configuraria em complementação salarial, tributável por contribuição previdenciária¹⁹.

Caso o acordo, com posterior pagamento, for firmado após o período em que o incentivo à produtividade e sua aferição deveriam ocorrer, o pagamento será considerado mera liberalidade da empresa²⁰ e, neste caso, também será devida a contribuição previdenciária.

O Conselho também vem entendendo que a PLR somente pode ser paga a quem revestir a condição de empregado da empresa. Assim, pagamentos feitos a diretores não-empregados, por exemplo, ainda que a título de “participação nos lucros”, revestem natureza salarial e sofrem a incidência da contribuição previdenciária²¹.

Contudo, há entendimentos no sentido contrário²² compreendendo que diretores/administradores que não são empregados também fazem jus aos benefícios da PLR, uma vez que se incluem no conceito de trabalhadores e, nos objetivos da lei, visto que primam pelo sucesso da empresa.

Para o Conselho, desde que cumpridas as exigências da Lei 10.101/2000, a PLR não reveste natureza salarial, por não estarem presentes os requisitos da habitualidade e de contraprestação pelo trabalho realizado e, assim, não pode sofrer a incidência de contribuição previdenciária. Assim, a PLR decorre, eminentemente, de resultados e não da mera prestação de trabalho²³.

Neste giro, o mero trabalho do empregado, ainda que com assiduidade, responsabilidade e denodo não o credencia a receber a PLR. Se faz necessário que do seu trabalho resultem ganhos palpáveis, de caráter não ordinário, à empresa, aferíveis objetivamente mediante critérios previamente fixados.

¹⁹ _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 15504.724958/2014-08. Relator: Dione Jesabel Wasilewski. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018. _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 15504.724958/2014-08. Relator: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

²⁰ _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 37284.004284/2006-88. Relator: Gonçalo Bonet Allage. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

²¹ CARF. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 16327.721278/2011-32. Relator: Kleber Ferreira De Araujo. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018

²² _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 15504.021486/2008-81. Relator: Rycardo Henrique Magalhaes De Oliveira. Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018

²³ _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 35301.001201/2007-07. Relator: Maria Helena Cotta Cardozo. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018 _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 14485.000410/2007-44 Relator: Rycardo Henrique Magalhaes De Oliveira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

3.3 As *stock options* e a visão do CARF

As *stock options* ou planos de compras de ações, referem-se à compensação diferida, paga em ações, na qual a empresa permite que seus empregados comprem suas próprias ações comercializadas na bolsa de valores, a um preço fixo, como forma de compensação pelo árduo trabalho executado em prol da própria companhia.²⁴

O regime das *stock options* permite que os empregados comprem ações da empresa em um determinado período e por preço ajustado previamente. Se o valor da ação ultrapassar o preço, o beneficiário poderá obter lucro com a ação e, em consequência, duas alternativas lhe são oferecidas: revender de imediato a mais valia ou guardar seus títulos e se tornar um empregado acionista.²⁵

Para a formação do plano de opções de ações, são definidas regras, procedimentos e critérios para a sua produção de efeitos. Os planos têm de ser detalhados, na maioria das vezes, com informações acerca do tipo de ação a ser concedida, período de carência a ser respeitado, prazo de exercício da opção, dentre outros procedimentos a serem cumpridos para sua execução.²⁶

As ações não representam complemento da remuneração, mas sim, um meio de estimular o empregado a fazer coincidir seus interesses com o dos acionistas. Isto porque, se o valor das ações da empresa subir, beneficiarão com a revenda das ações.²⁷

O grande problema das *stock options* no Brasil na atualidade é o fato de carecerem de legislação própria e adequada para tratar do tema. Por esta omissão, esta forma de remuneração adentra na legislação geral e permissiva da legislação trabalhista, estipulada no artigo 457, §2º como sendo um tipo de prêmio, distinto das Participações dos Lucros e Resultados.

Apesar de não haver legislação própria para o tema, observa-se que há sua previsão e permissão, mas de forma genérica, no artigo 48 da Lei 4.728/1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para seu desenvolvimento, ao determinar expressamente que “Nas condições previstas no estatuto, ou aprovadas pela assembleia geral, a sociedade poderá assegurar opções para a subscrição futura de ações do capital autorizado”.²⁸

Onze anos mais tarde, a Lei 6.404/1976 que dispõe sobre as sociedades por ações também admitiu no parágrafo terceiro do artigo 168 a possibilidade do estatuto prever que a empresa, dentro do limite de capital autorizado e de acordo com o plano aprovado pela assembleia geral, outorgue a opção de compra de ações a seus administradores, empregados, qualquer pessoa natural que preste serviço à companhia ou a sociedade sob seu controle.²⁹

Sobre sua regulação, verifica-se:

Art. 166. O capital social pode ser aumentado:

²⁴ MOREIRA, Leandro de Assis. *Stock Options e a Relação de Emprego*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC (Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Belo Horizonte/MG, p. 24. 2016.

²⁵ SARTORELLI, Isabel Cristina. *Stock options: um ensaio teórico*. 2010. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade: Contabilidade) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.12.2010.tde-27082010-101354. Acesso em: 24 jun. 2018.

²⁶ SARTORELLI, op. cit.

²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 11ª Edição. São Paulo: LTr, 2017. p. 783.

²⁸ BRASIL. Lei 4.728 de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para seu desenvolvimento. Brasília, DF. Jun. 2018.

²⁹ _____. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF. Jun. 2018

III - por conversão, em ações, de debêntures ou parte beneficiárias e pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição, ou de opção de compra de ações;

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 assembleia-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.

Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

4º As demonstrações serão complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessárias para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício.

§ 5º As notas explicativas devem:

g) as opções de compra de ações outorgadas e exercidas no exercício;³⁰

Portanto, verifica-se com a edição da Lei 6.404/1976, a possibilidade de remunerar (de forma não salarial) seus empregados com ações da própria empresa, sendo necessário, para a adoção de planos de opção de compra de ações (que devem ser analisados pela Comissão de Valores Mobiliários quando a companhia for aberta), o cumprimento dos seguintes requisitos: previsão estatutária de capital autorizado e de outorga de opção de compra de ações com base em plano a ser aprovado pela assembleia geral; respeito aos limites do capital autorizado; aprovação do plano em assembleia geral; existência do plano tendo como destinatários os “administradores ou empregados ou pessoas naturais que prestem serviços à companhia”.³¹

No que consiste o permissivo legislativo na utilização das *stock options* na bolsa de valores brasileira, tem-se a deliberação da Comissão de Valores Mobiliários de n. 562/2008 que aprovou o Pronunciamento Técnico CPC10 (Comitê de Pronunciamentos Contábeis), publicada em 2008, que determina o pagamento baseado em ações.³²

Destaca-se que, a decisão em participar ou não do plano de opções de ações oferecido pela empresa é de cunho do empregado, sendo que, com a modificação na legislação trabalhista e na previdenciária, tal remuneração não reputa salário contribuição. Entretanto, não é desta forma que vem entendendo a autoridade fiscal desde 2014.

Isto se dá diante da indefinição da natureza jurídica deste tipo de remuneração, causada pela omissão legislativa. A falta de previsão normativa gera incerteza do seu tratamento fiscal, previdenciário e trabalhista, visto que, se as *stock options* são vistas como verba de natureza salarial, ficam sujeitas ao tratamento fiscal e previdenciário das verbas trabalhistas, tais como as comissões e o salário contribuição. Em contrapartida, caso entendidas como sendo de natureza indenizatória, isto é, como prêmios, não se incide os reflexos previdenciários e trabalhistas.

³⁰ BRASIL. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF. Jun. 2018.

³¹ SARTORELLI, op. cit.

³² Idem; ibidem.

Programas de Incentivo à Produtividade Analisados sob as Jurisprudências do CARF e a Transferência do Risco Empresarial ao Trabalhador

Com a edição da lei 12.973/2014, a Receita Federal começou a autuar as grandes companhias que faziam uso das *stock options*. Isso se deu mediante a interpretação extensiva do artigo 33 e 34 da lei:

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.³³

Entretanto, a interpretação extensiva, compreendendo as *stock options* como salário contribuição com incidência dos reflexos trabalhistas e previdenciários inviabiliza seu próprio instituto.

Ademais, o próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 110, sob os auspícios do princípio da legalidade, determina a impossibilidade de a “lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.³⁴

Entende-se que, os planos de opções de compra de ações nada mais são do que oportunidades de investimentos sujeitos aos riscos e volatilidade do mercado inerentes às referidas operações financeiras, justificando que a relação estabelecida no âmbito das *stock options* é do tipo mercantil, ligada a operação financeira, injustificada a incidência de contribuição social e demais reflexos tributários.³⁵

Necessário pontuar que as *stock options* foram criadas e existem em prol dos empregados e das próprias companhias. Isto, pois, viabilizam a fidelização do empregado para com a empresa, que se ao se tornar acionista, trabalhará para que esta se valorize no mercado ações, uma vez que, se beneficiará com venda de suas ações.

Com a modificação da legislação trabalhista e com o acolhimento da legislação previdenciária, é possível compreender as *stock options* como um tipo de prêmio, sem incidência dos

³³ BRASIL. Lei 12.973 de 13 de maio de 2014, que altera a legislação tributária federal. Brasília, DF. Jun. 2018

³⁴ BRASIL. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF.

³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Natureza do Stock Option no Direito do Trabalho**. Suplemento OT – Legislação, Jurisprudência e Doutrina, ano XXIV, n.11, p.3, São Paulo: Thomson IOB, nov. 2005.

reflexos trabalhistas e previdenciário. Todavia, nos poucos casos já analisados pelo CARF, verificou-se que, o instituto tem sido desvirtuado no plano fático.

Segundo o CARF, para que não incida as contribuições sociais e previdenciárias sobre as *stock options*, faz-se necessária a presença do risco, ou seja, de que o empregado compre as ações a preço justo de mercado e tenha o risco da volatilidade do mercado de ações.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES STOCK OPTIONS NATUREZA SALARIAL DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO Em ocorrendo o desvirtuamento do stock options em sua concepção inicial, seja, pela adoção de política remuneratória na forma de outorga de ações, possibilidade de venda antecipada, estabelecimento do custo de R\$1,00, correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração.

Na maneira como executado, como a minimização do risco pelo baixo custo e possibilidade de venda, sem nem mesmo ter o direito a totalidade das ações, passa a outorga de ações a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o trabalhador a opção de ganhar com a compra das ações.

Não fosse essa a intenção da empresa, por qual motivo a recorrente teria estabelecido valores tão baixos. Correta a indicação de base de cálculo como o ganho real, (diferença entre o preço de exercício, previamente estipulado, e o preço de mercado no momento da compra de ações.), desde que constatado a natureza salarial da verba.³⁶

Observa-se o desvirtuamento da figura das *stock options* pela empresa no caso acima, uma vez que, ao estipular valores irrisórios à título de compra das ações da Companhia (R\$1,00 cada), configurou-se remuneração indireta.

Destaca-se outro caso, cujo entendimento se deu de igual forma:

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS NATUREZA SALARIAL DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO.

Em sua concepção original o stock option é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime de opção de compra de ações por preço prefixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo inicialmente caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso do contrato de trabalho.

Em ocorrendo o desvirtuamento do stock options em sua concepção inicial, qual seja, mera operação mercantil, seja, pela concessão de empréstimos, possibilidade de venda antecipada, troca de planos, correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração.

³⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 16327.721267/2012-33. Relator: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

Programas de Incentivo à Produtividade Analisados sob as Jurisprudências do CARF e a Transferência do Risco Empresarial ao Trabalhador

Na maneira como executado, passa o negócio a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o empregado a opção de GANHAR COM A COMPRA DAS AÇÕES; não fosse essa a intenção da empresa, por qual motivo a recorrente teria alterado os planos existentes em 2006 e 2007, permitido empréstimos cuja quitação dava-se pela venda de ações cujo totalidade do direito ainda não havia se integralizado ou recebimento de participação em lucros e resultados, em relação a contribuintes individuais.

Correto o procedimento fiscal que efetivou o lançamento do ganho real, (diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado no momento da compra de ações.), considerando os vícios apontados pela autoridade fiscal.

PLANO DE OPÇÃO PELA COMPRA DE AÇÕES STOCK OPTIONS PARA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR INDEPENDENTE SE AS AÇÕES FORAM VENDIDAS A TERCEIROS.

Acredito que, no momento em que houve a outorga da opção de ações aos beneficiários ocorreu, sim, o fato gerador, mesmo que não tenha havido a efetiva venda, pois naquela oportunidade o mesmo integralizou a efetiva opção das ações sobre o preço de exercício, valor inferior naquela oportunidade ao preço de mercado, representando um ganho direto do trabalhador.

UTILIDADES FORNECIDAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTRIBUENTES INDIVIDUAIS CONSTITUEM SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

O fato de o dispositivo legal previdenciário não ter detalhado expressamente o termo “utilidades”, como fazendo parte do salário de contribuição dos contribuintes individuais, não pode, por si só, ser o argumento para que as retribuições na forma de utilidades sejam afastadas como ganho indireto dessa categoria de trabalhadores. O texto legal não cria distinção entre as exclusões aplicáveis aos empregados e aos contribuintes individuais.

PLANOS ANTERIORES A 2004 AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NO RELATÓRIO FISCAL DOS FUNDAMENTOS PARA DESCARACTERIZAÇÃO DOS PLANOS.

Partindo do pressuposto de que os planos de opções de compra de ações (Stock Options) possuem natureza mercantil. Cabe a autoridade fiscal o ônus de demonstrar e comprovar que houve desvirtuamento dos referidos planos, a ponto de que venham a ser desnaturados como decorrentes de uma operação mercantil e caracterizados como remuneração indireta. Não comungo do entendimento de que a ausência de demonstração do desvirtuamento dos planos de opções de compra de ações (Stock Options) trate-se de mero vício formal, posto que caso a fiscalização não demonstre o efetivo desvirtuamento há de ser mantida a natureza mercantil dos referidos planos, que não se sujeitam à incidência de contribuições previdenciárias, o que acarreta a improcedência do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 OMISSÃO EM GFIP PREVIDENCIÁRIO STOCK OPTIONS

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.: “informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)”.

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e conseqüente concordância com os termos da autuação.³⁷

O caso mais emblemático discutido no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais foi o caso Itaú, sessão de 21/03/2018 pela 2ª Turma da Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a qual reafirmou a incidência de contribuição previdenciária sobre planos de *stock options* oferecidos pelo Itaú Unibanco a diretores do banco.³⁸

Em fevereiro de 2015 a 1ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção havia entendido que os ganhos dos diretores nos planos de compra de ações do banco Itaú não tinham natureza de salário, visto que possuíam caráter mercantil, afastando-se a incidência de contribuição previdenciária. Entretanto a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) recorreu para a Câmara Superior, que reverteu o entendimento, pelo voto de qualidade.

No voto do Relator, o Conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior, justifica-se a incidência das contribuições, pois segundo documentos apresentados pelo Itaú à *US Securities and Exchange Commission* (equivalente norte-americana à Comissão de Valores Mobiliários), há a confirmação de que o próprio banco descreve o plano como sendo uma forma de remuneração variável aos funcionários. E, também, constatou-se que o acordo dava margem para que o Comitê de Opções do Itaú Unibanco, gestor dos planos oferecidos aos empregados, ajustasse o preço de exercício, tratando-se de uma forma de contraprestação pelo trabalho, não havendo risco ao empregado, desvirtuando o plano.

No plano analisado, a participação era pessoal e intransferível e o funcionário receberia a ação de forma gratuita, em troca de trabalhar na empresa ao longo do período de carência. Caso o diretor deixasse o Itaú no período, ele não poderia comprar as ações pelo preço de exercício.

Portanto, levando-se em consideração a jurisprudência consolidada do CARF, o entendimento majoritário é de que as *stock options* podem ter natureza indenizatória, sem incidência dos reflexos previdenciários, desde que cumpridos os requisitos necessários, ou seja, que o funcionário pague efetivamente pelas ações, por preço de acordo com o mercado, sendo necessário que as ações estejam sujeitas às variações de mercado, havendo o risco do investimento, assumido inteiramente pelo funcionário.

Todavia, a divergência que ainda paira sobre o assunto faz urgir a intervenção do Direito a fim de determinar a natureza jurídica desses institutos e seus requisitos. Nos Estados Unidos, por exemplo, existe uma separação normativa entre *stock options* estatutárias e não estatutárias. As primeiras são remuneratórias e sobre elas incidem contribuições previdenciárias, enquanto as últimas não têm natureza jurídica salarial e, por isso, não incidem tais contribuições.

As diferenças dependem de quem as recebe, como os preços são fixados, bem como as regras para exercer o direito de opção. Assim, as estatutárias são concedidas apenas aos empregados, o preço deve ser o de mercado no momento da concessão e, uma vez, exercida a opção, o empregado deverá manter a propriedade de suas ações por no mínimo um ano. Já as não

³⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 10980.724030/2011-33 Relator: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

³⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Especial n. 16327.721357/2012-24. Relator: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

estatutárias, são concedidas a qualquer pessoa da empresa, a qualquer preço, não havendo restrições no exercício da opção.

4. Os Programas de Incentivo a Produtividade sob a Ótica da AED

Com o cenário de crise econômica e instabilidade política, instaurado no país desde meados de 2014, graves efeitos da crise macroeconômica estatal foram sentidos pela classe empresária, tornando-se necessária a existência de instrumentos jurídicos eficazes para incentivar investimento de capital externo no país, através de investimento nas existentes empresas brasileiras ou abertura de novas empresas estrangeiras no solo brasileiro. A reforma trabalhista e incentivo aos prêmios, tornaram-se meios para retomada do desenvolvimento econômico do país.

A Análise Econômica do Direito neste trabalho, em especial, tem por escopo analisar as decisões dos agentes econômicos diante das normas jurídicas, fazendo-se uso das premissas da microeconomia, sobretudo, a racionalidade do comportamento diante do risco e a incerteza. Ou seja, no presente caso, busca-se analisar as decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, como agente econômico, diante da legislação existente de prêmios, tais como PLR e *stock options*.

Trata-se da “aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e influência da lei e das instituições jurídicas”³⁹. Os agentes econômicos agem, racionalmente, conforme estímulos normativos, portanto, a Análise Econômica do Direito viabiliza a função indutora das normas, ou seja, trata-se de método de avaliação dos efeitos econômicos da legislação e da aplicação da lei sobre a sociedade, em consonância com os valores do Direito.⁴⁰

Podemos, portanto, dizer que o direito versa sobre eficiência, em vez de justiça? Com certeza, versa sobre ambos. Procurar meios para que a lei possa fazer justiça é uma das grandes missões do direito – em qualquer sistema. Essa é uma missão de honra, na qual o direito vem tendo bastante sucesso. Mas o direito também pode estar relacionado com o uso mais eficiente dos recursos escassos da sociedade; ele pode criar incentivos para que as pessoas se comportem de maneira mais produtiva, ou mesmo mais justa. O moderno estudante de direito precisa saber os dois aspectos da matéria – suas habilidades para a justiça e para a criação de incentivos para o comportamento eficiente. É comum que esses dois objetivos possam ser alcançados simultaneamente e não estejam em tensão um com o outro⁴¹.

Portanto, a tomada de decisão racional decorre da análise dos custos e benefícios em busca da maximização do bem-estar de cada indivíduo. Ao realizar esse cálculo, os indivíduos averiguam os custos e benefícios monetários ou não. Portanto, é possível afirmar que indivíduos respondem a incentivos, tais como preços, leis e riscos.

As decisões dos agentes econômicos não recaem apenas sobre determinados bens, mas também, abrangem o elemento incerto que é o risco, fenômeno do qual se tem menos conhecimento estatístico, nas quais se estimam as possibilidades de resultado sem parâmetro

³⁹ ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Apud FERIATO, Juliana Marteli Fais. Estratégias político-econômicas de subsídios no âmbito da organização mundial do comércio. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis/SC, 2015, p. 55.

⁴⁰ FERIATO, Juliana Marteli Fais. **Estratégias político-econômicas de subsídios no âmbito da organização mundial do comércio**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis/SC, 2015, p. 56.

⁴¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luiz Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 8-9.

prévio, também denominada de custo, sendo que aquele que se lança em um projeto incerto é chamado de empreendedor.

Por não haver meios de reduzir a incidência do risco, necessário que o agente o assuma, havendo muitas formas de fazê-lo: absorver, desviar para terceiro ou segurar. Raramente os riscos são absorvidos pelos agentes, uma vez que, tendem a transferi-los a terceiros. A contratação do seguro é um exemplo disso.

A teoria da aversão ao risco explica que as incertezas e os riscos influenciam a tomada de decisão, haja vista que, os indivíduos respondem a incentivos, neste caso, tendem a evitar o risco.

Todavia, cabe ressaltar que o risco é inerente a atividade empresarial, não podendo o empresário transferi-lo a seus empregados. Segundo Mackaay e Rousseau “as empresas comerciais, apresentam, em geral, riscos não seguráveis em vista de seu caráter único e do risco moral que apareceria no seu negócio”.

Sob esse aspecto, pode-se afirmar que, a empresa constitui organismo econômico que combina uma série de fatores de produção, organizada pelo empresário, o qual, assume o risco do negócio.

Nota-se que, o risco é caráter essencial da empresa, sendo o lucro sua recompensa: sem lucro, inexistente a remuneração, devendo ainda, o empresário cumprir com as obrigações assumidas (salários, pagamento a fornecedores, tributos e etc.) independentemente do êxito.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 2º deixa bem claro que o risco deve ser sustentado pelo empresário: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

As empresas, portanto, devem, em relação a seus empregados, suportar os custos de transação, os quais, envolvem: a) custos da busca para a realização do negócio; b) custos de negociação e c) custos do cumprimento.

Nada impede que as empresas busquem amenizar o risco do negócio por meio de programas de compliance, uma vez que, “(...) a implementação e manutenção de um Programa de Compliance efetivo deve ser capaz de fortalecer o cumprimento das normas e das políticas internas da empresa, além de mitigar os riscos causados por atos empresariais”.

O que se pretende aqui é demonstrar que, tais riscos não podem ser terceirizados aos seus empregados.

Ao analisar a jurisprudência do CARF, sobretudo em relação as stock options, constatou-se que, o fator risco é preponderante para constatar se o programa constitui salário para fins de contribuições previdenciárias. Nesse sentido, foi possível verificar que, quando o empresário reduz o risco do programa a seus empregados, ele passa a ter natureza remuneratória e, portanto, não se enquadra como prêmio, sendo necessário o recolhimento dos reflexos trabalhistas e previdenciários sob estes valores pagos.

Da mesma forma, há que se cuidar para que todo o risco do negócio não seja transferido aos empregados. Se o salário do empregado depender, exclusivamente, de sua contribuição para o crescimento e valorização da empresa, o programa também perderá seu propósito, uma vez que, transfere todo o risco do negócio aos empregados.

Programas de Incentivo à Produtividade Analisados sob as Jurisprudências do CARF e a Transferência do Risco Empresarial ao Trabalhador

Igualmente, em relação aos programas de PLR, verifica-se que, as limitações legais têm por escopo resguardar o empregado para que sua remuneração não esteja restrita ao cumprimento do programa e, por isso, a necessidade de se constatar a natureza jurídica de verdadeiro prêmio e, não remuneração pelo desempenho ordinário de suas funções.

Portanto, nota-se que, a divergência jurisprudencial é apenas aparente, uma vez que, devido a complexidade dos fatos, os programas de incentivos a produtividade devem ser tratados casuisticamente, um por um, a fim de que não se desvirtue de sua verdadeira finalidade, isto é, como prêmio e não salário, constituindo verdadeiro incentivo a produção e a efetiva participação dos trabalhadores na vida da empresa.

Com isso, empregados motivados pela meritocracia acabam por ter o mesmo interesse que o da empresa: aumento da produtividade, aumento do lucro, maiores benefícios para todos.

5. Conclusão

Dentre as formas de remuneração não salarial denominadas de prêmios na legislação trabalhista e previdenciária, dois tipos foram analisados pela jurisprudência consolidada do CARF, sob o viés da Análise Econômica do Direito: o Programa de Participação nos Lucros e nos Resultados e as *stock options*.

Buscou-se analisar as decisões dos agentes econômicos diante das normas jurídicas, fazendo-se uso das premissas da microeconomia, sobretudo, a racionalidade do comportamento diante do risco e a incerteza. A tomada de decisão racional decorre da análise dos custos e benefícios em busca da maximização do bem-estar de cada indivíduo. Ao realizar esse cálculo, os indivíduos averiguam os custos e benefícios monetários ou não, respondendo, os indivíduos, a incentivos, tais como preços, leis e riscos.

Os riscos são raramente assumidos pelos agentes, que sempre tendem a transferi-los a terceiros. Entretanto, na atividade empresarial o risco é eminente, não podendo ser transferido aos empregados. O risco é caráter essencial da empresa, sendo o lucro sua recompensa.

Com o Programa de Participação nos Lucros e nos Resultados e as *stock options*, sem lucro, inexistente a remuneração extra, sendo o risco fator necessário para o não desvirtuamento dos institutos. O risco, que é inerente da atividade empresarial, não pode, de nenhuma forma, ser transferido ao empregado. Neste caso, o empresário ainda deverá cumprir com as obrigações assumidas, tais como salários, pagamento a fornecedores, tributos, entre outros, independentemente do êxito.

Ao analisar a jurisprudência do CARF, sobretudo em relação as *stock options*, verificou-se que, o fator risco é necessário para constatação se o programa constitui salário para fins de contribuições previdenciárias. Quando o empresário reduz o risco do programa a seus empregados, desvirtua-se o instituto, sendo que o prêmio passa a ter natureza remuneratória e, portanto, necessário o recolhimento dos reflexos trabalhistas e previdenciários sob estes valores pagos.

Em suma, conclui-se com o presente estudo que a divergência jurisprudencial é apenas aparente, sendo devida a análise factual do processo, estudo do caso em análise que discute os programas de incentivos a produtividade, para que não seja desvirtuada sua verdadeira finalidade, isto é, remuneração extra do tipo de prêmio e não salário de contribuição, sendo ambos institutos

de meritocracia, ou seja, de verdadeiro incentivo ao aumento da produção, do lucro da empresa, trazendo maiores benefícios aos empregados que passam a ter o mesmo objetivo que a empresa.

6. Referências

ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Neoliberalismo e Flexibilização da Legislação Trabalhista no Brasil e na França. **Cadernos do CEAS**, Salvador/Recife, n. 242, p. 558-581, set/dez, 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª Edição. São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro, RJ, jun. 2018.

_____. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF, jun. 2018

_____. Lei nº 8.212, de 24 de jul. de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências, Brasília, DF, jun. 2018.

_____. Lei n. 10.101 de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Brasília, DF, jun. 2018.

_____. Lei 4.728 de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para seu desenvolvimento. Brasília, DF. Jun. 2018.

_____. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF. Jun. 2018.

_____. Lei 12.973 de 13 de maio de 2014, que altera a legislação tributária federal. Brasília, DF. Jun. 2018.

_____. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF. Jun., 2018.

_____. Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF, jun. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 35301.001201/2007-07. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 16682.720575/2011-11. Relator: Kleber Ferreira De Araújo. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

**Programas de Incentivo à Produtividade Analisados sob as Jurisprudências do CARF e a
Transferência do Risco Empresarial ao Trabalhador**

- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 19515.004118/2008-09. Relator: Joao Victor Ribeiro Aldinucci. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 10805.722955/2011-71. Relator: Wilson Antonio De Souza Correa. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 15504.724958/2014-08. Relator: Dione Jesabel Wasilewski. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 15504.724958/2014-08. Relator: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 37284.004284/2006-88. Relator: Gonçalo Bonet Allage. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 16327.721278/2011-32. Relator: Kleber Ferreira De Araujo. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 15504.021486/2008-81. Relator: Rycardo Henrique Magalhaes De Oliveira. Autos. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 14485.000410/2007-44. Relator: Rycardo Henrique Magalhaes De Oliveira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 16327.721267/2012-33. Relator: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 10980.724030/2011-33. Relator: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.

- _____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Especial n. 16327.721357/2012-24. Relator: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 24 jun. 2018.
- CARVALHO, Alexandre Perazo Nunes de; NETO, Abimel Clementino Ferreira de Carvalho; GIRÃO, Henrique Andrade. A reforma trabalhista como consequência da necessidade de flexibilização das relações de trabalho diante da evolução da sociedade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 49-66, set./dez. 2017.
- CASTRO, Moema Augusta Soares de. FERREIRA, Fabio Marques. A Atuação da Empresa e sua Organização no Mercado. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, p. 277 a 306, jul./dez. 2011.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luiz Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FERIATO, Juliana Marteli Fais. **Estratégias político-econômicas de subsídios no âmbito da organização mundial do comércio**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis/SC, 2015.
- FERREIRA, Braulio Cavalcanti. QUEIROZ, Bruna Pamplona de. GONÇALVES, Everton das Neves. Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. **Economic Analysis of Law Review**, V. 9, no 1, p. 259-276, Jan-Abr, 2018.
- MACKAAY: Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Individual do Trabalho**. Atlas, 12ª Edição, 2017.
- _____. **Natureza do Stock Option no Direito do Trabalho**. Suplemento OT – Legislação, Jurisprudência e Doutrina, ano XXIV, n.11, p.3, São Paulo: Thomson IOB, nov. 2005.
- MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock Options e a Relação de Emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC (Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Belo Horizonte/MG, 2016.
- SARTORELLI, Isabel Cristina. **Stock options: um ensaio teórico**. 2010. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade: Contabilidade) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.12.2010.tde-27082010-101354. Acesso em: 24 jun. 2018.