



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.720153/2014-38
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-008.244 – 2ª Turma
Sessão de 22 de outubro de 2019
Matéria PLR - ADMINISTRADORES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado B3 S.A. - BRASIL, BOLSA, BALCAO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

PLR - PROGRAMA DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. ADMINISTRADORES DIRETORES ESTATUTÁRIOS. RELAÇÃO TRABALHISTA. NATUREZA.

Considera-se diretor não empregado aquele que uma vez eleito para cargo de direção das sociedades anônimas, não mantenha as características inerentes à relação de emprego.

Compete ao sujeito passivo, no caso, a comprovação da existência da relação de emprego.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Ana Paula Fernandes e João Victor Ribeiro Aldinucci, que não conheceram do recurso. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões do recurso voluntário, vencidos os conselheiros Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz, João Victor Ribeiro Aldinucci e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe negaram provimento.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, João Victor Ribeiro Aldinucci, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Maurício Nogueira Righetti, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (51.011.153-0) referente às contribuições previdenciárias a cargo da empresa incidentes sobre os valores pagos aos administradores a título de Participação nos Lucros no período de 01/2009 a 12/2010.

O Termo de Verificação Fiscal encontra-se às fls. 251/266.

A DRJ de São Paulo julgou procedente o lançamento às fls. 369/390.

Por sua vez, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara deu provimento ao Recurso Voluntário por meio do acórdão 2401-005.676 - fls. 452/462.

Na sequência, a Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial às fls. 464/477, pugnando, ao final, fosse reformado o acórdão recorrido, mantendo-se o lançamento em sua integralidade.

Em 16/1/19 - às fls. 480/490 - foi dado seguimento ao recurso, para que fosse rediscutida a matéria "**PLR - Pagamento a diretores contratados como empregados**".

Cientificado em 23/4/19, o sujeito passivo apresentou - tempestivamente em 7/5/19 - contrarrazões ao recurso da fazenda, pugnando pelo não conhecimento do recurso ou, no caso de seu conhecimento e provimento, pelo seu retorno a turma *a quo* para que haja a apreciação das demais matérias constantes no Recurso Voluntário (fls. 500/525).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti - Relator

Do conhecimento.

O Recurso Especial é tempestivo. Passo, com isso, à análise dos demais requisitos de admissibilidade.

Como já relatado, o recurso teve seu seguimento admitido no que tange à matéria "**PLR - Pagamento a diretores contratados como empregados**".

Em contrarrazões, o sujeito passivo traz uma série de ponderações para concluir que o recurso não deve ser conhecido.

Aduziu que duas teriam sido as premissas utilizadas pelo acórdão guerreado para dar provimento ao recurso voluntário. Seriam elas:

1 - Fiscalização não fundamentou porque, em sua visão, um “administrador” não poderia ser empregado, haja vista a existência de previsão expressa na legislação previdenciária da figura do diretor empregado, consoante artigo 9º, I, a, do Decreto nº 3.048/99 (citado pelo acórdão, que reproduz o quanto disposto no artigo 12, I, a, da Lei nº 8.212/91); e

2 - A Fiscalização não comprovou a ausência dos elementos caracterizadores da relação de emprego, consoante artigo 3º da CLT.

Com isso, prosseguiu ao afirmar que analisando o inteiro teor do Termo de Verificação Fiscal, não se verificaria, em nenhum momento, o apontamento do porquê um “administrador” não poderia ser empregado, tampouco o TVF indicaria qual dos requisitos da relação de emprego estaria ausente no caso concreto. Exatamente os fundamentos apontados pelo acórdão recorrido para prover o apelo da Recorrida.

Para ilustrar a tese, colacionou excerto do voto condutor, nos seguintes termos:

“Como se constata, a motivação carreada ao lançamento pelo fiscal, para concluir pela incidência da contribuição previdenciária sobre o pagamento da participação dos lucros, foi tão somente pelo fato do pagamento ter sido efetuado aos administradores.

Ocorre que existe uma falha no lançamento fiscal quanto a motivação relativa à incidência tributária no pagamento do PLR. O fiscal partiu do pressuposto de que o diretor administrador não poderia ser empregado, no entanto, não explicita, em linguagem clara e objetiva, qual o impedimento existente para a conclusão disposta na autuação.

No TVF o Auditor Fiscal discorre, ainda, sobre o seu entendimento de que a única lei a regular essa matéria seria a Lei 10.101/2000 e que, por tratar apenas do pagamento de PLR a empregados, exonera apenas os trabalhadores que laboram sob a proteção da CLT. No entanto não traz as razões de onde está a proibição de que diretores administradores não poderiam ser empregados”. (fl. 7 do acórdão recorrido).

[...]

Não vejo como razoável a descaracterização da condição de empregado dos diretores, apenas pelo fato destes exercerem a função de administrador, embora o contribuinte os tenham contratado como empregados e todas as declarações apresentadas à fiscalização corroborem com essa condição. Não há lógica jurídica, dentro dos fatos narrados pelo próprio Auditor Fiscal, o desfazimento do contrato sob a forma da CLT, sem a indicação clara e precisa de que inexistia subordinação jurídica inerente à relação de emprego. Não foi comprovado que os diretores não prestaram os serviços de forma pessoal, de maneira não eventual, com subordinação e mediante pagamento de salário”.

Assim, como a decisão prolatada pela turma *a quo* teria versado sobre a impossibilidade de a Fiscalização desconsiderar os vínculos trabalhistas (fase antecedente) constituídos pela Recorrida e seus diretores sem a devida fundamentação jurídica para isso e sem a comprovação fática da ausência dos requisitos da relação de emprego, o apelo de divergência endereçado a essa C. CSRF deveria buscar desconstituir esse fundamento, o que não teria acontecido.

E ainda, quisesse a PGFN reverter o que restou decidido pela turma *a quo*, deveria, primeiramente, ter endereçado recurso a essa C. Câmara Superior com o fito de consignar a lisura do procedimento adotado pela Fiscalização.

Com efeito, concluiu que haveria um erro de premissa que macularia por completo o conteúdo do recurso.

Ainda em outro ponto, passou a sustentar a imprestabilidade dos acórdãos paradigmas.

Quanto a isso, cumpre destacar que o próprio despacho de admissibilidade entendeu como válido a demonstrar a divergência apenas o acórdão paradigma de nº 2402-004.914, razão pela qual, a presente análise restringir-se-á a ele.

Prosseguindo, asseverou que não haveria similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, na medida em que o paradigma teria alcançado entendimento acerca da possibilidade da incidência de contribuições previdenciárias a partir do acervo probatório que foi construído naqueles autos de forma específica, enquanto que no acórdão atacado, a discussão teria sido voltada acerca da (irregular) desconsideração do vínculo trabalhista, é dizer, haveria ausência de provas e elementos trazidos pela Fiscalização para desconstituir esses vínculos trabalhistas.

Por fim, ainda no tocante ao conhecimento, sustentou que esta Turma não teria competência para apreciação de conteúdo exclusivamente probatório, posto que seria necessário reavaliar fatos e provas para alterar eventual entendimento acerca da regularidade desses vínculos trabalhistas, prática essa que seria vedada pela pacífica jurisprudência desse E. Conselho Administrativo.

Não assiste razão ao sujeito passivo.

As razões de decidir do voto condutor do acórdão vergastado, em que pese não serem exatamente as mesmas utilizadas no acórdão paradigma, conduziram a conclusões diametralmente opostas em situações fáticas semelhantes, evidenciando distintas interpretações à legislação.

Veja-se como pontuou o despacho de admissibilidade:

No acórdão recorrido, os administradores da sociedade eram considerados empregados pelo sujeito passivo, sendo que tal condição foi verificada em declarações apresentadas pela empresa como GFIP, DIRF e DIPJ, onde foram qualificados como diretores com vínculo empregatício.

Haja vista esse reconhecimento de vínculo o colegiado entendeu que a auditoria fiscal deveria ter demonstrado que não se

tratava de vínculo empregatício, principalmente a inexistência de subordinação jurídica.

No primeiro paradigma, por sua vez, a situação fática é semelhante, qual seja, administrador de sociedade anônima é considerado pela empresa como segurado empregado. No entanto, o Relator parte do princípio de que se considera contribuinte individual o diretor eleito por assembléia geral dos acionistas, argumentando que o segurado empregado eleito para administrador de sociedade tem o contrato de trabalho suspenso durante o exercício do cargo, em face da incompatibilidade da ocupação simultânea das posições de empregado e empregador.

Em outras palavras, a situação fática, vale dizer, "administrador eleito de sociedade anônima é considerado pela empresa como segurado empregado" é a mesma em ambos os casos, à luz do mesmo arcabouço normativo, em que pese os julgados terem dado a ela diferentes desfechos. No daqui, exigiu-se que a Fiscalização fizesse a prova da inexistência de subordinação, com o fim de descaracterizar a relação empregatícia; no de lá, que pelo fato de serem eleitos, a condição de não empregado se mostrava evidente.

Diferentemente do que foi sustentado, para a solução da matéria devolvida a este Colegiado não haverá apreciação/reexame de conteúdo probatório, mas sim dos diferentes critérios jurídicos empregados pelos acórdãos, frente a documentos de mesma natureza e no tratamento dos fatos por eles retratados.

É dizer, o reexame das provas, aqui resumido em se determinar se a prova é ou não hábil a demonstrar a existência de determinado fato, não se confunde com o exame do critério jurídico empregado no tratamento desse fato então comprovado.

Com efeito, forte nos fundamentos acima, encaminho por conhecer do recurso da Fazenda Nacional.

Do mérito

Inicialmente, oportuno destacar que em **função do recurso em exame** não há discussão quanto à incidência da exação em tela sobre os pagamentos efetuados a administradores **não** empregados à título de PLR. O que se discute é se os diretores do contribuinte ostentam, ou não, a condição de empregados. Caso, positivo, os pagamentos àquele título, a eles direcionados estariam, em tese, a salvo da incidência.

Chama à atenção o sujeito passivo, que caso superadas as ponderações, com o conhecimento do recurso em apreço e seu provimento no mérito os autos deveriam retornar Câmara baixa para a apreciação de tópico destacado no excerto que colacionou, extraído do voto condutor do acórdão apelado, com vistas a se evitar a supressão de instância. Veja-se:

Diante do exposto, entendo que deve ser declarada a improcedência do lançamento.

Em face do entendimento supra, tenho por prejudicado o pleito recursal pertinente a possibilidade de pagamento de PLR aos administradores não empregados com fundamento na lei específica (Lei nº 6.404/76); ao adicional de 2.5%; a incidência

dos juros de mora sobre a multa de ofício; o relatório de vínculos.

De fato, revisitando seu recurso voluntário e o relatório do acórdão recorrido, pode-se perceber a necessidade do retorno dos autos à Câmara baixa para prosseguir no julgamento das demais matérias, na hipótese de ser dado provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Na sequência, em contrarrazões, sustentou o sujeito passivo que o fato de a eleição dos diretores da Recorrida constar do Estatuto Social da companhia, assim como o fato de tais trabalhadores possuírem alguns poderes de gestão (os quais são limitados e subordinados), não definiria a forma que os serviços seriam prestados e, conseqüentemente, a forma de contratação do trabalhador.

Mencionou que, inclusive, tal entendimento estaria em consonância com a própria orientação pacífica e consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, cristalizada na Súmula nº 269/TST. Ainda aduziu que a demonstração da presença desses requisitos teria sido realizada durante a fiscalização, restando inequívoco que os seus diretores seriam efetivamente empregados para todos os fins. O próprio Agente Fiscal teria reconhecido no TVF a existência e validade desse vínculo, como bem denotado pelo acórdão recorrido.

E concluiu no sentido de que se **havia um contrato de trabalho validamente firmado entre a Recorrida e seus empregados** e se a Constituição Federal, bem como a legislação de regência negam a natureza remuneratória dos pagamentos realizados a este título, **o único meio** que poderia, em tese, autorizar a exigência das contribuições previdenciárias combatidas, seria a desconsideração dos contratos, sob o fundamento de que teria sido ajustado com a exclusiva “finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo”, no caso, de uma verba remuneratória.

Em seguida, mencionou que a competência para tal desconsideração – acaso ela fosse possível, o que se mencionaria somente para argumentar – seria **exclusiva** da Justiça do Trabalho, conforme dispõe o artigo 114, da Constituição Federal.

Quando a isso, é de se destacar que a Fiscalização, em momento algum, reconheceu a validade desses vínculos como sendo empregatício. Muito pelo contrário, em diversas passagens daquele relato fez constar o equívoco dessa pretensa condição de empregado, à luz dos poderes e atribuições conferidas pelo Estatuto aos referidos diretores. Veja:

Apesar da previsão estatutária de. que a Administração da sociedade compete ao Conselho de Administração e à Diretoria, conforme descrito no item 5 anterior, o contribuinte considera seus Diretores como 'empregados da 'Sociedade, conforme se Verifica nos documentos declaratórios' (i) GFlp — Guia , de-Recolhimento do 'Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social, (ii).DIRF — Declaração de Imposto ,de Renda Retido na Fonte e (iii) DIPJ — Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica.

[...]

Porém, independentemente da classificação, atribuída pelo contribuinte a seus Diretores nos documentos declaratórios, eles são de fato Administradores da Sociedade, conforme se verifica nos seguintes documentos elaborados pelo próprio contribuinte:

[...]

Em resposta ao Termo de Intimação Fiscal, apresentada à fiscalização em 25/02/2014, o contribuinte informa que todos os seus diretores — incluindo os diretores executivos (dentre os quais se encontra o diretor presidente) — são contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho como efetivos empregados da Companhia, razão pela qual se incluem no Plano de Participação dos Lucros ou Resultados, firmado com base na Lei nº 10.101/2000.

Em outras palavras, não houve por parte do autuado, ao menos pelo que consta dos autos, sequer a tentativa de demonstrar à Fiscalização que estivessem presentes os requisitos da relação de emprego, mas sim a singela afirmação, por meio do petitório de fls. 17, nos seguintes termos:

Inicialmente, vale destacar que todos os diretores — incluindo os diretores executivos (dentre os quais se encontra o diretor presidente) — são contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho como efetivos empregados da BM&FBOVESPA, razão pela qual se incluem no Plano de Participação nos Lucros ou Resultados, firmado com base na Lei nº. 10.101/2000.

Impõe-se destacar que o ônus da comprovação da existência de vínculo empregatício compete àquele a quem aproveitará, consoante se denota da inteligência do § 2º do artigo 229 do Dec 3.048/99.

Ou seja, se uma vez constadas as condições da relação de emprego consignadas no inciso I do artigo 9º daquele decreto, competirá ao Auditor Fiscal, quando diante de uma relação formal diversa, comprovar e promover o correto enquadramento como segurado empregado; parece-me razoável que, de outro giro, caso a demonstração dessa relação empregatícia seja do interesse do sujeito passivo, a este último caberá o ônus dessa comprovação, sob pena de se exigir do Fisco a produção de prova negativa.

De igual sorte, não se identificou nos autos a apresentação desses supostos contratos de trabalho formais, o que é, inclusive, corroborado pela afirmação que constou da decisão de primeira instância no sentido de que "Durante a auditoria fiscal, foram examinados os seguintes documentos, fornecidos pela empresa: Folha de Pagamento; GFIP; DIPJ – Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica; DIRF – Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte; Planilhas com os valores recebidos a título de PLR pelos diretores estatutários; Organogramas da empresa dos anos 1999 a 2001 e 2005; Atas de Reunião de Diretoria, do Conselho de Administração, e de Assembléias Ordinárias e Extraordinárias."

Por outro lado, o artigo 33 da Lei nº 8.212/91 estabelece:

Art. 33. A Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas

à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

Ademais, é sempre bom destacar que o inciso VII do artigo 149 do CTN estabelece que o lançamento será efetuado, dentre outros casos, quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação. No mesmo sentido, *mutatis mutandi*, o § 2º do artigo 229 do Dec 3.048/99, *in verbis*:

Art. 229. *O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:*

[...]

*§ 2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, **deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.***

Nesse sentido, a autoridade administrativa fiscal possui prerrogativa de desconsiderar atos ou negócios jurídicos que não reflitam a realidade, sendo tal poder da própria essência da atividade fiscalizadora, que não pode ficar adstrita aos aspectos formais dos atos e fatos. Assim, uma vez verificado que o sujeito passivo utiliza-se de simulação ou de fraude para se esquivar do pagamento de tributo, o Auditor Fiscal tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos, por ele constatados, em detrimento da verdade jurídica aparente (formal).¹

Prosseguindo, é de se reconhecer que o tema ainda é polêmico na doutrina e na jurisprudência.

Não há dúvidas de que a própria legislação admite a existência de diretores empregados, que seriam enquadrados como "segurados empregados", e de diretores não empregados, enquadrados como "contribuintes individuais". O que diferenciaria um do outro é, a meu ver, a permanência das características inerentes à relação de emprego, ladeada à forma de ingresso no cargo - por contratação/promoção ou por eleição - consoante estabelecem os §§ 2º e 3º do artigo 9º do Decreto 3.048/99.

Art. 9º *São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:*

[...]

*§ 2º Considera-se **diretor empregado** aquele que, participando ou não do risco econômico do empreendimento, **seja contratado ou promovido para cargo** de direção das sociedades anônimas, **mantendo as características inerentes à relação de emprego.***

*§ 3º Considera-se **diretor não empregado** aquele que, participando ou não do risco econômico do empreendimento,*

¹ Excerto do voto condutor do acórdão 2401-005.850, de 7/11/18

seja eleito, por assembleia geral dos acionistas, para cargo de direção das sociedades anônimas, não mantendo as características inerentes à relação de emprego.

Ainda sobre o tema, o Enunciado de Súmula 269/TST ao assentar que "***o empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego***" procurou dar mais peso à questão da subordinação do que à forma de ingresso propriamente dita.

O que não quer dizer que não seja um importante elemento para dar início à investigação sobre a existência, ou não, da subordinação.

Sobre o assunto, peço licença para citar excerto do artigo publicado pelo advogado trabalhista Paulo Valed Perry Filho², identificado na rede mundial de computadores, como segue:

O fato é que, como mandatário ou como órgão da sociedade, as situações de gestão do negócio e de subordinação jurídica são contraditórias e excludentes, conduzindo ao raciocínio de que não há relação de emprego para tais diretores. Portanto, com base nesta vertente clássica, os diretores recrutados externamente não podem ser considerados empregados, pois o vínculo é de natureza estatutária e não submetido às normas trabalhistas.

E prosseguiu o autor no sentido de que "os diretores das sociedades anônimas recrutados externamente não são empregados, pois, na verdade, são órgãos da própria sociedade, com amplos poderes de gestão e que comandam os negócios e as decisões estratégicas da empresa. Assim, não é viável cumular, em uma única situação, as condições de empregado e empregador, pois não podem ser subordinados a si mesmos."

Ainda conforme o autor:

Soma-se a este aspecto o fato de que a vinculação dos atos de gestão dos diretores às diretrizes do Conselho de Administração ou da Assembleia Geral e, em última análise, ao próprio estatuto da sociedade anônima, não deve ser considerada como subordinação jurídica (principal elemento caracterizador da relação de emprego), pois as atribuições inerentes à administração da sociedade não se confundem com tal elemento característico do contrato de trabalho. Importante relembrar que os diretores de sociedade anônima, em tese, não estão subordinados a qualquer chefe ou empregador imediato, mas apenas vinculados ao Conselho de Administração ou a Assembleia Geral. Como já dito, ele são considerados órgãos da administração da sociedade e não empregados da mesma, não estando sob o poder diretivo do empregador. Neste contexto, as relações havidas entre os diretores e o Conselho de Administração nas sociedades anônimas são regidas pelas

² PERRY FILHO, Paulo Valed. Os diretores de uma S.A. são empregados?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1367, 30 mar. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9668>. Acesso em: 28 ago. 2019

determinações contidas na Lei nº 6.404/76 e no próprio estatuto social, não restando caracterizada a subordinação jurídica na acepção trabalhista e, por corolário, a relação de emprego.

Contudo, não é possível generalizar e acolher integralmente uma das teorias existentes. É certo que a presença de indícios como a limitação dos poderes de mando e de gestão e a existência de uma fiscalização mais rígida dos atos do diretor pelo Conselho de Administração, em parâmetros superiores as próprias normas do estatuto da sociedade, podem conduzir o julgador à ilação de existência da subordinação jurídica, com o conseqüente reconhecimento do vínculo empregatício. Por outro lado, a eleição do diretor nos termos da lei, o exercício regular do poder de representação e de gestão da sociedade, bem como a observância das regras estatutárias tendem a afastar a possibilidade de reconhecimento de relação de emprego eventualmente postulada perante a Justiça do Trabalho.

Note-se que, nesse rumo e segundo entende o autor, para que fosse evidenciada a subordinação jurídica na relação entre o diretor eleito e Conselho de Administração, haveriam de estar presentes indícios - frise-se, não apontados pelo autuado - tais como a limitação dos poderes de mando e de gestão e a existência de uma fiscalização mais rígida dos atos do diretor pelo Conselho de Administração, **em parâmetros superiores as próprias normas do estatuto da sociedade.**

Por outro lado, como bem salientou a Fiscalização, os diretores, **eleitos pelo Conselho de Administração para o exercício de mandato**, também exerciam, de forma bastante significativa, a administração da empresa, é o que se depreende dos excertos a seguir, extraídos do Estatuto Social da empresa, já citado pelo Fisco.

Artigo 31. *A Diretoria é o órgão de representação da Companhia, competindo-lhe praticar todos os atos de gestão dos negócios sociais. Compete aos Diretores: (i) cumprir e fazer cumprir este Estatuto, as deliberações do Conselho de Administração e da Assembléia Geral; (ii) praticar, dentro das suas atribuições, todos os atos necessários ao funcionamento regular da Companhia e à consecução do objeto social; e (iii) coordenar as atividades das sociedades controladas da Companhia.*

Artigo 38. *A Diretoria exercerá as seguintes atribuições:*

[...]

(d) autorizar previamente a aquisição ou alienação, pela Companhia ou por suas controladas, de bens móveis ou imóveis, a constituição de ônus reais ou gravames de qualquer natureza sobre tais bens, a tomada de empréstimo, financiamento, e a concessão de garantia real ou fidejussória, em valores que representem responsabilidade inferior ao Valor de Referência previsto no Parágrafo único do Artigo 29;

[...]

(f) decidir, por solicitação do Diretor Presidente, sobre qualquer assunto que não seja de competência privativa da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração.

Veja-se que os poderes de administração, realmente amplos, reconheça-se, só eram limitados por força do próprio estatuto social, evidenciando uma dependência societária (subordinação de órgão a outro órgão) e não trabalhista (no plano pessoal).

Como decorrência, "Nesse caso, o diretor possui mais autonomia para atuar de forma a obter os resultados pretendidos, sem precisar se submeter a uma relação de subordinação muito intensa. Ainda assim, está subordinado — somente — ao Conselho de Administração. Geralmente, sua atuação é votada e autorizada pelos acionistas." ³

Nesse mesmo sentido tem-se o noticiado no sítio <http://www.guiatrabalhista.com.br/noticias/trabalhista050506.htm>. Confira-se:

O empregado eleito como diretor ou administrador de sociedade anônima passa a ser o representante legal da pessoa jurídica e, nessa condição, tem seu contrato de trabalho suspenso. Com esse esclarecimento, feito pelo juiz convocado Walmir Oliveira da Costa (relator), a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou agravo de instrumento a um ex-diretor do Banco Nossa Caixa S/A. O autor do recurso pretendia o reconhecimento do caráter trabalhista da relação mantida com a sociedade anônima.

A decisão do TST resulta na manutenção de acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (com sede em São Paulo), que negou a existência do vínculo de emprego. Segundo o TRT paulista, o diretor foi indicado pelo Governo do Estado e aprovado pelo Banco Central e, na condição de representante da empresa, não poderia ao mesmo tempo ser empregado da sociedade que representava.

“Note-se que o diretor foi indicado diretamente por dois governadores, sendo que o Estado de São Paulo detém a maioria do capital social integralizado do banco. Por outro lado, não se trata de trabalhador hipossuficiente, mas sim de homem integrado no mercado de capitais e um profissional técnico submetido à aprovação do Banco Central”, considerou a decisão regional.

No TST, o autor do recurso argumentou nunca ter sido eleito em assembléia de acionistas e, por isso, conforme a legislação das sociedades anônimas, não poderia ter ocupado cargo em órgão de direção da Nossa Caixa. Com base no organograma da sociedade, afirmou ter desempenhado cargo subordinado à vice-presidência do Banco.

O juiz convocado Walmir Costa registrou que o diretor não conseguiu demonstrar a existência de subordinação em sua relação profissional com a Nossa Caixa, requisito necessário à

³ <https://syhus.com.br/2016/12/20/sociedade-anonima-4-o-papel-de-um-diretor-estatutario-em-uma-sociedade-anonima/>

configuração da relação de emprego. O relator também afirmou que a decisão regional seguiu a jurisprudência do TST sobre o tema.

“As relações entre a diretoria e o conselho de administração nas sociedades anônimas regem-se pelas diretrizes constantes da Lei nº 6404/76 e do estatuto da empresa, não caracterizando a subordinação jurídica nos moldes trabalhistas. O empregado eleito diretor da empresa tem suspenso o seu contrato de trabalho durante o exercício do cargo, em face da incompatibilidade da ocupação simultânea das posições de empregado e de empregador”, exemplificou ao reproduzir precedente relatado pelo vice-presidente do TST, ministro Rider de Brito.

O relator esclareceu, ainda, que para examinar se o cargo de diretor ocorria no regime de subordinação seria necessário reexaminar fatos e provas, procedimento inviável segundo a Súmula nº 126 do TST. (AIRR 2797/2003-025-02-40.0)

Ainda sobre o tema, trago à colação excerto do voto condutor do acórdão paradigma, que bem contribuir para o assunto:

Ainda que seja possível transpor o óbice da preclusão, melhor sorte não agasalharia a pretensão da Recorrente, porquanto o diretor vice presidente apenas executaria as deliberações do Conselho de Administração, que tem o poder de o destituir. O fato de o diretor vice presidente estar sujeito a determinações do Conselho de Administração ou da Assembléia Geral não o torna submetido à subordinação jurídica, pois a sujeição ocorreria em relação a órgãos da sociedade e não a pessoas. A relação do diretor vice presidente quanto à Assembléia Geral é, porém, estatutária.

[...]

Para que o diretor vice presidente seja considerado empregado, sujeito à subordinação jurídica e pessoal, dentre outros elementos fáticos, não deve ter autonomia para tomar deliberações, ser subordinado a outra pessoa e ser submetido ao controle de horário, fatos estes não evidenciados nos autos, dentre outros elementos.

[...]

Esse entendimento acima está consubstanciado pela concepção organicista em que os administradores (membros da Diretoria e do Conselho de Administração) são órgãos da companhia, na medida em que o ato praticado por eles, dentro de seus poderes, é um ato da própria sociedade empresária (Recorrente), linha adotada por Fábio Ulhoa Coelho (Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 239241).

Em outras palavras, o membro da Diretoria, que é o caso dos autos, possui poder decorrente da lei e do estatuto, sendo que

*isso viabiliza todo o poder para a condução das atividades diárias da companhia e distancia-se da subordinação pessoal da relação empregatícia*⁴.

Por fim e para ilustrar, colaciono a jurisprudência a seguir.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DO NOVO CPC. DIRETOR ESTATUTÁRIO ELEITO. INCOMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO.

Cinge-se a controvérsia a saber se a Justiça do Trabalho tem competência para dirimir pedidos formulados por ex-diretor estatutário. Sabe-se que diretores estatutários são órgãos da sociedade. Nesta condição, trata-se de relação jurídica de natureza estatutária, e não contratual (mandatária), cuja competência escapa aos limites do art. 114 da Constituição Federal. Desse modo, fica afastada a relação de trabalho lato sensu e, por conseguinte, a competência da Justiça do Trabalho preconizada pelo indigitado dispositivo constitucional. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. TST-AIRR-1000438-42.2017.5.02.0063, de 29.5.19

Do exposto, tem-se que, no caso, **os diretores estatutários** da fiscalizada - eleitos - eram, a rigor, administradores **não empregados**, na medida em que não foram apontadas evidências de que sua atuação não era limitada em parâmetros superiores às próprias normas do estatuto da sociedade, revelando uma mera subordinação societária e não uma subordinação pessoal, própria, essa sim, da vinculação empregatícia **no âmbito das relações entre uma sociedade anônima e seu administrador estatutário**.

Por fim, apenas no intuito de demonstrar o tratamento dado pela autuada à relação entre ela e seus diretores, **para fins fiscais**, oportuno reproduzir a constatação feita pela fiscalização, no sentido de que embora a empresa considerasse referidos diretores como empregados, teria aplicado o disposto nos artigos 249, 303, e 463 do Decreto nº 3000/99 – RIR 99 para apurar o Lucro Real: e teria considerado como indedutíveis os valores das participações pagas aos diretores, adicionando os valores pagos a título de PLR ao Lucro Líquido do Exercício para apurar o Lucro Real. Ou seja, considerou os diretores como administradores contribuintes individuais, para fins de apuração do Lucro Real.

Ante o exposto, VOTO por CONHECER do recurso para DAR-LHE provimento, com o consequente retorno dos autos à instância *a quo*, com vistas a prosseguir no julgamento das demais matérias, quais sejam, **possibilidade de pagamento de PLR a administradores não empregados, descabimento da cobrança do adicional de 2,5% da alíquota, incidência de juros sobre a multa e a impertinência da listagem denominada "Relatório de Vínculos" - falta de motivação do ato administrativo**.

(assinado digitalmente)
Mauricio Nogueira Righetti

⁴ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 19.