

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS****SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 10830.720565/2012-30
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-004.137 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de setembro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ANHANGUERA EDUCACIONAL PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2007 a 31/12/2008

AUTOS DE INFRAÇÃO DEBCAD sob nº 37.341.911-2, nº 37.341.912-0 e nº 37.341.913-9

Consolidado em 30/01/2012

PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - REVOGAÇÃO DE LEI ORDINÁRIA POR LEI COMPLEMENTAR - HIERARQUIA DAS LEIS

Inconstitucionalidade de lei não compete ao CARF o julgamento. Matéria sumulada. Súmula CARF nº 2: 'O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.'

Hierarquia das leis. Para a Recorrente a Lei Complementar nº 109/2001 foi posterior a alínea 'p', do § 9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, deve também este Colegiado reconhecer que a LC revogou a LO de 91. Julgamento que também agride a Súmula CARF 02.

Entretanto, quanto à existência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, não há hierarquia entre elas, pois nenhuma delas tem sua origem e seu fundamento de existência na outra.

O legislador originário indicou expressamente na Constituição, os temas a serem postulados, por meio de lei complementar. Tal conjunto de matérias não pode ser objeto de lei extravagante, sob pena de se recair em inconstitucionalidade.

No caso de invasão do campo destinado à legislação ordinária, por meio da edição de lei complementar, não é perceptível a inconstitucionalidade da norma, pois esta foi além do pedido, seguindo um processo legislativo mais dificultoso. O que a ditada norma não teria é a proteção de só ser revogada por uma lei complementar, tendo em vista que no aspecto material nunca deixou de ser norma ordinária.

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES - STOCK OPTIONS; A) RELATO DO PRESENTE CONTRATO; B) NATUREZA JURÍDICA DAS OPÇÕES DE COMPRA DAS AÇÕES; C) DEFINIÇÃO DE STOCK OPTIONS; D) DESCARACTERIZAÇÃO DO STOCK OPTIONS COMO REMUNERAÇÃO - NATUREZA MERAMENTE MERCANTIL; E) ANÁLISE DO CONTRATO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES; F) AUSÊNCIA DO ASPECTO TEMPORAL E MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

Contrato de opção de compra de ações firmado com pessoa física que envolve o seu trabalho tem o caráter mercantil cível ou trabalhista, dependendo de suas características.

No caso em tela o contrato celebrado entre a Recorrente e o Beneficiário indicado, ficou comprovado que para exercer o direito de opção de compra de ações só pode ser exercido enquanto o Beneficiário mantiver vínculo empregatício, ou seja, uma condição sem a qual não (*conditio sine qua non*) existe o direito de compra de ações.

Contrato em que não há risco para a Recorrente na relação, ficando tão somente ao trabalhador que presta seu serviço em troca de um possível ganho de capital, o que fere a relação frontalmente, a medida que não há equidade nela.

No presente caso há traços marcantes da subordinação, dependência e controle, que determinam a relação de contrato de trabalho ao simples fato de a Recorrente estabelecer no contrato que a opção de compra somente poderá ser exercida pelo empregado/beneficiário enquanto este prestar serviços a ela e ou a Companhia.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

As matérias não suscitadas em seu recurso, cujas quais não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso, pois a multa não é matéria de ordem pública porque ela não representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) Por maioria de votos: a) em negar provimento ao recurso, na questão da incidência de contribuição sobre pagamentos a título de previdência complementar, Vencidos os Conselheiros Adriano Gonzáles Silvério e Leo Meirelles do Amaral, que davam provimento ao recurso, pela aplicação do disposto na LC 109/2001; b) em negar provimento ao recurso, nos demais argumentos da recorrente. Vencido o Conselheiro Adriano Gonzáles Silvério, que votou em converter o julgamento em diligência. Declaração de voto: Mauro José Silva.

(assinado digitalmente)

Processo nº 10830.720565/2012-30
Acórdão n.º **2301-004.137**

S2-C3T1
Fl. 10

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

WILSON ANTONIO DE SOUZA CORRÊA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Daniel Melo Mendes Bezerra, Wilson Antonio de Souza Corrêa e Leo Meirelles do Amaral.

Relatório

Recurso Voluntário aviado contra Acórdão sob nº 0538.845, exarado pela douta 9ª Turma da DRJ/CPS, cuja qual julgou procedente os lançamentos efetuados nos AI's acima mencionados.

Trata-se de três AI's, sendo que contempla créditos relativos às contribuições sociais/previdenciárias – apurados no período de 04/2007 a 12/2008 – e ao descumprimento de obrigação acessória – apurados no período de 04/2007 e 11/2008, sendo: i) referente às contribuições previdenciárias cota empresarial, assim como as contribuições destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho foram lançadas no Auto de Infração de nº 37.341.9112; ii) as contribuições sociais destinadas a outras entidades e Fundos (FNDE, INCRA, SESC e SEBRAE) foram lançadas no Auto de Infração de nº 37.341.9120; e, iii) pelo descumprimento de obrigação acessória – não informação, mediante GFIP, da ocorrência de todos os fatos geradores de contribuições à Previdência Social – foi lavrado o Auto de Infração nº 37.941.9139.

São fatos geradores dessas contribuições: i) a remuneração baseada em ações (utilidades), paga ao diretor financeiro (contribuinte individual), Sr. *Marcos Lima Verde Guimarães Junior* – Levantamento “*ST – STOCK OPTIONS*”; ii) valor pago por previdência complementar para alguns empregados.

Em razão do advento da Medida Provisória nº 449/2008, que alterou a multa aplicável às contribuições previdenciárias, foi observado o princípio da retroatividade mais benigna, mediante a comparação da multa aplicável antes de 04/12/2008 (Lei nº 8.212/91, art. 35, incisos I, II e III), o que resultou na aplicação da multa de mora para as competências 04/2007 e 04/2008, e na multa de ofício para as demais competências.

Em face do **AI nº 37.341.9120**, por se referir às contribuições sociais destinadas aos Terceiros (não sujeitas à tal comparação), aplicou-se a multa de mora de 24% até a competência 11/2008 e a multa de ofício para a competência 12/2008.

Anunciada dos lançamentos apressou-se em impugná-los, com suas razões, cujas quais não foram suficientes para modificarem-nos.

Em 28.NOV.2012 foi intimada da decisão de piso e no dia 21 de dezembro do mesmo ano aviou o presente remédio, com as seguintes alegações: i) plano de previdência privada; a) síntese legislativa sobre a incidência de contribuições sociais sobre a previdência privada complementar; b) contrariedade da Lei Ordinária 8.212/91 com as disposições da Lei Complementar 109/01; c) ilegalidade – lei hierarquicamente superior; d) revogação – lei posterior; ii) opção de compra de ações – Stock Options; a) relato do presente contrato; b) natureza jurídica das opções de compra das ações; c) definição de stock options; d) descaracterização do stock options como remuneração – natureza meramente mercantil; e) análise do contrato de opção de compra de ações; f) ausência do aspecto temporal e material da hipótese de incidência.

É a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro Wilson Antonio de Souza Corrêa - Relator

O presente Recurso Voluntário acode os pressupostos de admissibilidade, inclusive é tempestivo, razão pela qual, desde já, dele conheço.

PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – REVOGAÇÃO DE LEI ORDINÁRIA POR LEI COMPLEMENTAR – HIERARQUIA DAS LEIS

Diz a Recorrente que a Carta Maior e a Lei Complementar nº 109/2001 dispõem que a contribuição do empregador a plano de previdência privada não faz parte da remuneração do empregado, razão pela qual não deve incidir contribuição previdenciária.

Desta forma, há de ser reconhecido por este Colegiado a inconstitucionalidade/ilegalidade da alínea “p”, do § 9º, do art. 28 da Lei nº 8.212/1991.

Para a Recorrente, acrescenta, como a Lei Complementar nº 109/2001 foi posterior a alínea ‘p’, do § 9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, deve também este Colegiado reconhecer que a LC revogou a LO de 91.

Neste sentido, não há como reconhecer o que argüi a Recorrente, eis que, aos membros da Casa compelidos são seguir matéria já sumulada, conforme determina o artigo 72 do RICARF. ‘In verbis’:

Art. 72. *As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.*

E quanto a inconstitucionalidade de lei, sumulada está a matéria, como transcrevo abaixo:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desta feita, não possuindo competência esta Corte para pronunciar quanto a constitucionalidade ou não de determinada lei, necessário o reconhecimento de improcedência do que argüi a Recorrente, neste sentido.

Quanto a revogação da Lei Ordinária por conta de Lei Complementar como expende ‘Dantesco’ esforço para assim demonstrar a Recorrente, mister trazer à baila um percuente estudo para dizer que também não concordo com seus argumentos, eis que não se observa a revogação da primeira pela segunda, já que, das leis que se discute, às vemos como legislações que coexistem sem que uma afronte a outra e até mesmo a Carta Maior.

Para locupletar a questão, necessário também analisar a existência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, no nosso ordenamento jurídico, para viabilizar o requerido no presente remédio recursivo, que é a revogação tácita da LO pela LC.

Em verdade, no ordenamento jurídico pátrio, diferentemente do que trouxe a Recorrente e em confronto com as pesquisas realizadas, não há uma concordância acentuada de que norma de conteúdo ordinário pode ser revogada por outra norma de conteúdo complementar, sob o argumento da existência de hierarquia sobre ambas.

No entanto, é bem verdade que a norma de conteúdo complementar atravessa um processo legislativo mais aprimorado, o que enseja maior credibilidade da mesma. Mas, no caso em testilha, a LO antes existente não diverge da LC em vigor posteriormente.

A Carta Maior em vigor estabeleceu as diretrizes para o processo legislativo e as respectivas normas jurídicas possíveis, sendo que os tipos de normas jurídicas foram pormenorizados na carta constitucional, na Seção VIII do Capítulo I do Título IV que, a teor do art. 59 traz:

“Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

A Lei Complementar (LC) nº 95, de 1998, alterada pela LC nº 107, de 2001, traz em sua ementa a sua finalidade: “Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.”

Assim, mister que definamos o que seja Lei Complementar e Lei Ordinária.

A Lei Complementar (LC) tem o propósito de complementar a constituição: explicando, adicionando ou completando determinado assunto na matéria constitucional.

É importante ressaltar que, nem sempre as leis complementares, destinam-se a complementar diretamente o texto constitucional. Na verdade, o constituinte, originário ou reformador, reservou à lei complementar as matérias que julgou de especial importância ou polêmicas, para cuja disciplina seja imposto, até para sua lapidação, uma maior discussão jurídico-legislativo.

A lei ordinária é uma norma jurídica primária que contém normas gerais abstratas que regem nossa vida em coletividade. É uma norma infraconstitucional, que tem competência material residual, ou seja, o que a Constituição Federal não determinou que seja tratado por norma jurídica específica, será tratado por uma lei ordinária.

Sendo que o processo legislativo de ambas guardam muito semelhança entre si, necessário destacar algumas diferenças que dão início a um questionamento sobre se há ou não a hierarquia entre as mesmas.

O primeiro ponto de diferenciação está no aspecto material trazido pela Carta Maior, onde o legislador originário procurou selecionar as matérias que achou mais sensíveis e importantes, naquela determinada época, indicando que este tema deveria ser trado por Lei Complementar, ficando evidenciado a intenção de selecionar determinadas matérias.

Essa indicação está explícita, sendo indicado quando haverá a necessidade de lei complementar ou não. Como exemplos têm-se os seguintes artigos da CRFB/88: arts. 7º, I; 14, § 9º; 18, §2º, § 3º; 22, parágrafo único; 23, parágrafo único etc.

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

No que se refere a lei ordinária, o seu campo material de atuação será alcançado por exclusão. Se a constituição não exige a elaboração de lei complementar então a lei ordinária será competente para tratar daquela matéria.

O segundo ponto é verificado no aspecto formal. Refere-se ao processo legislativo de formação da norma jurídica.

A lei ordinária para sua aprovação pelo Poder Legislativo faz-se por maioria simples. Enquanto, a lei complementar tem sua aprovação apenas por maioria absoluta.

Assim, concluindo, quanto a hierarquia, deve-se entender que para o direito, a hierarquia de uma norma é a subordinação desta a uma fonte geradora superior. Vemos, por exemplo, que todas as leis são hierarquicamente inferiores a Constituição Federal, pois encontram seu fundamento de validade na Carta Magna.

É bem verdade que há hierarquia entre duas normas jurídicas quando uma delas tiver sua origem e seu fundamento de existência na norma julgada hierarquicamente superior. É o caso do decreto regulamentar, que visa regulamentar disposição de lei. Nesse caso, o decreto tem sua existência dependente da lei, ou seja, se a lei for declarada inconstitucional, automaticamente o decreto perde a sua sustentabilidade, e será, também, contra a constituição.

No que diz respeito à existência ou não de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, a doutrina é divergente, mas tenho que não há hierarquia entre elas, pois nenhuma delas tem sua origem e seu fundamento de existência na outra.

O legislador originário indicou expressamente na Constituição, os temas a serem postulados, por meio de lei complementar. Tal conjunto de matérias não pode ser objeto de lei extravagante, sob pena de se recair em inconstitucionalidade.

No caso de invasão do campo destinado à legislação ordinária, por meio da edição de lei complementar, não é perceptível a inconstitucionalidade da norma, pois esta foi além do pedido, seguindo um processo legislativo mais dificultoso. O que a ditada norma não teria é a proteção de só ser revogada por uma lei complementar, tendo em vista que no aspecto material nunca deixou de ser norma ordinária.

Vê-se que os campos de atuação de tais modalidades normativas demonstram-se perfeitamente distintos. Tornando inviável suposto conflito entre tais espécies.

Assim, o que se prega é um rigoroso cumprimento da CRFB/88, verificando qual era a verdadeira intenção do legislador constituinte originário, ao diferenciar os tipos de normas jurídicas. Ele não quis criar uma forma hierárquica pura e simplesmente, mas sim, diferenciar o campo de atuação de cada norma, englobando cada uma nos três campos hierárquicos possíveis: constitucionais, infraconstitucionais e infralegais. Cada qual atuando dentro do seu campo de competência.

Dentro de cada conjunto desses, não há uma verdadeira hierarquia, mas sim, uma verdadeira separação de competência pela matéria a ser tratada.

Concluo que não houve revogação pretendida à Lei Ordinária pela Lei Complementar, como alhures dito, porque uma não dependem uma da outra e são coexistentes, sem afronta.

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES – STOCK OPTIONS; A) RELATO DO PRESENTE CONTRATO; B) NATUREZA JURÍDICA DAS OPÇÕES DE COMPRA DAS AÇÕES; C) DEFINIÇÃO DE STOCK OPTIONS; D) DESCARACTERIZAÇÃO DO STOCK OPTIONS COMO REMUNERAÇÃO – NATUREZA MERAMENTE MERCANTIL; E) ANÁLISE DO CONTRATO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES; F) AUSÊNCIA DO ASPECTO TEMPORAL E MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

Alega a Recorrente que o contrato de opção de compra de ações firmado com o Sr. Marcos Júnior tem o caráter mercantil cível, não tendo assumido em nenhum momento característica de mercantil trabalhista, eis que os ganhos eventuais obtidos na venda das ações, em face do “stock options”, não integram o contrato de trabalho, nem a remuneração, pois não representa um acréscimo obtido pela prestação de serviços.

Já no Relatório Fiscal diz que em 13/01/2007 foi celebrado contrato de opção de compra de ações com o Sr. Marcos Lima Verde Guimarães Junior, diretor financeiro (contribuinte individual), mediante a condição de prestação de serviços à companhia. Quando, então, a remuneração se deu sob a forma de oferta de um bem (ações), designado genericamente como “utilidade”.

Para a Fiscalização ficou evidente a natureza remuneratória do plano de opções diante das informações prestadas pela própria Recorrente nas Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras, anexadas ao processo (fls. 48 a 55).

Neste diapasão temos que, indubitável que o contrato é mercantil, restando saber se é mercantil de natureza cível ou mercantil de natureza trabalhista, eis que o contrato mercantil, dependendo do sujeito que se celebra o negócio jurídico pode traduzir-se de natureza jurídica administrativa, trabalhista, consumerista ou cível e outros.

Explico. Se o empresário contrata com o Poder Público o contrato é administrativo. Se o empresário compra móveis para revender, nesta condição ele é consumidor, ao menos em tese, e a relação está auspicada pela Lei 8.078/90. Se contrata uma pessoa para lhe prestar serviço o contratado é empregado, na acepção legal do termo (CLT, art. 3º.), e o contrato é do trabalho, ao menos em tese.

No caso em tela temos a manifestação do Contribuinte/Recorrente de que se trata de contrato mercantil cível e a Fiscalização acusa de ser mercantil trabalhista, incidindo contribuição previdenciária. E, das peças frias do processo é que poderemos definir a natureza do contrato. Sendo assim, temos como a mais importante o próprio contrato celebrado e assinado em 13/01/2007 (114 à 117), do qual destacamos as seguintes cláusulas/condições, mormente a 3.5:

1.1. O presente contrato tem como objeto a outorga, pela Companhia ao Beneficiário, de 04 (quatro) opções de compra de ações representadas por Units ("Opções"), cada Opção abrangendo 85.990 (oitenta e cinco mil novecentos e noventa) Units, totalizando 343.960 (trezentos e quarenta e três mil novecentos e sessenta) Units, cada Unit representativa de 1(uma ação) ordinária e 06(seis) ações preferências de emissão da Companhia ("Units").

1.2. As opções poderão ser exercidas anualmente pelo Beneficiário durante 04 (quatro) anos consecutivos, a contar da primeira Data de Início, conforme definido na cláusula 3.1. ("Período de Exercício").

(...)

3.1. O dia de início para exercício de cada Opção será 31 de março de cada ano, a partir de 31 de março de 2007 até 31 de março de 2010 (cada uma individualmente denominada "Data de Início").

(...)

3.5. A Opção somente poderá ser exercida enquanto o Beneficiário prestar serviços à AESA e/ou à Companhia, observado o disposto neste contrato.(GN)

(...)

5.1. Em caso de demissão do Beneficiário por justa causa pela AESA, demissão do Beneficiário pela AESA sem justa causa ou desligamento de forma voluntária pelo Beneficiário a(s) Opção(ões) cuja Data de Início não tiver ocorrido e/ou cuja Data de Início já tiver ocorrido mas ainda não tiver sido exercida, terminará(ão) imediata e automaticamente.

Desta forma, necessário destacar que a outorga de opção de compra de ações deve ser exercida enquanto o Beneficiário o diretor Sr. Marcos Lima Verde Guimarães Junior prestar serviços à AESA e/ou Companhia. O que significa dizer que a prestação de serviços pelo beneficiário à sociedade constitui-se uma condição sem a qual não (*conditio sine qua non*) existe o contrato.

Tenho que a relação mercantil cível até poderia ser considerada, como quer a Recorrente, deste que não houvesse a condição inseparável de manutenção de relação de trabalho.

É bem verdade que 'Stock Option' implica em benefícios concedidos pelas **empresas empregadoras aos seus empregados**, na intenção de "segurar" os antigos talentos,

e atrair novos, concedendo a oportunidade de realização de um plano de compra de ações da empresa em um preço diferenciado, para resgate ou re-investimento no futuro.

Como veremos, não há no Ordenamento Jurídico Pátrio uma legislação específica, tornando frágil qualquer afirmativa para bem definir a natureza deste plano.

Assim, na ausência da lei, penso que esta relação é de natureza híbrida entre empregado e empregador, ou seja, trabalhista e cível, onde prevalecerá a natureza mais forte, mais marcante no contrato. Ou seja, se há risco no negócio, se há igualdade de condição de contratar, se há igualdade no risco do negócio é de natureza cível. Todavia, no mesmo sentido, se faltar uma das condições, trata-se de contrato de trabalho.

Neste diapasão não vi no contrato celebrado nenhum risco que corre a Recorrente na relação, ficando tão somente ao trabalhador que presta seu serviço em troca de um possível ganho de capital. Ora, isto fere a relação frontalmente, a medida que não há equidade nela.

Se a Recorrente estivesse contratando uma empresa prestadora de serviço, penso que as partes (empresários) encontrar-se-iam em mesmo nível de poder e de risco, ou seja, não haveria submissão, dependência remuneratória, controle e outros quejandos que caracterizam o contrato de trabalho, porque estariam em pé de igualdade. Mas, quando se contrata uma pessoa física e exige dela a condição essencial de prestar serviço para valer-se da oportunidade de compra de ação, e sobretudo, se o risco maior é unicamente do contratado/trabalhador, configurada está a relação mercantil trabalhista.

O assunto é novo, como dito alhures, e pela riqueza interpretativa que a lacuna da lei nos trás, merece uma reforma legislativa que discipline especificamente os contratos mercantis, classificando-os de acordo com as condições dos contratantes e reservando a cada tipo disciplina compatível com a tutela dos interesses objeto de contrato.

Entretanto, enquanto perdura a carência legal que defina a natureza do contrato mercantil, com relação ao 'stock options', penso que até se pode aplicar o Código Civil, tanto o contorno mercantil cível, mas isto depende do que se tem nos autos, onde a indicação das provas assim determinará.

Desse modo, a natureza jurídica dos contratos mercantis se delimitará face as condições de seus contratantes, no que tange a (des)igualdade material entre os mesmos.

Neste caso, para este singelo julgador, em havendo uma condicionante de manutenção de vínculo empregatício, subordinação, dependência e sobretudo a determinante de risco tão somente ao contratado, não se pode dizer que é uma 'Stock Options ou Employee Stock Options (EOS)', porque ela perde a característica mercantil cível, passando a ser puramente relação de vínculo de trabalho, incidindo contribuição previdenciária.

De forma que para se distinguir a relação aqui existente de emprego de uma possível mercantil cível, como quer a Recorrente, mister que se analise mais que a suficiência do critério da participação integrativa do trabalho na atividade normal do tomador de serviço, sinal distintivo da não-eventualidade. Mas, sobretudo, necessário analise percuciente da intensidade da subordinação em seu conceito tradicional, tal como questionar sobre a organização própria do 'empreendedor/trabalhador' e, sobretudo, a ingerência não acentuada do tomador na atividade do prestador do trabalho.

Na presente parlenda há traços marcantes da subordinação, dependência e controle, que determinam a relação de contrato de trabalho ao simples fato de a Recorrente

estabelecer no contrato que a opção de compra somente poderá ser exercida pelo empregado/beneficiário enquanto este prestar serviços a ela e ou a Companhia.

É bem verdade que o Ordenamento Jurídico Pátrio, como dito antes, carece de legislação específica para definição da natureza jurídica dos contratos, mormente em assunto novo como as ‘stock options’, limitando-se a prever a operação no artigo 168, § 3º, da Lei das Sociedades Anônimas, 6.404/76, cujo qual trazemos à lume:

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

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

Assim, além das razões aqui expostas anteriormente, numa análise do dispositivo acima, vejo que a Recorrente não se acautelou das medidas determinantes autorizadores à outorgar de opção de compra de ações a seus administradores, regada à imposição condicional para exercício da opção de compra enquanto prestador de serviço, vejo como uma relação de contrato de trabalho com seus ulteriores efeitos, mormente o de incidência de contribuição previdenciária.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

Urge tratar das matérias não suscitadas em seu recurso, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a ‘Ordem Pública’ significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico ‘JUSTO’, tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão ‘extra petita’, como é o caso em tela onde a multa não foi anatematizada pelo Recorrente, e que tem o meu pronunciamento de aplicação da multa mais favorável ao contribuinte, mas que neste momento não julgo a questão, eis que não refutada no recurso e não se trata de matéria de ordem pública.

Tem o meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênha para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ..

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assuma um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

dizer que: Para Andréia Lopes de Oliveira Ferreira matéria de ordem pública implica

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. 'Ex vi' Acórdão abaixo:

*AgRg no REsp 1203549 / ES
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7*

Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

T2 - SEGUNDA TURMA

Data de Julgamento 03/05/2012

DJe 28/05/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINARINDEFERIDA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame de questão não debatida na origem, carente de pré-questionamento, ainda que se trate eventualmente de matéria de ordem pública. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto

*Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell
Marques (voto-vista) votaram com o Sr.
MinistroRelator.*

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmanssini Bechara, ela não ‘representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano’.

Mantenho a multa aplicada porque não houve anatematização específica da matéria, levando-se em consideração, sobretudo, que o recurso quando aviado já estava em vigor a novel legislação.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, como o presente recurso voluntário atende os pressupostos de admissibilidade, dele conheço, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É o voto.

(assinado digitalmente)

WILSON ANTONIO DE SOUZA CORRÊA - Relator -

Declaração de Voto