



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10830.720566/2012-84
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-008.536 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 29 de janeiro de 2020
Recorrente ANHANGUERA EDUCACIONAL PARTICIPAÇÕES S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

RECURSO ESPECIAL. STOCK OPTIONS. DESATENDIMENTO DE PRESSUPOSTO. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência na parte em que não reste demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. REGIME ABERTO. NÃO EXTENSÃO TODOS OS EMPREGADOS E DIRIGENTES. EXCLUSÃO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

A não incidência de contribuições previdenciárias e de terceiros em relação a plano de previdência complementar em regime aberto não pode ser afastada sob o exclusivo argumento de não ser extensível à totalidade dos empregados e dirigentes da empresa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas quanto à previdência complementar, vencida a conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que conheceu do recurso em maior extensão. No mérito, na parte conhecida, por unanimidade de votos, acordam em dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, João Victor Ribeiro Aldinucci, Maurício Nogueira Righetti, Ana Cláudia Borges de Oliveira (suplente convocada), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício). Ausente a conselheira Ana Paula Fernandes, substituída pela conselheira Ana Cláudia Borges de Oliveira.

Fl. 2 do Acórdão n.º 9202-008.536 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 10830.720566/2012-84

Relatório

Trata-se de Autos de Infração relativos a contribuições previdenciárias devidas pela empresa, contribuições destinadas a outras entidades ou fundo, os denominados terceiros, além de multa por descumprimento de obrigação acessória em razão de a contribuinte ter apresentado Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social – GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

Nos termos do Relatório Fiscal (fls. 24/75):

a) do AI DEBCAD nº 51.014.214-1 (contribuição previdenciária patronal) constam os levantamentos:

- “ST – *STOCK OPTIONS*”, refere-se a lançamento de contribuições incidentes sobre as remunerações por meio de utilidades (ações) fornecidas ao Diretor Financeiro da Companhia;
- Remuneração Administrador, parcela não informada em GFIP da remuneração do então Diretor Superintendente/CEO da Companhia; e
- “PC2 – PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR”, referente a contribuições incidentes sobre valores pagos pela pessoa jurídica, relativos a programa de previdência complementar, que não foram disponibilizados à totalidade de seus empregados e dirigentes;

b) no AI DEBCAD nº 51.014.215-0 foram apuradas as contribuições destinada a outras entidades e fundos, com base no levantamento “PC2 – PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR”.

Em sessão plenária de 10/09/2014, foi julgado o Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão nº 2301-004.138 (fls. 1023/1035), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

AUTOS DE INFRAÇÃO DEBCAD's sob nº 51.014.218-4 e nº 51.014.215-0

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 constituem 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

Irresignado, o Sujeito passivo interpôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos, tendo o Colegiado se posicionado por meio do Acórdão nº 2301-005.007, de 09/05/2017 (fls. 1080/1090), cuja ementa se reproduz a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Na existência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão proferido, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma, os embargos devem ser acolhidos.

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES STOCK OPTIONS ASPECTO TEMPORAL E MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

A data de ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre as *stock options* corresponde à data do exercício da opção de compra de ações e a base de cálculo à diferença entre o valor das ações recebidas na data de exercício e o valor pago pelo beneficiário.

Considerando-se intimada do acórdão de embargos em 14/07/2017 (vide tópico relativo à tempestividade constante do Recurso Especial – fl. 1098), a Contribuinte, na mesma

data, apresentou o Recurso Especial de fls. 1096/1176 (Termo de Solicitação de Juntada de fl. 1094), com fundamento no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, visando rediscutir as seguintes matérias:

- - incidência de contribuições sociais sobre o plano de previdência complementar;
- - incidência de contribuições sociais sobre opção de compra de ações (*stock options*);
- - opção de compra de ações (*stock options*) - critérios para definição da data de ocorrência do fato gerador e da base de cálculo; e
- - aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional em caso de empate de votos dos julgadores.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento, conforme despacho datado de 25/08/2017 (fls. 1275/1282).

Os autos foram restituídos à Câmara de origem para complementação da admissibilidade do Recursos Especial tendo em vista que no primeiro exame não fez menção a alegação recursal referente à “aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional em caso de empate de votos dos julgadores”.

Com base no despacho de fls. 1310/1314, deu-se seguimento a parcial ao apelo recursal somente para as matérias:

- a) incidência de contribuições sociais sobre o plano de previdência complementar,
- b) incidência de contribuições sociais sobre opção de compra de ações (*stock options*) e
- c) opção de compra de ações (*stock options*) - critérios para definição da data de ocorrência do fato gerador e da base de cálculo.

O Sujeito Passivo resume os argumentos recursais nos seguintes termos:

Plano de Previdência Complementar

1. Admissibilidade

- a. O pré-questionamento da matéria controvertida restou devidamente comprovado, assim como o próprio dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmáticos;
- b. A ratio decidendi do acórdão recorrido restringe-se à análise da possibilidade ou não de incidência de contribuição previdenciária sobre plano de previdência complementar em regime aberto, sobretudo em relação aos fatos geradores ocorridos após a edição da Lei Complementar nº. 109/01, sustentada apenas no fato de que tal benefício não teria sido estendido para todos os funcionários da Recorrente, tendo o acórdão recorrido sustentado a pertinência de tal cobrança, com base no artigo 28, § 9º, alínea “p” da Lei nº. 8.212/91;
- c. No 1º paradigma, a C. CSRF assentou o entendimento de que a Lei Complementar nº. 109/01 derogou o artigo 28, § 9º, alínea “p” da Lei nº. 8.212/91, no tocante à condição de oferecimento do plano a todos os empregados e diretores para fins de exclusão da base de cálculo da contribuição previdenciária;
- d. No 2º paradigma, igualmente, restou consignado que o fundamento isolado de que a empresa não teria estendido o plano de previdência complementar em regime aberto a todos os funcionários não é suficiente para ensejar a cobrança de contribuição

previdenciária sobre valores a tais títulos, visto que, com a edição da Lei Complementar n.º 109/01, a pessoa jurídica pode oferecer tal benefício a grupos de empregados ou dirigentes;

2. Mérito

e. A legislação que regulamenta o regime de previdência complementar, Lei Complementar n.º 109/01, em seu artigo 68, em harmonia com o texto constitucional, dispõe que as contribuições do empregador a plano de previdência complementar não integram o contrato de trabalho e a remuneração dos participantes;

f. Ademais, a norma do artigo 28, § 9º, alínea “p”, da Lei n.º 8.212/91 não deve ser aplicada in casu, pois traz condicionantes não previstas em norma hierarquicamente superior, qual seja, a Lei Complementar n.º 109/01, bem como foi revogada pela referida Lei Complementar, haja vista que a Lei Complementar n.º 109/01 foi promulgada posteriormente à Lei n.º 8.212/91;

Opção de Compra de Ações (*Stock Options*)

Incidência de Contribuições Sociais sobre *Stock Options*

Admissibilidade

g. O pré-questionamento da matéria controvertida restou devidamente comprovado, assim como o próprio dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmáticos;

h. O acórdão recorrido analisou a natureza dos contratos de *stock options* pautando-se, apenas, no fato de haver cláusula contratual que estipulava a necessidade de o beneficiário manter-se vinculado à Recorrente para que pudesse exercer a opção de compra das ações;

i. Os acórdãos paradigmas colacionado para esse ponto, por outro lado, realizam a análise da natureza dos contratos de *stock options* a partir da verificação de onerosidade destes, ou seja, não dão qualquer relevância à existência de eventual cláusula contratual que vinculasse o beneficiário à empresa contratante para o exercício da opção (premissa essa adotada pelo acórdão recorrido);

j. O 2º acórdão paradigma colacionado para esse ponto (de n.º 2401-003.889), inclusive, expressamente consigna que os contratos de *stock options* tem por objetivo basilar estimular a permanência do trabalhador na empresa, por meio da expectativa de ganho com eventual valorização das ações a ele oferecidas, o que coloca em cheque a premissa adotada no acórdão recorrido;

Mérito

k. As *Stock Options* são direitos adquiridos por determinada pessoa de comprar ações no futuro, por preço pré-determinado, contando com o aumento do valor nominal das ações para que obtenha lucro, e correndo o risco de que o referido valor caia;

l. Adotando-se as premissas pertinentes para esse tipo de avaliação, é possível sustentar que tal contrato tem natureza mercantil quando (a) não houver retributividade entre qualquer benefício dele e o trabalho específico do adquirente, (b) houver onerosidade para adquirente, que arca com o custo de aquisição integralmente e (c) ele próprio arcar com os riscos do negócio, quais sejam de oscilação do valor das ações em bolsa de valores;

m. Os requisitos acima não são cumulativos, bastando a presença de um deles para que seja extraída qualquer possibilidade de caracterização como contrato laboral;

n. O contrato firmado pela Recorrente preenche todos os requisitos acima expostos, quando bastaria que preenchesse apenas um, mantendo, assim, seu caráter mercantil;

o. havendo tal caráter mercantil, não há que se falar em incidência de contribuição previdenciária por não haver qualquer benefício que se enquadre no conceito legal (artigo 28, inciso I, Lei nº. 8.212/91) de salário de contribuição; e

Questões Subsidiárias em Relação às *Stock Options*

Admissibilidade

p. O pré-questionamento da matéria controvertida restou devidamente comprovado, assim como o próprio dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmáticos;

q. O acórdão recorrido entendeu que a data da ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária sobre *stock options* corresponderia à data do exercício da opção de compra de ações e a base de cálculo à diferença entre o valor das ações recebidas na data do exercício (preço de mercado) e o valor pago pelo beneficiário (preço do exercício);

r. O acórdão paradigma, por sua vez, entendeu não ser possível a tributação de fatos futuros ou da expectativa de sua ocorrência, consignando, ainda, que a base de cálculo com a diferença do preço ofertado pelo contribuinte com o preço de mercado representaria valor fictício;

Mérito

s. Houve o equivocado preenchimento dos aspectos temporal e material da hipótese de incidência tributária.

Requer a Contribuinte que seu recurso seja admitido e provido ou, subsidiariamente, que o lançamento seja cancelado em relação a exigência incidente sobre *Stock Options* em virtude de propalados erros no lançamento em relação à definição de seus aspectos temporal e material.

Requer, ainda, que todas as intimações e notificações a serem feitas, relativamente às decisões proferidas no presente processo sejam encaminhadas aos seus procuradores, bem como sejam enviadas cópias à Recorrente no endereço constante dos autos.

Cientificada do Recurso Especial do Sujeito Passivo e do despacho que lhe deu seguimento em 28/08/2017, a Fazenda Nacional, em 01/09/2017, ofereceu as contrarrazões de fls. 1284/1308 (vide histórico de movimentação do sistema e-Processo), argumentando, em síntese, o que segue:

Conhecimento

- o recurso especial foi admitido em relação aos seguintes itens: (i) incidência de contribuições sociais sobre o plano de previdência complementar; (ii) incidência de contribuições sociais sobre opção de compra de ações (*stock options*); e (iii) opção de compra de ações (*stock options*) - critérios para definição da data de ocorrência do fato gerador e da base de cálculo;
- o Despacho de Admissibilidade, por entender preenchidos os pressupostos de admissibilidade, sobretudo a caracterização da divergência jurisprudencial, deu seguimento ao especial;
- porém, o recurso especial não merece ser acolhido, pois a recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar a existência da divergência jurisprudencial;
- não se demonstrou de forma analítica a semelhança dos contextos fáticos discutidos nos acórdãos cotejados;

- o plano de opções de ações estabelecido é peculiar a cada pessoa jurídica atuada e a análise de sua natureza jurídica não parte de teses, generalidades ou definições;
- a definição da natureza jurídica do plano depende de suas particularidades fáticas e no caso a fiscalização, a DRJ e a decisão recorrida centraram sua análise das cláusulas contratuais e informações prestadas pela própria empresa nas Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras;
- em nenhum momento a recorrente demonstrou, de forma objetiva, que os contornos dos planos discutidos e analisados nos acórdãos cotejados fossem os mesmos;
- a recorrente pretende fazer prevalecer sua tese, no sentido de que a decisão recorrida está amparada no fato de que as características no contrato de *stock options* que determinariam sua suposta natureza remuneratória foi pura e simplesmente uma única e singela verificação: previsão contratual de que a opção de compra apenas poderia ser realizada enquanto o beneficiário prestasse serviços à recorrente;
- essa visão não muda o fato de que a decisão recorrida, assim como a conclusão da DRJ e todo o lançamento está alicerçado em todo o contexto fático e probatório descrito no Relatório Fiscal do AI;
- esse fato demonstra que a recorrente não logrou êxito em comprovar a semelhança dos contextos fáticos nos quais foram proferidos os acórdãos cotejados;
- os paradigmas são claros em concluir que a natureza jurídica dos Planos de Opção de Compras de Ações depende da sua configuração no caso concreto e não de pura e simplesmente definir sua natureza jurídica a priori, deslocado no tempo e espaço, sem análise do caso concreto;
- para a demonstração de dissídio em relação ao tema, é essencial que se demonstre que os casos concretos apresentam configuração similar, providência da qual a recorrente não se desincumbiu com sucesso;
- o recurso especial manejado pelo contribuinte não merece sequer ser conhecido, por não cumprir os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do CARF, em especial a comprovação de semelhança do contexto fático/probatório.

Mérito

Previdência Complementar

- a isenção tributária sobre o valor das contribuições pagas por pessoa jurídica para programa de previdência complementar de seus empregados e dirigentes deve observar os limites fixados em lei, por força da expressa previsão do art. 202, §2º, da Constituição Federal;
- em relação às contribuições sociais previdenciárias, a Lei nº 8.212/1991 foi clara ao determinar que os valores relativos a contribuições pagas por pessoa jurídica a programa de previdência complementar de seus empregados e dirigentes somente não integrarão o salário-de-contribuição, caso o citado programa (de previdência complementar) esteja disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes;

- não restou configurada a hipótese de isenção prevista na alínea “p” do § 9º do art. 28 da lei nº 8.212/1991, visto que a própria Autuada admite que o mesmo não era disponibilizado para todos dirigentes e empregados;
- a não incidência de contribuições sociais previdenciárias sobre as contribuições feitas a plano de previdência privada estaria expressamente prevista no § 1º do artigo 69 da Lei Complementar nº 109/2001;
- o **caput** do art. 202 da Constituição Federal de 1988 prevê a exigência de lei complementar para regular o regime de previdência privada, enquanto seu § 2º determina que as contribuições patronais previstas nos planos das entidades de previdência privada não integram a remuneração dos participantes nos termos da lei, a saber, ordinária, já que a exigência de lei complementar não consta expressamente do texto do citado § 2º;
- a alínea “p” do § 9º do art. 28 da lei nº 8.212/91 está em perfeita consonância com o que determina o art. 16 da própria Lei Complementar nº 109/2001;
- os dispositivos que compõem um diploma legal devem ser interpretados de forma sistemática;
- os arts. 68 e 69 da LC nº 109/2001, não devem ser considerados de forma isolada, mas sim em conjunto com o art. 16, que é claro ao determinar que os planos de previdência privada devem ser oferecidos a todos os empregados;
- a autoridade lançadora não cometeu qualquer ilegalidade ao fundamentar seu lançamento na alínea “p” do § 9º do art. 28 da lei nº 8.212/91, até porque este dispositivo legal encontra-se em pleno vigor e não há decisão do STF declarando sua inconstitucionalidade ou resolução do Senado Federal que tenha suspenso sua execução;
- cabe observar ainda que nem os requisitos da Lei Complementar nº 109/2001, a ora recorrente demonstrou ter cumprido;
- não basta alegar que se aplica legislação diversa ao presente caso para se ter como livre de qualquer incidência de contribuição previdenciária os valores pagos a título de previdência complementar para os diretores e alguns empregados;
- não ficou demonstrado, em nenhum momento, a existência de critérios, classes, grupos ou categorias específicas de empregados a serem beneficiados pelo plano, sendo essa também é uma das razões que impõem a rejeição da pretensão da recorrente;

Stock Options

- o cerne da questão discutida nos autos é saber se a operação relativa ao plano de opção de compras de ação ou *Stock Options* elaborado e levado a efeito pela recorrente configura remuneração aos executivos beneficiários;
- por meio desses planos de compra de ações, as companhias conferem a seus empregados e executivos de alto nível o direito de comprar lotes de ações por um preço fixo dentro de um prazo previamente estabelecido, a um preço determinado ou determinável, segundo critérios definidos por ocasião da outorga, através de um plano previamente aprovado pela assembleia geral;
- as opções de compra de ação pelos trabalhadores de uma companhia passaram, então, a compor o sistema de remuneração variável das empresas, ao lado dos

sistemas tradicionais. Cita doutrina e situações extraídas de experiência estrangeira, sobretudo dos Estados Unidos da América;

- em nosso ordenamento jurídico, entende-se que a figura da opção de compra de ações está positivada no § 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404/1976;
- referido dispositivo legal não adota a terminologia específica de *stock options*, dando apenas algumas diretrizes sobre a sua instituição no âmbito da empresa;
- um aspecto que merece especial atenção quando se está tratando das *Stock Options* para empregados e administradores diz respeito ao dimensionamento do elemento risco, supostamente envolvido nas outorgas de opção de compras;
- é de suma importância a percepção de que, no universo das pessoas comumente agraciadas com *Stock Options*, não estamos tratando de empregados padrão, aqueles tipicamente protegidos pela CLT, em virtude de sua hipossuficiência, subordinação e ausência de poderes decisão quanto aos rumos da empresa, mas de diretores e executivos de alto nível, envolvidos nas decisões cotidianas que podem determinar o sucesso ou a ruína das companhias para as quais prestam seus serviços;
- o grau de comprometimento de tais executivos com o sucesso do empreendimento é infinitas vezes maior que o dos demais empregados e colaboradores, assim como são infinitamente maiores suas recompensas em razão dos ganhos da empresa;
- os beneficiários que adquirem ações no bojo de um plano de *Employee Stock Options* não são meros investidores com os quais a companhia faz negócios em condições favorecidas, mas administradores e executivos de fundamental importância para o sucesso dos negócios, cujo grau de comprometimento com o futuro da empresa deve ser sempre alimentado, sendo as *Stock Options* um dos mais eficientes instrumentos nesse mister;
- é o contexto em que o risco envolvido nas políticas de remuneração baseada em ações deve ser entendido, e não o do mero risco mercantil, de quem adquire ações em mercado de balcão ou em bolsa de valores;
- uma política de remuneratória baseada em ações desvinculada dos riscos da flutuação dos valores das ações, data venia, simplesmente não é possível;
- o risco de flutuação do valor das ações, na verdade, é desejado e conhecido por todos os agentes envolvidos em uma política remuneratória dessa natureza, pois ele atua como fator de alinhamento entre os interesses da empresa, dos acionistas e dos beneficiários contemplados com as opções de compra de ações;
- é um risco muito bem dimensionado pela empresa e pelos beneficiários dos planos de *Stock Options*, não podendo, até por ser imanente a toda política remuneratória baseada em ações, ser um elemento de descaracterização de sua natureza de remuneração;
- a exemplo do que ocorre em diversos países do mundo, com destaque para os EUA e os países da União Européia, as *Stock Options* para empregados são utilizadas no Brasil como um dos componentes da remuneração variável dos administradores e executivos beneficiários, sendo a possibilidade de não percepção ou de percepção em patamares menores que os esperados algo intrínseco a esse tipo de remuneração.

- negar essa realidade empresarial e pretender que, entre todos os lugares do mundo onde a prática de se conceder opções de compra para empregados é adotada, apenas aqui no Brasil ela seja enquadrada como uma rele operação mercantil entre partes que é algo inimaginável;
- à luz do contrato de concessão das opções de compra de ações e das notas explicativas às demonstrações contábeis, as *stock options* são oferecidas como vantagem adicional à remuneração básica, como um atrativo para que os executivos trabalhem e continuem trabalhando na companhia, quer dizer, são oferecidas pelo trabalho;
- a circunstância de o indivíduo estar prestando serviços à empresa e somente enquanto assim o estiver, é condição *sine qua non* para que ele possa se beneficiar da opção;
- as opções não eram objeto de compra e venda entre a companhia e os executivos beneficiários, sendo-lhes graciosamente outorgadas, o que também atua para se afaste seu caráter mercantil;
- uma opção de compra de ações mercantil é um título mobiliário que possui valor em si e cotação em bolsa de valores;
- o mercado de opções é o mercado em que são negociados direitos de compra e venda de lotes de ações, com preços e prazos de exercícios predeterminados
- o caso das *Employee Stock Options*, contudo, tal direito de compra é outorgado graciosamente aos administradores e executivos beneficiários, que não pagam pela opção de compra, não se realizando entre empresa e beneficiário nenhuma relação mercantil;
- em todos os contratos, a noção de justa causa trabalhista é decisiva na definição do tratamento a ser conferido às opções de compra, em caso de encerramento do vínculo;
- a manutenção ou o cancelamento das opções estão sempre na dependência do motivo pelo qual o vínculo com o executivo foi encerrado. Se esse encerramento se deu com base em motivo que configure justa causa nos termos da legislação trabalhista, ficam canceladas de pronto as opções concedidas;
- fosse a outorga das opções de ações uma relação meramente mercantil, como defendido pelo recorrente, não haveria que se falar que infrações cometidas no âmbito da relação de trabalho, tais como as que determinam a demissão por justa causa, influenciassem no destino das opções;
- a norma em comento contempla como remuneração qualquer acréscimo patrimonial que seja propiciado pela empresa ao segurado que lhe preste serviços em retribuição ao trabalho prestado;
- no caso, estão presentes todos os seus elementos da hipótese de incidência da contribuição previdenciária, na medida em que i) tem-se segurados empregados e contribuintes individuais (diretores não empregados); ii) recebendo pagamento por parte da empresa via alienação de ações a preços subsidiados, iii) em decorrência do trabalho prestado, pois é condição de fruição da *Stock Option* que o beneficiário esteja prestando trabalho;
- o argumento de que a empresa recorrente não efetua qualquer pagamento ao beneficiário é, portanto, falacioso, pois alienar as ações com deságio é efetuar pagamento, na medida em que a diferença entre o valor pago e o valor efetivo da

ação sai do patrimônio da empresa ou de seus sócios para ingressar no patrimônio do beneficiário;

- o que o beneficiário vai fazer com a ação adquirida da empresa com inegável deságio (ele só exerceu a opção porque naquele momento o deságio era concreto) não desnatura esse repasse de ativos da empresa, não afasta o fato de que a empresa, quando alienou as ações, experimentou uma perda em favor do beneficiário;

- cita situações extraídas do Direito dos Estados Unidos da América para defender que, em nosso ordenamento jurídico, como não há nenhum tipo de norma jurídico-tributário que diferencie o modo como devem ser tratados os diferentes planos de opção de compra de ações oferecidos aos empregados e diretores das companhias, estando as empresas livres para elaborar os planos nos termos que lhes parecerem mais adequado, esses planos, a exemplo do modelo americano, devem ser encarados como remuneração e submetidos à tributação correspondente;

- as *stock options* para empregados e administradores não são contrato mercantil, são política de remuneração variável. O empresário introduz no contrato de trabalho uma parte variável da remuneração, determinada pela entrega de ações da empresa a preço subsidiado. Essa concessão é concebida como um modelo de retribuição variável, baseada em parâmetros objetivos;

- revela-se acertado o entendimento do Fisco e das instâncias ordinárias de julgamento ao considerar como data da ocorrência do fato gerador de contribuições previdenciárias a competência do exercício da opção e como base de cálculo a diferença entre o valor das ações recebidas na data de exercício (preço de mercado) e o valor pago pelo beneficiário (preço de exercício).

Pugna a Fazenda Nacional para que seja negado seguimento ao Recurso Especial interposto pelo contribuinte ou, alternativamente, no mérito, seja negado provimento ao citado recurso, mantendo-se o acórdão, por seus próprios fundamentos, bem como com fundamento nas razões expendidas em sede de contrarrazões.

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

Conhecimento

O Recurso Especial interposto pela Contribuinte é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Plano de Previdência Complementar

De início, convém ressaltar que os argumentos trazidos nas contrarrazões da Fazenda Nacional quanto ao conhecimento referem-se especificamente ao lançamento relacionado ao plano de opção de compra de ações (*stock options*), em relação à previdência complementar, além de não haver questionamento a respeito do conhecimento, as situações abordadas nos acórdãos recorrido e paradigma retratam contextos fático e jurídico semelhantes, tendo os colegiados decidido de forma diversa. Portanto, não se vislumbra óbice ao

conhecimento do apelo no tocante à incidência de contribuições sobre os valores pagos a título de previdência complementar.

Stock Options

Quanto à incidência de contribuições sociais sobre opção de compra de ações (*stock options*) e aos critérios para definição da data de ocorrência do fato gerador e da base de cálculo da exigência tributária, a Fazenda Nacional infere que a Recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar a existência da divergência jurisprudencial, isto é, não demonstrou de forma analítica a semelhança entre as situações fáticas discutidas nos acórdãos cotejados.

Antes de proceder à análise dos paradigmas relacionados à matéria sob análise, importa salientar que estamos diante de Recurso Especial de Divergência, e que esta somente se caracteriza quando, perante situações fáticas similares, são adotadas soluções diversas, em face do mesmo arcabouço jurídico-normativo.

Afigura-se necessário esclarecer que, de acordo com o Relatório Fiscal (fls. 23/78) na situação retratada no acórdão recorrido, a companhia celebrou com seu diretor financeiro o denominado “Contrato de Opção de Compra de Ações” com as seguintes características:

8.3 O contrato tinha por objeto a outorga pela Companhia ao Beneficiário de 4 (quatro) opções de compra de ações representadas por “Units”. Cada opção abrangia 85.990 “Units”, totalizando 343.960 “Units”, sendo cada “Units” representativa de uma ação ordinária e seis ações preferenciais de emissão da Companhia.

8.4 As opções poderiam ser exercidas anualmente pelo Beneficiário durante 4 (quatro) anos consecutivos a contar da primeira data de início, correspondente a 31/03/2007, sendo o dia 31 de março de cada ano o dia de início para exercício de cada opção.

8.5 O preço a ser pago por “Unit” pelo Beneficiário, em decorrência do exercício de cada opção, seria de R\$ 1,79 (um real e setenta e nove centavos), corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV, calculado pro rata die, desde 01/02/2005 até a data do efetivo pagamento do preço de exercício da opção.

8.6 A partir da data de início, o Beneficiário teria 10 dias úteis para exercer a opção, assim denominado como “Prazo de Exercício da Opção”. A Opção somente poderia ser exercida em sua totalidade e dentro de cada Prazo de Exercício da Opção.

8.7 O contrato previa que cada Opção não exercida ficaria extinta de pleno direito. Entretanto, conforme pode ser verificada na cláusula 3.3, o saldo não subscrito poderia ser postergado para o vencimento da Opção seguinte, a critério do Beneficiário, no caso de o **Bônus Anual**, conforme definido em contrato denominado “Compromisso de Vinculação e Outros Pactos”, celebrado em 07/10/2005 entre o Beneficiário e a Anhanguera Educacional S/A (atual Anhanguera Educacional Ltda), não ser suficiente para o cumprimento de tal obrigação.

8.8 A única condição imposta ao Beneficiário para que as opções pudessem ser exercidas, além das formalidades previstas em contrato para o Exercício, foi a de que este prestasse serviços a Anhanguera Educacional S/A ou à Companhia, conforme cláusula 3.5. Portanto, o Diretor Financeiro da Companhia, Sr. Marcos Lima Verde Guimarães Júnior, teria o direito de exercer as opções em decorrência da prestação de serviço a uma das citadas empresas do grupo, ou seja, pelo exercício de sua atividade profissional em benefício do contratante de seus serviços. (Grifou-se)

Veja-se que o valor a ser desembolsado pelo diretor da Recorrente para o exercício das opções foi fixado em R\$ 1,79 (um real e setenta e nove centavos) por “Unit”, com correção estabelecida pelo IGP-M/FGV. Além do que, conforme ressaltado na decisão atacada, a única condição imposta para que as opções pudessem ser exercidas foi a de que, nessa ocasião, o gerente financeiro permanecesse prestando serviço à Anhanguera Educacional S/A.

Em vista disso, e considerando que a prestação de serviços pelo beneficiário à sociedade constituiu-se em condição sem a qual o contrato o contrato deixaria de ser aplicável, a decisão recorrida afastou a natureza mercantil da operação, considerando que o Plano de *Stock Options* tinha, em verdade, índole remuneratória.

No Acórdão Paradigma nº 2803-03.815 a situação é visivelmente diversa. De se esclarecer, preambularmente, que o voto condutor de referida decisão não afasta a hipótese de que, a depender da situação, os planos de opções de compra de ações possam ter naturezas jurídicas diversas, quer dizer, tais contratos, de acordo com essa decisão, podem ter caráter remuneratório ou tratar-se de operação meramente mercantil.

Na situação examinada naquele processo, a Turma Julgadora concluiu que as opções de compra de ações tratavam-se de plano de *stock options* clássico, submetido às regras do mercado em que o trabalhador vinculado à empresa emissora das opções era quem assumia os riscos decorrentes da volatilidade das operações. Senão vejamos:

No caso presente, não há participação monetária da Empresa na compra das ações, logo, de forma geral, trata-se de uma clássica de stock option, já de forma específica, no caso o valor pago não é pré-fixado, mas sim o próprio valor de mercado ou a ele representativo, obtido pela média da apuração do valor de mercado de três sessões da Bolsa de Valores de São Paulo anteriores a opção, o que se demonstra razoável. Assim, está claro que é o colaborador que assume o risco, pois como é sabido os valores reais das ações é volátil ao gosto do mercado, possíveis diferenças não são efetivas.

A única prova efetiva nos autos é que houve compra por alguns colaboradores com preços fornecidos pelo próprio mercado. Ou seja, o aumento ou a diminuição enquadrada como “remuneração” não está atrelada à prestação de serviços do segurado, mas sim à cotação das ações no mercado, o que demonstra a completa interdependência das relações jurídicas outrora analisadas. E, o valor recebido na venda, não é pago pela empresa, mas por terceiro que adquiria as ações.

Não há qualquer relação de ficta futura venda das ações entre a empresa e os compradores. Inclusive, no caso, a venda somente será permitida anos depois a compra.

Tais observações que operações como a do presente julgamento já foram estabelecidas como de natureza não remuneratória entre empresa e colaborador pelos Tribunal Superior do Trabalho em várias ocasiões, como exemplo: (Grifou-se)

Observe-se que, enquanto no acórdão recorrido o valor definido para o exercício das opções era predeterminado, sujeitando-se tão-somente às variações inflacionárias medidas pelo IGP-M/FGV, na situação paradigmática o quantum estabelecido para o exercício era obtido pela média da apuração do valor de mercado de três sessões da Bolsa de Valores de São Paulo anteriores à opção. Dito de outra forma, o exercício das opções não se submetia a montante prefixado, estando adstrito à cotação das ações no mercado. E mais, na situação retratada na decisão trazida a cotejo (Acórdão nº 2803-03.815) a venda das ações adquiridas somente era permitida anos após o exercício das opções, o que não se verificou na situação retratada na decisão fustigada.

Com efeito, a leitura dos excertos colacionados, permite concluir pela inexistência de qualquer dissídio interpretativo, uma vez que as diferentes soluções a que chegaram os acórdãos recorrido e paradigma não decorreram de divergência jurisprudencial, mas sim do conjunto fático específico de cada processo.

Nestas circunstâncias, em virtude da ausência de similitude fática, não se verificou caracterizada a divergência.

Quanto ao segundo paradigma – Acórdão n.º 2401-003.889 – percebe-se mais uma vez que as circunstâncias descritas em referida decisão não guardam a necessária identidade com aquela retratada no *decisum* atacado. É que, também nesse caso, foram as características inerentes ao contrato de *stock options*, as quais não guardam a necessária similaridade com o contrato analisado no processo em questão, que levaram o Colegiado prolator desse paradigma a concluir pela onerosidade de mais esse plano de opções. Abaixo trechos do aresto:

Não há dúvidas, portanto, de que a oferta de ações aos trabalhadores por meio de planos de stock options tem relação direta com a qualidade e importância do serviço prestado pelo beneficiário à empresa – já que, por óbvio, essas opções só são oferecidas àqueles que prestam serviços à Companhia emissora, com o objetivo de que essa prestação de serviços perdure e seja estimulada. Isso não implica, contudo, na automática caracterização de planos dessa natureza como remuneração.

É certo que, não estando presentes as características essenciais de contratos dessa natureza, poderá a fiscalização provar que se trata de forma disfarçada de remuneração, sobre a qual incidiria a contribuição previdenciária patronal acrescida do adicional correspondente.

[...]

A despeito disso, entendo que o fato de não ser exigido um valor para aquisição do direito futuro de exercício da opção de compra de ações, por si só, não retira deste o seu caráter oneroso, muito menos o risco atinente a esse tipo de contrato.

Isto porque, embora não seja preciso fazer desembolso inicial para adquirir a opção, o exercício da opção de ações do Recorrente é inequivocamente oneroso, já que existe a obrigação de o beneficiário pagar o preço fixado para a aquisição das ações, sendo este preço, a teor da cláusula sexta do plano, determinado pela média dos preços das ações nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data das opções, facultado ajuste de até 20%, para mais ou para menos. Esse preço do exercício das ações é devidamente reajustado até o mês anterior ao do exercício da opção pelo IGPM.

Além do critério para definição do preço do exercício ser razoável, vez que considera a média de preços das ações na Bolsa de Valores de São Paulo, bem como ser devida a correção dos valores, considerando índice regularmente praticado (IGPM), as regras quanto ao prazo para pagamento são as mesmas aplicáveis à liquidação de operações na Bolsa de Valores de São Paulo. [...]

[...]

Conquanto o colegiado paradigmático considere possível a oferta de ações aos trabalhadores por meio de planos de *stock options*, sem que isso implique automática caracterização de planos dessa natureza como remuneração, admite que, não estando presentes as características essenciais de contratos dessa natureza, poderá a fiscalização tratá-los como remuneração disfarçada.

Ademais, assim como no primeiro paradigma, os planos de *stock options* referidos no Acórdão n.º 2401-003.889 foram considerado como de caráter mercantil porque o valor fixado para o exercício das opções foi determinado pela média dos preços das ações nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data das opções, com a possibilidade de um ajuste de até 20% (vinte por cento), para mais ou para menos. Esses critérios estabelecidos para a formação do preço da ação, que em nada se equiparam com os revelados pela decisão fustigada, segundo o paradigma, são os mesmos aplicáveis à liquidação de operações na Bolsa de Valores de São Paulo em operações comuns de mercado.

Forçoso concluir mais uma vez pela inexistência de dissídio interpretativo, tendo em conta que as diferentes soluções a que chegaram os acórdãos recorrido e paradigma não decorreram de divergência jurisprudencial, mas sim das especificidades fáticas de cada um dos casos.

Em razão da dessemelhança entre situação retratada nos autos e os casos trazidos a colação, não há como se afirmar que os colegiados prolatores de tais decisões chegariam a conclusão análoga, caso estivessem diante do cenário aqui refletido.

De se esclarecer que o § 8º do art. 67 do Anexo II do RICARF estabelece que a divergência arguida em sede de Recurso Especial deve ser demonstrada analiticamente, com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido. Para tanto, não é suficiente afirmar de forma genérica que o juízo adotado pelos colegiados recorrido e paradigmáticos se devam ao fato de que as premissas perfilhadas em cada caso tenham sido diversas, como intenta a recorrente, faz-se necessário demonstrar que, diante de situações análogas, foram adotadas decisões conflitantes. Não tendo a Recorrente logrado fazer tal comprovação, não vejo como, neste ponto, conhecer do apelo recursal.

Ainda com relação ao plano de *stock options*, como argumento subsidiário, a Recorrente questiona os aspectos temporal e quantitativo do fato gerador da obrigação tributária objeto do lançamento. No seu entender, consoante o CPC 10, a base de incidência do tributo seria o valor justo do benefício e o momento correto para a apuração do valor justo seria a data de outorga da opção.

No tocante a essa matéria, o Recurso Especial volta-se contra o Acórdão de Embargos nº 2301-005.006.

Como paradigma apto a comprovar a divergência, mais uma vez recorre-se ao Acórdão nº 2803-03.815. De acordo com a peça recursal o acórdão vergastado consignou que o fato gerador da contribuição previdenciária sobre *stock options* considerar-se-ia ocorrido na data do exercício da opção, sendo que a base de cálculo corresponderia à diferença entre o valor das ações na data do exercício (preço de mercado) e o valor pago pelo beneficiário (preço de exercício). Diferentemente disso, o acórdão paradigma, teria consignado não ser possível a tributação sobre fatos futuros, bem como sobre sua expectativa, tendo assinalado que a base de cálculo aferida pela diferença entre o preço da opção ofertado ao beneficiário e o valor de mercado das ações representa mera ficção.

Não obstante os argumentos trazidos no Recurso Especial, mais uma vez, não vejo como considerar que as situações confrontadas guardem relação de similaridade.

O quadro a seguir apresenta informações extraídas de tais decisões acerca do momento da ocorrência do fato gerador das contribuições, bem assim as bases de cálculo consideradas em cada uma das circunstâncias objeto de apreciação:

Acórdão de Embargos nº 2301-005.006 (Decisão Recorrida)	Acórdão Paradigma nº 2803-03.815
Pela tabela acima verifica-se que <u>a fiscalização considerou como data da ocorrência do fato gerador de contribuições previdenciárias a competência do exercício da opção e como base de cálculo a diferença entre</u>	V – Em fundamento suplementar, abre-se parênteses, em razão da volatilidade do mercado no preço do valor das ações em Bolsa de Valores, <u>gera dúvidas da tese levantada pelo fiscal para apurar a base de</u>

<u>o valor das ações recebidas na data de exercício (preço de mercado) e o valor pago pelo beneficiário (preço de exercício).</u>	<u>cálculo, pois do momento da compra das ações até sua efetiva venda, as ações somente representam expectativa de valores. A tributação de fatos futuros ou de expectativa de sua ocorrência somente podem ser objetos de tributação mediante definição expressa da presunção em lei, ou quando seu evento futuro é certo ou presumível (art. 105, do CTN). A compra de ações, em qualquer uma das formas, mediante Plano de Opção, Bolsa de Valores ou mercado de balcão finaliza-se no próprio ato, não se presume a futura venda, pois elas geram direitos diversos além dos valores de disponibilização.</u> <u>Venda essa que, no caso, somente será permitida após anos do ato de opção, tirando qualquer possibilidade de conversão de remuneração imediata. Assim, a presunção de base de cálculo com a diferença do preço ofertado pela própria Recorrente com o preço de mercado é fictício, e que não foi trazido nos autos qualquer fato que pudesse efetivamente apresentar que houve a venda das ações. Inclusive, conforme dados juntados no Recurso Voluntário, os valores das ações momentos posteriores às efetivas compras comprovariam que elas estavam em valores mais baixos. Haveria incidência de tributos de fato econômico negativo, mesmo em absurda desobediência a necessidade constitucional de que a ocorrência do fato tributário represente algum ganho ou vantagem econômica (art. 145, § 1º, da CF/1988)?</u>
---	--

Observe que na decisão recorrida, o momento da ocorrência do fato gerador e a base de incidência do tributo estão claramente definidos:

- momento da ocorrência do fato gerador: competência do exercício da opção; e
- base de cálculo: diferença entre o valor das ações recebidas na data de exercício (preço de mercado) e o valor pago pelo beneficiário (preço de exercício).

De outra parte, o texto do paradigma nos leva a concluir que embora o critério adotado para a definição da base incidência da exação guarde alguma similaridade com aquela retratada no presente caso, as conclusões a que chegaram o colegiado recorrido e paradigmáticos decorreram das especificidades de cada caso. De fato, em ambas as situações a base de cálculo é definida como sendo a diferença entre o valor de mercado na data do exercício das opções e o

valor do efetivo exercício. Ocorre que, de conformidade com a aquela decisão, como não é possível a venda das ações adquiridas no ato da opção, *“do momento da compra das ações até sua efetiva venda, as ações somente representam expectativa de valores”* e é exatamente essa peculiaridade que leva o Colegiado *a quo* a concluir que *“A tributação de fatos futuros ou de expectativa de sua ocorrência somente podem ser objetos de tributação mediante definição expressa da presunção em lei, ou quando seu evento futuro é certo ou presumível”*.

Essa constatação pode ser facilmente extraída do trecho do Acórdão nº 2803-03.815 (paradigma) em que se afirma que, no contexto ali retratado, somente era permitida a alienação das ações *“após anos do ato de opção, tirando qualquer possibilidade de conversão de remuneração imediata”*. Essa conclusão é corroborada por outro trecho do paradigma em que se traz a seguinte indagação: *“Haveria incidência de tributos de fato econômico negativo, mesmo em absurda desobediência a necessidade constitucional de que a ocorrência do fato tributário represente algum ganho ou vantagem econômica (art. 145, § 1º, da CF/1988)?”*

Em vista de tudo isso, e considerando-se que essas singularidades não se encontram presentes no julgado desafiado, não restou comprovada a similitude fática entre as situações trazidas à comparação, não sendo possível afirmar que, diante dos fatos descritos nos autos, o colegiado paradigmático adotaria solução semelhante àquela apontada na decisão colacionada.

Por essa razão, deixo de conhecer do Recurso Especial também neste ponto.

Mérito

Evocando novamente o Relatório Fiscal, vê-se que, no período a que se refere a autuação, a Anhanguera Educacional LTDA celebrou contrato de adesão a Planos Geradores de Benefícios Livres – PGLB com a REAL VIDA E PREVIDÊNCIA S/A, cujo objeto foi a instituição de Programa Coletivo de Previdência Privada. Referido programa não foi disponibilizado à totalidade de seus empregados e dirigentes, tendo sido oferecido apenas para um grupo de executivos da empresa.

Como os planos mencionados pela autoridade autuante tratam-se de PGBL, constata-se serem planos instituídos e regime aberto.

O entendimento materializado no Relatório Fiscal, e corroborado pela decisão *a quo*, é de que os valores das contribuições pagas por pessoa jurídica referentes a programas de previdência complementar, ainda que abertos, somente deixam de integrar o salário-de-contribuição quando disponíveis à totalidade de empregados e dirigentes da empresa.

Assim, constando-se que o benefício fora oferecido apenas a um grupo determinado de segurados, depreendeu-se que as quantias pagas a título de previdência complementar integrariam o conceito de salário-de-contribuição, sujeitando-se às contribuições destinadas à Seguridade Social e a terceiros, posto que inaplicável a hipótese de não incidência prevista na alínea “p” do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991.

Impende esclarecer que autuação, bem assim o acórdão recorrido, são silentes quanto a eventual desvirtuamento da natureza dos pagamentos ou discriminação dentro de uma mesma categoria de beneficiários. O fundamento no qual se ancora tanto o lançamento quanto a decisão do Colegiado Ordinário, repise-se, é de que, por não ser extensível à totalidade de empregados e dirigentes do Sujeito Passivo, o benefício estaria sujeito às contribuições sociais objeto do lançamento.

Essa matéria já foi alvo de amplos debates neste Conselho e a tese que tem se firmado, e que corrobora o meu entendimento a respeito do tema, é quanto a não incidência de contribuições previdenciárias e de terceiros quando único óbice para tanto é a não extensão do benefício à totalidade dos empregados e dirigentes da empresa que oferece o benefício.

Em virtude disso, trago à colação os fundamentos do Acórdão nº 9202-003.193, de 07/05/2014, e, por concordar com esses fundamentos, os adoto-os como razões de decidir:

No mérito, a discussão nos presentes autos se refere à obrigatoriedade de se disponibilizar programa de previdência privada complementar (em regime aberto) à totalidade dos empregados e dirigentes para que tais valores não integrem o salário de contribuição e, consequentemente, não estejam sujeitos à incidência de contribuições previdenciárias.

A fiscalização aplicou à espécie o art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91, segundo o qual contribuições da empresa para planos de previdência privada de seus empregados e dirigentes somente não estão sujeitas a contribuições previdenciárias se estiverem disponíveis à totalidade de seus empregados e dirigentes. In verbis:

“Art.28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

(...)

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT;”
(Destaquei)

Referido dispositivo foi incluído na Lei 8.212/91 no âmbito das alterações promovidas pela Lei 9.528, de dezembro de 1997. Nada obstante o dispositivo acima transcrito não tenha sido expressamente revogado, a regulação da matéria foi substancialmente alterada pela Emenda Constitucional 20/1998 e pela Lei Complementar 109/2001.

Com o advento da Emenda Constitucional 20/1998, que alterou o art. 202 da Constituição Federal, a previsão de que as contribuições pagas pelo empregador a título de previdência privada para seus empregados não integram a remuneração do empregado ganhou status constitucional, in verbis:

“Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (...)

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.”(Destaquei)

A Lei Complementar 109/2001 foi aprovada para regulamentar o referido dispositivo constitucional e previu, no mesmo sentido da Constituição Federal, que as contribuições do empregador feitas a entidades de previdência privada não estão sujeitas a tributação e contribuições de qualquer natureza:

“Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim

como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes. (...)

Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1º Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza. (...)” (Destaquei)

Da leitura dos dispositivos acima se constata que eles não contêm a condição antes prevista no art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91. Isto é, nos termos dos arts. 68 e 69 acima citados, as contribuições que o empregador faz ao plano de previdência complementar do empregado não devem ser consideradas parte de sua remuneração e, especificamente, sobre elas não devem incidir quaisquer tributos ou contribuições.

Especificamente em relação aos planos abertos de previdência complementar, como é o caso dos presentes autos (...), a Lei Complementar 109/2001 permite de forma expressa que sejam disponibilizados pelo empregador a grupos de uma ou mais categorias específicas dos seus empregados:

Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas

Art. 26. Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser:

I – individuais, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas; ou

II – coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

§1º O plano coletivo poderá ser contratado por uma ou várias pessoas jurídicas.

§ 2º O vínculo indireto de que trata o inciso II deste artigo refere-se aos casos em que uma entidade representativa de pessoas jurídicas contrate plano previdenciário coletivo para grupos de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas.

§ 3º Os grupos de pessoas de que trata o parágrafo anterior poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, podendo abranger empresas coligadas, controladas ou subsidiárias, e por membros de associações legalmente constituídas, de caráter profissional ou classista, e seus cônjuges ou companheiros e dependentes econômicos.(Destaquei).

A Lei Complementar 109/2001 não apenas omitiu a condição antes prevista no art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91 (isto é, estabeleceu que as contribuições do empregador a plano de previdência privada ou complementar dos empregados não devem ser consideradas como remuneração destes e não se submetem à incidência de qualquer imposto ou contribuição) como também expressamente permitiu o estabelecimento de planos de previdência complementar abertos coletivos, os quais podem ser compostos por grupos de uma ou mais categorias específicas de um mesmo empregador.

A *ratio* motivadora do legislador complementar parece ter sido o de estimular a poupança privada pelos vários meios possíveis, inclusive a instituição de programas pelos empregadores em benefício de categorias específicas de empregados quando se tratar de plano aberto, oferecido pelo mercado, evitando o ‘engessamento’ que por certo desestimularia a concessão de planos se houvesse rigidez exagerada quanto no público alvo do plano. Neste ponto, ainda que se entenda que a regulamentação do art.202, § 2º, da Constituição Federal deveria ter sido veiculada por lei formalmente ordinária, em vista do previsto na parte final do dispositivo, a conclusão seria que, nesta parte, a Lei Complementar 109/2001 atua materialmente como lei ordinária,

regulando a matéria de modo diferente da regulamentação anterior da Lei 8.212/91, com as alterações da Lei 9.528/97.

A noção de que as leis complementares em sua forma também o são em sua substância ou matéria apenas e tão somente quando regulam matérias reservadas a esta espécie legislativa pela Constituição é assente na moderna doutrina e na jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, consagrada no julgamento da ADIN 4.0715 (que tratou da COFINS de sociedades civis).

Neste caso, o plenário do E. STF entendeu que lei ordinária poderia revogar previsão de lei complementar anterior que tratava de matéria não reservada especificamente à lei complementar pela Constituição Federal já que, neste ponto a previsão contida em lei complementar tem status de lei ordinária (é materialmente lei ordinária).

Deste modo, entendo que a condição estabelecida pelo artigo 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91, isto é, a cláusula ‘desde que o programa de previdência complementar, aberto ou fechado, esteja disponível à totalidade de empregados e dirigentes’ para que a contribuição do empregador a plano de previdência complementar não sofra incidência de contribuição previdenciária não é aplicável aos casos de previdência privada complementar em regime aberto coletivo, uma vez que legislação posterior (arts 68 e 69 c/c art. 26, §§ 2º e 3º, todos da Lei Complementar 109/2001 e transcritos acima) deixou de prever tal condição e, além disto, expressamente previu a possibilidade de o empregador contratar a previdência privada para grupos ou categorias específicas de empregados.

Por óbvio que tal faculdade não pode servir de propósito a transmutar remuneração ou prêmio em contribuição a previdência privada não tributável, aspecto que deve ser aferido considerando as circunstâncias fáticas do caso.

(...)

A meu ver, as exclusões de elegibilidade em questão se aplicam a categorias específicas de empregados, estando dentro dos limites da faculdade conferida ao empregador pelo art. 26, § 3º da Lei Complementar 109/2001, não constituindo discriminação ou escolha aleatória ou subjetiva de pessoas pelo empregador que pudesse transmutar a contribuição para a previdência privada em prêmio, mas eleição de uma ou mais classes ou categorias de empregados a serem beneficiados.”

Sobre o argumento trazido pela Fazenda Nacional em sede de contrarrazões de a Contribuinte não teria demonstrado existência de critérios, classes, grupos ou categorias específicas de empregados a serem beneficiados pelo plano, entendo que a comprovação desse requisito somente seria exigível se o lançamento estivesse também pautado no seu descumprimento. Porém, como o único óbice oposto no lançamento para a exclusão do importe despendido pela Recorrente do salário-de-contribuição foi o fato de o benefício não se estender à totalidade de seus empregados e dirigentes, sem qualquer referência a descaracterização da natureza da verba, tampouco de discriminação dentro do grupo beneficiários, dou provimento ao Recurso Especial interposto pela Contribuinte, nesta parte.

Encaminhamento de Intimações a Procuradores

Quanto ao encaminhamento das decisões proferidas neste processo aos procuradores da Contribuinte, de se esclarecer que estamos diante de Recurso Especial de Divergência, que é de cognição restrita e não comporta o exame de questões dessa natureza. De todo modo, trago a colação a Súmula Vinculante CARF nº 110, de observância obrigatória pelos

Conselheiros do CARF, em que se esclarece ser incabível dirigir intimação ao endereço de advogado do sujeito passivo:

Súmula CARF nº 110 No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Conclusão

Ante o exposto, conheço parcialmente do Recurso Especial da Contribuinte e, na parte conhecida, dou-lhe provimento, para excluir do lançamento os valores referente aos planos de previdência complementar.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho