



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

**Processo n°** 10980.724031/2011-88  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2401-003.045 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 18 de junho de 2013  
**Matéria** SALÁRIO INDIRETO, OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES - STOCK OPTIONS  
**Recorrente** ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S.A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/03/2009 a 31/10/2010

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

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

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

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

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

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

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

#### UTILIDADES FORNECIDAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS CONSTITUEM SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

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

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

Partindo do pressuposto de que os planos de opções de compra de ações (Stock Options) possuem natureza mercantil. Cabe a autoridade fiscal o ônus de demonstrar e comprovar que houve desvirtuamento dos referidos planos, a ponto de que venham a ser desnaturados como decorrentes de uma operação mercantil e caracterizados como remuneração indireta.

Não comungo do entendimento de que a ausência de demonstração do desvirtuamento dos planos de opções de compra de ações (Stock Options) trate-se de mero vício formal, posto que caso a fiscalização não demonstre o efetivo desvirtuamento há de ser mantida a natureza mercantil dos referidos planos, que não se sujeitam à incidência de contribuições previdenciárias, o que acarreta a improcedência do lançamento.

#### JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE LEGAL

Ao contrário do que entendeu o recorrente , a aplicação de juros sobre multa de ofício é aplicável na medida que esta faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional - CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo.

#### EXCLUSÃO DOS CORRESPONSÁVEIS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Entendo que a fiscalização previdenciária não atribui responsabilidade direta aos sócios, pelo contrário, apenas elencou no relatório fiscal, quais seriam os responsáveis legais da empresa para efeitos cadastrais. Dessa forma, não há motivos para que os mesmos sejam excluídos do relatório de Vínculos ou

#### Corresponsáveis.

---

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento as contribuições decorrentes dos fatos geradores referentes aos programas anteriores ao ano de 2004. Vencidos os conselheiros Kleber Ferreira de Araújo, que excluía as referidas contribuições por vício material e a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que excluía por vício formal. II) Pelo voto de qualidade, manter as contribuições decorrentes dos fatos geradores referentes aos programas posteriores ao ano de 2004. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que davam provimento, também, nesta parte. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Elias Sampaio Freire. Apresentarão declaração de voto os conselheiros Igor Araújo Soares e Carolina Wanderley Landim.

Elias Sampaio Freire – Presidente e Redator Designado

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

## Relatório

O presente Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n. 51.008.077-4, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, sobre a remuneração paga aos contribuintes individuais que lhe prestaram serviços no período compreendido entre 03/2009 a 10/2010.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 728 a 743, o débito teve como origem o levantamento de contribuições previdenciárias sobre remunerações na forma de Opções de Compra de Ações (Stock Options). Tais remunerações foram pagas a executivos e empregados da empresa, de suas coligadas e controladas e a prestadores de serviço das mesmas.

Trouxe o auditor inicialmente a definição sobre o Plano de Opção de Compra de Ações:

*6) Aos poucos vem sendo abandonado o modelo único de salário fixo e sendo introduzidos sistemas de remuneração variável. Dentre esses se destacam os planos de opção de compra de ações a preço pré-fixado.*

*7) A Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404/76) dispõe em seu art. 168, §3º:*

*Art. 3. 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 as pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.*

*8) A oferta dos planos, inicialmente voltados para empregados estrangeiros expatriados, passou a ser estendida a empregados brasileiros.*

*9) Os planos de opção de compra de ações dão aos seus detentores o direito de comprarem ações da sua empresa a um preço fixado dentro de certo período. Frequentemente as opções só podem ser exercidas depois de decorrido um período de aquisição de direitos e/ou se tiverem sido preenchidas certas condições.*

*10) Em geral os planos possuem os seguintes elementos:*

*a) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção;*

*b) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções;*

*c) termo de opção – prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação.*

*11) O preço de exercício é o preço a pagar para se obter a ação quando a opção é exercida, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado. Caso o desconto ou prêmio seja significativo a ponto de eliminar o risco*

*da operação futura, a concessão poderá enquadrar-se como salário-utilidade. A existência de risco é de fundamental importância na caracterização mercantil de qualquer relação contratual.*

*12) O prazo de carência costuma variar entre 3 e 5 anos e o termo de opção entre 5 e 10 anos da data da concessão da opção de compra.*

Ainda em seu relatório disserta o auditor sobre a natureza remuneratória dos planos de opção de compras de ações. Neste caso, cita sentença trabalhista na qual o juiz reconheceu a natureza salarial dos planos de opção nas situações em que a empresa entrega ações ao beneficiário, a preço prefixado, para que opte por sua compra a qualquer tempo, auferindo lucro sem enfrentar qualquer risco. A ausência de risco é reforçada considerando-se que nem sempre há a necessidade de pagamento antecipado para a compra das ações. A decisão implica na integração do resultado obtido pelo beneficiário daquela operação em todos os títulos contratuais pertinentes.

No mesmo sentido, ressalta que em outra sentença trabalhista o juiz reconheceu a natureza salarial dos planos de opção ao julgar ação em que o autor postulava o benefício. Segundo o auditor, descreveu o magistrado que o relevante é determinar se a vantagem decorreu ou não do serviço prestado, se foi concedido pelo serviço ou para o serviço. Se a concessão foi pelo serviço prestado, para remunerá-lo, gratificá-lo ou premiá-lo, fica evidente a natureza salarial. Assim, ele pondera que o fato do valor dessa remuneração depender de eventos futuros e incertos, como por exemplo, o valor da ação no momento da subscrição, é condição inerente à modalidade salarial in natura concedida, podendo a mesma ter valor neutro, ou zero, isso quando o valor de subscrição for superior ao valor de compra no mercado de balcão. O fato de o trabalhador ter que comprar ações da empresa por um preço fixo também não afasta a natureza salarial, na visão do magistrado. Ele entende que é uma situação atípica, na qual o salário in natura está condicionado à lucratividade da operação mercantil a ser realizada. Para explicar o seu raciocínio, o juiz cita, como exemplo, a hipótese de determinada empresa ter a política de vender seus veículos usados para seus empregados a preços subsidiados, muito abaixo do preço de mercado. Nessa circunstância, ele considera indiscutível a natureza remuneratória da vantagem, e, ainda assim, o empregado terá que comprar o veículo e também não terá garantia de que conseguirá vendê-lo, obtendo lucro na transação. Portanto, o julgador entende que afastar a natureza jurídica salarial do instituto apenas pela imprevisibilidade do valor, pela incerteza quanto ao lucro, ou mesmo, pela necessidade de exercício de compra, significaria possibilitar a prática de fraudes. Isso porque bastaria a um empregador que pretende dar um prêmio ou luvas a seu empregado conceder a ele “Stock Options” com preço abaixo do mercado, com prazo de carência curto. Dessa forma, esse empregador conseguiria, com facilidade, negar a integração salarial da parcela, mesmo se a vantagem fosse concedida pelo trabalho prestado.

Por fim, demonstra o auditor como a empresa ALL – América Latina, realizou o plano de opção de compra de ações:

*15) A empresa criou “Plano de Opção de Compra de Ações”, aprovado pela Assembléia Geral de 01 de abril de 1999 (fls. 69/75). O Plano é administrado por um Comitê composto especificamente para este fim que periodicamente cria “Programas de Opção de Compra de Ações”. Os Programas têm por objeto a aprovação do modelo de “Contrato de Oferta à Subscrição ou Compra a Termo de Ações e Outros Pactos”,*

definindo, dentre diversas questões, os Beneficiários, a quantidade de opções outorgadas a cada Beneficiário e o valor e a forma de contribuição para aquisição das ações. A Empresa instituiu Programas anualmente entre 1999 e 2010, com exceção de 2002 e 2004. Os Programas de 2007 e 2008 foram cancelados em 03 de agosto de 2009 e os Beneficiários tiveram as suas opções trocadas por opções do Programa 2009, em condições de exercício mais favoráveis ao cenário econômico da época.

16) Os Programas são aprovados pelo Comitê de Administração do “Plano de Opção de Compra de Ações”, o qual aprova também os modelos de “Contrato de Oferta à Subscrição ou Compra a Termo de Ações e Outros Pactos”, “Relação de Beneficiários Indicados pela Diretoria da Companhia”, e modelos de “Contrato de Empréstimo”, os quais passam a fazer parte integrante do Programa. As “Relações de Beneficiários” dos diversos Programas foram tabuladas na “Relação de Beneficiários do Plano de Opção de Compra de Ações” (fls. 710/716), na qual podemos observar a distribuição das concessões de outorga entre os Beneficiários.

(...)

18) A empresa esclarece que o “Plano de Opção de Compra de Ações” é uma vantagem adicional concedida a seus colaboradores com a finalidade de compor, motivar e manter o seu quadro. O “Plano de Opção de Compra de Ações” é gerido por um Comitê que define quem serão os Beneficiários e a quantidade de ações que cada Beneficiário poderá subscrever. O Comitê tem autonomia para dar tratamento diferenciado aos Beneficiários conforme suas atribuições e desempenho. O Anexo V da Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 1º de abril de 1999 (“Plano de Opção de Compra de Ações”) esclarece:

a) A empresa reconhece como objetivo do “Plano de Opção de Compra de Ações” criar uma vantagem adicional oferecida a administradores, empregados e profissionais com a finalidade de atraí-los e mantê-los a seu serviço (item “1.b” do “Plano de Opção de Compra de Ações”);

b) O “Plano de Opção de Compra de Ações” é administrado pelo Conselho de Administração da empresa ou por um Comitê eleito especificamente para este fim, o qual pode “tratar de maneira diferenciada Beneficiários que se encontrem em situação similar, não estando obrigado, por qualquer regra de isonomia ou analogia, a estender a outros Beneficiários qualquer condição ou deliberação que entenda aplicável apenas a um ou mais Beneficiários determinados (itens “2.a” e “2.e” do “Plano de Opção de Compra de Ações”);

c) O Comitê cria os “Programas de Opção de Compra de Ações”, definindo “as pessoas a quem serão outorgadas opções de fazer contribuições para aquisição de ações no âmbito do Plano (os “Beneficiários”)” e o “número de ações que os Beneficiários terão direito de subscrever com o exercício da opção (itens “2.1.a” e “2.1.b” do “Plano de Opção de Compra de Ações”);

d) O Comitê escolherá, para cada Programa, aqueles que farão jus à outorga da opção, conforme as atribuições,

responsabilidades e/ou desempenho de cada um” (item 3 do “Plano de Opção de Compra de Ações”).

19) Os “Programas de Opção de Compra de Ações”, tanto nos Contratos Modelo “A” quanto nos Contratos Modelo “B” preveem que o beneficiário deve efetuar o pagamento de 10% do valor das ações, no ato da assinatura do contrato, como condição para aquisição do direito à opção de compra de ações. Este ônus é afastado pela concessão feita pela empresa aos Beneficiários de empréstimo para quitação desta obrigação, conforme abaixo:

20) Por ocasião da Crise Financeira Internacional de 2008, os “Programas de Opção de Compra de Ações” 2007 e 2008 ficaram, a partir de certo momento, com o preço de exercício superior ao preço de mercado. O Programa 2007 tinha preço de exercício estipulado em R\$ 21,00 por Unit e o Programa 2008 em R\$ 20,00 por Unit. As Units da ALL compõem-se de certificados de depósito de ações representando, cada certificado, 1 (uma) ação ordinária (ON) e 4 (quatro) ações preferenciais (PN) de emissão da empresa. No período 2007/2008 as Units superaram a cotação de R\$ 25,00, mas com a depreciação experimentada com a Crise Econômica criou-se uma situação que faria com que os Beneficiários não tivessem interesse em exercer seus direitos, já que o exercício se traduziria em prejuízo no momento em que as ações fossem negociadas no mercado. A empresa então procedeu ao cancelamento das opções dos Programas 2007 e 2008, substituindo-as por opções do programa 2009 – com preço de exercício mais baixo, na razão de 9 para 5. O Programa 2009 foi lançado com o preço de exercício de R\$ 11,00 por Unit (o preço de mercado na data era de R\$ 12,35). A deliberação do Comitê está documentada na Ata de 03 de agosto de 2009, conforme abaixo:

21) Em 10 de setembro de 2010 foi instituído o Programa de Opção de Compra de Ações 2010, o qual prevê preço de exercício de R\$ 0,01 por ação (o preço médio de mercado nessa data era de R\$ 16,50). O Programa 2010 condiciona o direito à outorga das opções a parâmetros de desempenho global da empresa (meta para o EBIDTA) e a parâmetros de desempenho individual dos Beneficiários (pontuação igual ou superior a 80 pontos na média dos exercícios sociais de 2010, 2011 e 2012, de acordo com o Sistema Integrado de Gestão). As outorgas poderão ser exercidas a partir do cumprimento das condições referidas no Programa, conforme abaixo:

22) A Deliberação CVM nº 562, de 17 de dezembro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários aprovou o Pronunciamento Técnico CPC 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata de Pagamento Baseado em Ações, o qual descreve em sua Visão Geral:

#### COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS PRONUNCIAMENTO TÉCNICO CPC 10 (R1)

*Pagamento Baseado em Ações Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IFRS 2 (IASB – BV 2010) 12. Via de regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são concedidos aos empregados como parte da remuneração destes, adicionalmente ao salário e outros benefícios concedidos. Normalmente não é possível mensurar de forma direta cada componente específico do pacote de remuneração dos empregados, bem como não é possível mensurar o valor justo do pacote como um todo. Portanto, é necessário mensurar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados. Além disso, ações e opções de ações são concedidas como parte de um acordo de pagamento de bônus ao invés de o serem como parte da remuneração básica dos empregados, ou seja, trata-se de incentivo para permanecer empregados na entidade ou de recompensa por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade. Ao beneficiar empregados com a concessão de ações ou opções de ações adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios adicionais. Em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar o o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados como o valor justo dos serviços recebidos (grifo nosso).*

23) *Em observância às disposições do Pronunciamento Técnica CPC 10, a empresa passou a reconhecer as despesas registradas com serviços recebidos de empregados nos períodos, decorrentes de transações de pagamento baseadas em ações, somando R\$ 22.247.000,00 em 31 de dezembro de 2010 e R\$ 20.290.000,00 em 31 de dezembro de 2009, conforme Notas Explicativas abaixo:*

24) *As Notas Explicativas da Administração às Demonstrações Financeiras para o exercício findo em 31/12/2010 esclarecem que as contribuições de cada Beneficiário são contabilizadas como “Adiantamento para Futuro Aumento de Capital” a partir de controles individuais.*

25) *A empresa apresentou o “Controle Histórico de Exercícios de Opções e Entrega de Ações aos Beneficiários” (fls. 680/697). Consiste em conta-corrente por Beneficiário onde são registradas as suas contribuições. Existem duas formas de contribuição: por depósito em conta-corrente da empresa ou retenção em folha de pagamento. A retenção em folha de pagamento ocorre principalmente no mês de fevereiro, quando são creditados os valores referentes ao Programa de Remuneração Variável mantido pela empresa. Na análise da cláusula sexta dos “Contratos de Oferta à Subscrição ou Compra a Termo de Ações e Outros Pactos” verificamos a possibilidade de os Beneficiários, a partir da integralização de 30% das suas obrigações, requererem a emissão das ações, aliená-las por corretora designada pela empresa. Nesta operação a corretora repassará os 70% restantes das obrigações do Beneficiário diretamente para a empresa, creditando o saldo remanescente ao Beneficiário. O procedimento é detalhado no item 6.2.*

26) *Conforme observado nos itens precedentes, concluímos:*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

a) O “Plano de Opção de Compra de Ações” tem natureza remuneratória, destinando-se a criar um atrativo ao Beneficiário e a mantê-lo na empresa pela promessa de ganhos futuros;

b) O lançamento de Programas tem caráter de habitualidade, com periodicidade anual, à exceção de 2002 e 2004;

c) O Comitê afasta o eventual risco das operações por meio de empréstimos aos Beneficiários, de modo que todos possam aderir ao Plano e intervêm quando as condições de mercado tornam o exercício das opções desvantajosas aos Beneficiários, conforme demonstrado por ocasião da substituição das opções dos Programas 2007 e 2008 pelo Programa 2009;

d) O Comitê possibilita aos Beneficiários a alienação de suas opções não integralizadas, retendo o valor referente ao pagamento do exercício. A alienação é feita por corretora designada pela empresa. Combinando a possibilidade de contrair empréstimo para o pagamento da parcela inicial de 10% para adesão ao Programa e a alienação das ações em operação simultânea à quitação do valor do exercício, o Beneficiário evita o próprio desembolso e afasta qualquer risco na operação, já que tem condições de escolher a melhor ocasião para a venda, em momento anterior ao da integralização de suas opções;

e) O Comitê possui poderes para definir os Beneficiários e para outorgar opções de acordo com as suas atribuições e como o desempenho individual de cada um;

f) A empresa ofertou Programa 2010 por valor vil (R\$ 0,01 por ação), dirimindo qualquer dúvida quanto ao caráter remuneratório do mesmo;

g) O Programa 2010 explicita condições para o exercício do Programa, as quais são metas de natureza coletiva (EBITDA da empresa) e de natureza individual (avaliação por meio de Sistema Gerencial), corroborando a contraprestação. Apesar de o período de carência para o exercício das opções estender-se até 31/12/2012, o Programa 2010 expõe de maneira cristalina os objetivos do “Plano de Opção de Compra de Ações” da empresa.

No que pertine ao objeto do lançamento, qual seja pagamentos aos contribuintes individuais na forma de Plano de Opção de Compra de Ações, destaca o auditor que o benefício concedido não encontra-se no rol de exclusão descrito no artigo 28, § 9 da lei 8212/91.

Com relação a apuração da base de cálculo descreveu o auditor que foi elaborado “Demonstrativo do Valor Intrínseco das Opções por Ocasão do Exercício” (fls. 717/727) com subtotais por competência e discriminação por Beneficiário e Operação, com as seguintes informações:

a) Valor pago no exercício: valor apurado a partir do “Controle Histórico de Exercícios de Opções e Entrega de Ações aos Beneficiários” (fls. 680/697) apresentado pela empresa, detalhando a quantidade de opções de ações ON e PN, o custo por ação e o valor total

pago no exercício (incluídos os valores contabilizados a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital);

b) Valor de mercado na data do exercício: valor apurado a partir do preço médio da ação na data do exercício, segregando as ações ON e PN. As cotações são as registradas nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo - Bovespa. Para as datas de exercício em que não houve pregão na Bovespa (ou que não houve negociação dos papéis da ALL) foram utilizadas as cotações imediatamente anteriores e registrada a data da cotação na coluna "Pregão". O valor de mercado é apurado pelo produto da quantidade de ações pela sua cotação média, somados os valores das Ações ON e PN;

c) Resultado: valor apurado pela diferença entre o valor de mercado na data do exercício e o valor pago no exercício. Representa o acréscimo patrimonial recebido pelo Beneficiário na operação.

Após a descrição dos argumentos trazidos pela autoridade fiscal para consubstanciar o lançamento, passemos as demais questões pertinentes ao processo.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 13/09/2011, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 19/09/2011.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou defesa, fls. 767 a 811, requerendo basicamente a nulidade da autuação em razão da ausência de configuração da hipótese de incidência da contribuição previdenciária exigida, bem como em razão da ilegalidade da base de cálculo; Caso assim não se entenda, seja julgado improcedente, uma vez que os argumentos trazidos pelo agente fiscal não são suficientes para atribuir natureza remuneratória aos Planos de Opção de Compra de ações, e por último seja vedada a aplicação de juros sobre a multa, bem com determinada a exclusão dos diretores do impugnante no polo passivo.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, fls. 897 a 907.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*

*Período de apuração: 01/03/2009 a 31/10/2010*

*STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES.  
NATUREZA MERCANTIL. DESCARACTERIZAÇÃO.  
REMUNERAÇÃO UTILIDADE.*

*Atuando a empresa para garantir uma efetiva vantagem econômica ao segurado contribuinte individual a seu serviço, mitigando os riscos e os custos do exercício de opção de compra de ações, em afronta ao caráter mercantil da operação, e estando a eleição dos beneficiários dos habituais Programas de Opção de Compra de Ações vinculada ao critério desempenho individual do trabalhador, impõe-se o reconhecimento da remuneração-utilidade.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 912 a 944, contendo em síntese os mesmos argumentos da impugnação, os quais podemos descrever:

1. A aquisição do direito de opção de compra das ações da recorrente está condicionada ao pagamento, pelo beneficiário, de 10% do valor das ações, no ato da assinatura do

contrato entre as partes. A partir de então, o saldo das ações disponíveis (90%) pode ser adquirido em lotes anuais correspondentes a 18%, com o que, ao final do quinto ano, a totalidade de ações foi disponibilizada para aquisição do beneficiário. O preço de aquisição das ações é corrigido anualmente pelo IGPM, acrescido de juros de 6%, até o efetivo pagamento pelo beneficiário, sendo fixado com base no valor de mercado pelo modelo de precificação "Black & Scholes". Acaso transcorridos mais de 3 (três) anos, a contar da data possibilidade de exercício da opção de compra das ações, o direito do beneficiário é extinto. A entrega efetiva das ações ao beneficiário ocorre após o transcurso do prazo de 10 (dez) anos (podendo ser antecipado em caso de término do contrato de trabalho, aposentadoria, falecimento ou invalidez permanente), sendo possível, após o término do segundo ano da assinatura do contrato de compra das ações, solicitar a emissão das ações já adquiridas, as quais somente poderão ser alienadas após 6 meses (da referida emissão).

2. Conforme se verifica, não há qualquer espécie de pagamento aos beneficiários dos Planos de Opção de Compra de Ações. Os valores eventualmente recebidos pelos beneficiários - os quais a recorrente não possui meios de apurar - advêm de fonte totalmente diversa e desvinculada da recorrente. As ações são alienadas para terceiros.
3. Na lição de Paulo Cezar Aragão, ex-superintendente jurídico da Comissão de Valores Mobiliários, a respeito do tema: (...) *a companhia não efetua pagamento algum ao empregado quando lhe outorga opções de compra de ações, mas simplesmente permite que ela subscreva ações a um preço determinado. O possível ganho de capital decorreria de fato alheio à companhia e ao contrato de trabalho, e seria pago pelo terceiro comprador.*
4. A instituição de um plano de opção de compra de ações não garante, por si só, a geração de um ganho financeiro, e mesmo se restar configurado (o que só pode ser apurado na alienação das ações adquiridas), fato é que não foi proporcionado pela recorrente, mas sim por quem adquiriu.
5. Da mesma forma, não há de se acatar a tese trazida pela DRJ, que o valor da ação definido nos planos em discussão representaria uma utilidade concedida pela recorrente aos seus trabalhadores. Tal entendimento não possui respaldo na legislação em vigor, uma vez que o art. 22, III da lei 8212/91 não elegeu a concessão de utilidade como fato gerador, apenas os fatos destinados a retribuir o trabalho estão sujeitos à tributação.
6. Logo, o lançamento é nulo pela não configuração do "fato gerador" da obrigação tributária em discussão.
7. A cobrança de tributo decorre da adequação à hipótese descrita na norma legal (CTN, art. 97 e 142) e não do fato de não constar nas hipóteses de isenção (Lei nº 8.212, de 1991, art. 28, § 9º). No presente caso, não se demonstrou a existência de pagamentos de natureza remuneratória, nos termos do artigo 22, III, da Lei n.º 8.212, de 1991, não havendo fundamento legal para a autuação.
8. A habitualidade é irrelevante diante da contribuição prevista no artigo 22, III, da Lei n.º 8.212/91, bastando o pagamento de natureza remuneratória. Apesar disso, a existência de Programas anuais, à exceção dos anos de 2002 e 2004 não configura habitualidade por não haver certeza quanto aos trabalhadores eleitos, por não haver identidade entre os beneficiados dos diversos planos e por não ter sido concedida qualquer ganho a ser considerado habitual. Desta forma, não há comprovação da materialidade da obrigação tributária imputada.

9. A base de cálculo adotada desrespeita a legislação em vigor, pois o suposto "acréscimo patrimonial" nunca foi pago pela recorrente aos Beneficiários do Plano.
10. Assim, exigiu-se o recolhimento de contribuição previdenciária com base em mera presunção.
11. Um eventual acréscimo patrimonial somente pode ser apurado no momento da efetiva alienação das ações (Decreto n° 3.000, de 1999, art. 117), antes há mera expectativa de direito.
12. A diferença entre o valor da ação no pregão da Bolsa de Valores e o valor pago pelo beneficiário é irrelevante e imprestável para a cobrança de qualquer tributo, eis que a base de cálculo da contribuição em tela (Lei n.º 8.212, de 1991, art. 22, III) consiste na remuneração paga ou creditada decorrente da atividade dos contribuintes individuais, não havendo nos autos qualquer indício ou evidência de que os valores atrelados ao Plano de Opção de Compra de Ações se prestavam a substituir ou complementar sua remuneração.
13. A concessão da opção e seu exercício instauram uma nova relação jurídica puramente mercantil, pois representa uma mera compra e venda de ações, relacionada, em última análise, com um investimento feito pelo empregado nas ações da empresa e um investimento da empresa no engajamento de seus empregados.
14. A implantação de Planos de Opção de Compra de Ações está prevista na Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404, de 1976, art. 168), mas não há regulamentação dos efeitos tributários de tais Planos. Há tão só norma expedida pelo "Comitê de Pronunciamentos Contábeis" acerca da forma de escrituração das despesas incorridas pela empresa, cuja implicação na configuração de obrigações tributárias é nula.
15. Desta forma, a incidência da contribuição previdenciária exigida (Lei n.º 8.212, de 1991, art. 22, III) depende da comprovação de que os valores eventualmente recebidos se referem à remuneração paga ou creditada em decorrência da prestação dos serviços. É dentro deste contexto que deverão ser analisados o Plano e os respectivos Programas de Opções de Compra de Ações da Impugnante, sob pena do julgamento restar distante da legislação em vigor.
16. Os Programas de Opção de Compra de Ações, aprovados pela Assembleia Geral, instituídos entre os anos de 1999 a 2009, ora autuados: (1) não possuem qualquer relação com os serviços prestados pelos trabalhadores que foram beneficiados; (2) não possuem qualquer relação com metas de resultado (da empresa ou individual); e (3) não possuem qualquer relação com a remuneração destas pessoas. Os Programas tem por finalidade a retenção de determinados trabalhadores na empresa pelo oferecimento da oportunidade de se tornarem sócios do empreendimento, mediante um investimento financeiro de longo prazo.
17. Trata-se de verdadeiro investimento por parte do Beneficiário, já que deve dispor de seu patrimônio antecipadamente (para aquisição das ações da recorrente) e, somente depois de transcorrido um determinado prazo de tempo (um ano e seis meses depois do primeiro pagamento referente a 10% ou seis meses, a contar da aquisição, que somente poderá ocorrer depois do pagamento do percentual de 28%: 10% no primeiro ano e 18% no segundo ano), poderá aliená-las (e eventualmente auferir "lucro").
18. O fato de o valor de aquisição das ações ter sido previamente definido (com base em metodologia aprovada pela Comissão de Valores Mobiliários) não garante lucro, apurável apenas no momento da alienação da ação, a ser definido pelo próprio Beneficiário.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

19. Portanto, a única vantagem que a recorrente concede ao Beneficiário (se assim se pode chamar) é o prévio conhecimento do valor da ação em uma data futura, para que ele possa avaliar se é interessante investir o seu patrimônio na empresa.
20. A seguir, refutam-se, um a um, os argumentos apresentados pela fiscalização.
21. Argumento 1: decisões proferidas em reclamações trabalhistas. Não há nos autos qualquer subsídio fático que permita vincular os julgamentos colacionados ao presente caso. Além disso, tais julgados não refletem o posicionamento majoritário das Cortes Trabalhistas e já foram reformados pelos respectivos Tribunais Regionais do Trabalho.  
Argumento 2: posicionamento da CVM a respeito do assunto. O legislador reconhece que o Direito Contábil Societário possui campo de aplicação distinto do Direito Contábil Fiscal, prevalecendo este quando se tratar da apuração de tributos (norma especial prevalece sobre a norma geral). Logo, as disposições contidas no CPC 10 (Deliberação n.º 562/2008 da Comissão de Valores Mobiliários), apesar de serem observadas pela recorrente (por força de regulamentação legal), em absolutamente nada afetam o presente caso, pois tratam apenas dos efeitos contábeis relativos aos Planos de Opção de Ações, tendo a legislação criado o "RTT Regime Tributário de Transição" para neutralizar os efeitos decorrentes da aplicação das normas internacionais de contabilidade. O próprio Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, a respeito do CPC 10, é no sentido de que o seu objetivo é exclusivamente contábil (não fiscal).  
Argumento 3: As características dos Planos deflagrariam a natureza remuneratória e habitual do benefício a eles vinculado.
22. O fato de se almejar a retenção dos trabalhadores na empresa não possui qualquer liame cognitivo com os serviços por eles prestados ou com a remuneração por eles percebida. Trata-se de uma política de recursos humanos e não um simples instrumento para pagamento de remuneração variável.
23. Não consta dos autos qualquer evidência ou prova nesse sentido, sendo totalmente presunçosa alegação em sentido contrário. Nestes moldes, cita os autores Amauri Mascaro Nascimento, e Alice Monteiro de Barros. A habitualidade dos Programas não é relevante (Lei nº 8.212, de 1991, art. 22, III). Havia incerteza quanto a quem poderia se beneficiar, não identidade entre os beneficiários dos sucessivos Programas, conforme relação de beneficiários (fls. 710/715).
24. Além disso, não houve concessão de ganho a ser considerado habitual, mas a mera concessão da opção de comprar ações da empresa.
25. O cancelamento dos Programas de 2007 e 2008, por conta da crise financeira mundial, não pode ser considerado como meio de se afastar os riscos financeiros inerentes ao mercado de ações. Isso porque, alcançou apenas os lotes de ações cujo direito de as adquirir ainda não havia sido exercido, tratando-se de medida para preservar a finalidade dos Programas (manter e reter talentos), mediante a manutenção de uma mínima expectativa de ganhos futuros. Ademais, não se concedeu qualquer garantia acerca da inocorrência de prejuízos financeiros, o que somente pode ser aferido no momento da alienação das ações adquiridas.
26. Para se ter uma ideia do que se alega, confira-se o seguinte exemplo concreto: (1) o Programa de 2009 foi lançado em meados daquele ano, com preço de exercício de R\$ 11,00 por ação; (2) o preço de mercado da ação, naquela época, era de R\$ 12,35; (3) o Programa determina que as ações só podem ser alienadas um ano e seis meses após a sua aquisição no caso das opções de compra de ações terem sido exercidas em março de 2010



confundir os conceitos de tributo e de multa. O artigo 43, da Lei n.º 9.430, de 1996, autoriza apenas a cobrança em relação à multa exigida isoladamente. Assim, a incidência de juros sobre a multa de mora afronta ao Princípio constitucional da Legalidade, bem como não encontra abrigo na jurisprudência administrativa.

35. Não se justificou a inclusão das pessoas listadas na "Relação de Vínculos" mediante a caracterização de uma das hipóteses autorizadoras a tal expediente (CTN, art. 134 e 135). O simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN. Portanto, os diretores do impugnante deverão ser excluídos do presente processo administrativo.
36. Requer ao fim:
- 36.1. Seja declarada a nulidade da autuação em razão da ausência de configuração da hipótese de incidência da contribuição previdenciária exigida.
- 36.2. Seja declarada a nulidade da decisão recorrida e do AI, em razão da ilegalidade da base de cálculo eleita para cobrança do tributo.
- 36.3. Caso assim não se entenda, seja integralmente reformada a decisão recorrida, uma vez que os argumentos trazidos pelo agente fiscal não são suficientes para atribuir natureza remuneratória aos Planos de Opção de Compra de ações.
- 36.4. Por último seja vedada a aplicação de juros sobre a multa, bem com determinada a exclusão dos diretores do impugnante no polo passivo.

A DRFB encaminhou o processo para julgamento no âmbito do CARF.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

### **PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:**

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 960. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

### **DAS PRELIMINARES AO MÉRITO**

#### **QUANTO A AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO**

Em sede preliminar alega o recorrente que a autoridade fiscal não se desincumbiu de demonstrar que os planos de opção por ações – Stock Options constituiriam salário de contribuição. Contudo, nesse primeiro momento, sem adentrar ao mérito, se os “supostos ganhos” constituem salário de contribuição, afasto a nulidade pretendida pelo recorrente.

No caso, ao apreciarmos o relatório fiscal, observa-se que o auditor descreveu não apenas o que entendeu ser o “ganho” ou “pagamento” feito pela empresa aos contribuintes individuais, como detalhou como foi, no seu ver a constituição do plano de opção por ações e em que momento passou a constituir salário de contribuição.

Assim, acredito que a divergência do recorrente quanto ao mérito da incidência de contribuições sobre o stock options, não implica considerar a nulidade do lançamento pela ausência de configuração do fato gerador ou do salário de contribuição.

Descreveu o auditor devidamente em seu relatório:

- o que entendeu ser o “pagamento” ou benefício concedido, sendo que o mesmo não se encontra no rol de exclusão do salário de contribuição.
- quando o mesmo ocorreu, conforme descrito as fl. 717 a 727, descreve as competências e os beneficiários.
- qual o dispositivo legal que fundamenta o lançamento em relação aos contribuintes individuais, bem como os motivos que o levaram a inclusão do stock options no conceito de salário de contribuição.

Dessa forma, não há a nulidade a ser acatada em relação ao lançamento

Destaca-se que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa, ausência de fundamentação, nem tampouco existe qualquer nulidade na decisão de primeira instância. O contribuinte foi devidamente intimado a apresentar os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária, tendo o débito sido lavrado, com base nesses próprios documentos,

por entender o auditor possuir caráter remuneratório a opção pela compra de ações quando verificada a intenção de remunerar indiretamente o trabalhador.

Neste sentido, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida indicação ou mesmo configuração do salário de contribuição, entendo que razão não assiste ao recorrente.

Superada a preliminar suscitada, passo ao mérito.

### **DO MÉRITO**

No mérito, foi atacado basicamente o caráter remuneratório do plano de Opção por Ações – Stock Options, a aplicação de multa sobre juros e a exclusão dos diretores como corresponsáveis.

### **DA DEFINIÇÃO DE SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO PARA CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS**

Antes mesmo de apreciar o mérito da questão, convém fazer um breve histórico acerca da legislação trazida pela autoridade fiscal, para caracterizar a verba como salário de contribuição.

De acordo com o previsto no art. 28, III da Lei n.º 8.212/1991, para o segurado contribuinte individual, entende-se por salário-de-contribuição:

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

*III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o §5º;*

A legislação previdenciária é clara quando destaca, em seu art. 28, §9º, quais as verbas que não integram o salário de contribuição. Tais parcelas não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial, nestas palavras:

*Art. 28 (...)*

*§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;*

*c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;*

*d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10/12/97, e de 6 a 9 acrescentados pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)*

*1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;*

*2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;*

*3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;*

*4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;*

*5. recebidas a título de incentivo à demissão;*

*6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;*

*7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;*

*8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;*

*9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;*

*f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;*

*g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;*

*i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;*

*j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;*

*l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em*

*canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*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; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)*

*u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

Pelo exposto, o fato do legislador não ter detalhado o conceito de remuneração para o contribuinte individual é simplesmente porque não é comum se ajustar outra modalidade de pagamento pela prestação do serviço que não dinheiro, mas não existe qualquer óbice a consideração de outras formas de remuneração aos trabalhadores tidos por autônomos ou eventuais, como é o caso das utilidades e direitos concedidos

### **DA DEFINIÇÃO DO STOCK OPTIONS**

Doutrinariamente, Stock Option Plan (Plano de Opção de Compra de Ações) representa um plano que determina regras e critérios para outorga a determinados trabalhadores da possibilidade de aquisição de ações da empresa. Esses trabalhadores podem encontra-se na situação de empregados, autônomos, administradores (contribuintes individuais para a previdência social). A opção por ações proporciona ao beneficiário o direito de compra de ações por um valor pré-determinado, após um período de carência previamente determinado (permanência na empresa) e a possibilidade de vendê-las no mercado de capitais auferindo lucro.

No ordenamento jurídico brasileiro, a opção de compra de ações esta prevista no § 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404/76, *verbis*:

*Art. 168. O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social, independente de reforma estatutária.*

*Parágrafo 3º. O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite do capital autorizado, e de acordo com o 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 à sociedade sob seu controle.*

Para elucidar a definição do Plano de Opção de Compra de Ações, podemos citar o texto da lavra de “CALVO, Adriana Carrera. A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho – “employee stock option plans”. Clubjus, Brasília-DF: 25 ago. 2007”, que assim aborda a matéria:

#### *1. Introdução*

*Nas últimas décadas, o sistema de remuneração adotado pelas empresas brasileiras modificou-se drasticamente, devido à transferência de investimentos de empresas estrangeiras para o Brasil, principalmente da área de tecnologia. Tal fato alterou o nosso cenário empresarial e influenciou diretamente a nossa política de recursos humanos.*

*A nova política de remuneração abandonou como modelo único o sistema de salário fixo e introduziu o sistema remuneração variável. A mais importante estratégia de remuneração variável passou a ser a promessa da distribuição agressiva de planos de opções de compra de ações por preço prefixado (“employee stock options”).*

*No início, estes programas foram implementados no Brasil com o intuito de manter os benefícios que os expatriados possuíam quando eram empregados da matriz da empresa no exterior*

Posteriormente, passou a ser comum a oferta destes benefícios não somente aos empregados estrangeiros, como também aos novos gerentes contratados no Brasil. Mais tarde, passou a ser estendido também aos demais empregados brasileiros da empresa.

Segundo o dicionário *Barron's Dictionary of Legal Terms*, o termo "stock option" significa; "a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, e não ao tempo em que as ações são adquiridas".

O plano de opção de compra de ações permite que o empregado tenha uma participação na valorização futura da empresa. O intervalo de tempo entre a atribuição das opções e a compra de ações transforma o plano em típico sistema de remuneração diferida, na medida em que quem recebe as opções de ações não pode dispor imediatamente do valor dessa remuneração.

Esta prática permite alcançar 2 (dois) grandes objetivos primordiais para o sucesso de qualquer empresa: retenção dos empregados considerados "talentos" da empresa e o atingimento de resultados por meio de uma parceria entre os acionistas e empregados da empresa. É à busca da verdadeira relação do tipo "ganha-ganha" no ambiente de trabalho.

## 2. O plano de opção de compra de ações

O sistema de "stock options" consiste no direito de comprar lotes de ações por um preço fixo dentro de um prazo determinado. A empresa confere ao seu titular o direito de, num determinado prazo, subscrever ações da empresa para o qual trabalha ou na grande maioria da sua controladora no exterior, a um preço determinado ou determinável, segundo critérios estabelecidos por ocasião da outorga, através de um plano previamente aprovado pela assembléia geral da empresa.

Em geral, o plano de "stock options" contém os seguintes elementos: (1) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção ("exercise price"); (2) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções ("vesting") e; (3) termo de opção – prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação ("expiration date"): O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado.

Neste aspecto, vale destacar que o referido valor do desconto ou prêmio não pode ser tão significativo que elimine o risco da operação futura, pois implicaria em gratuidade na concessão do plano, critério típico do salário-utilidade.

Quanto ao prazo de carência é definido como um número mínimo de tempo de serviço na empresa, que costuma variar de 3 (três) a 5 (cinco) anos. A prática de mercado é de um prazo

*máximo de termo de opção que varia de 5 (cinco) a 10 (dez) anos da data da concessão da opção de compra.*

Como bem trazido pelo recorrente segundo o dicionário 'Barrons Dictionary of Legal Terms', o termo stock option significa: “a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data a futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, e não ao tempo em que as ações são adquiridas”. Assim, as opções representam o direito de comprar ações a um preço fixo, definido na data em que as opções são concedidas (preço de exercício). Após um determinado período (prazo de carência, também chamado de 'vesting'), esse direito de opção de compras pode ou não ser exercido, já que não se trata de obrigação, como mencionado acima e envolve risco para o empregado,

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

No mesmo sentido, tem-se encaminhado os renomados doutrinadores trabalhistas brasileiros, dentre eles cite-se a professora Alice Monteiro de Barros (in Curso de Direito do Trabalho, 6.ª ed., São Paulo: LTR, 2010, p. 783):

*"As stock option constituem um regime de compra ou de subscrição de ações e foram introduzidas na França em 1970, cujas novas regras encontram-se na Lei n. 420, de 2001. Não se identificam com a poupança salarial. O regime das stock option permite que os empregados comprem ações da empresa em um determinado período e por preço ajustado previamente.*

É no mesmo sentido, que discordo de um dos argumentos trazidos pelo auditor, citando uma reclamatória trabalhista, a qual encaminhou o magistrado o julgamento no sentido de que toda a forma de stock options, tende a remunerar, premiar o trabalhador pela prestação de serviços.

Embora, a concessão da opção por ações tenha decorrido da prestação de serviços, trata-se, em regra, de típico contrato mercantil, envolvendo riscos, podendo o trabalhador, auferir lucros ou não com a outorga de ações, tudo a depender da situação do mercado.

Também expressa a ilustre professora Vólia Bomfim Cassar, sua visão acerca dos Stock Options ((in Direito do Trabalho, 5.ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011, p. 888):

*“Alguns empregadores oferecem aos seus empregados o direito de adquirir ações da companhia por um custo abaixo do mercado (stock option). Uma vez adquiridas voluntariamente pelo trabalhador, será possível a venda quando da valorização de seu valor econômico. Esse exercício de opção de compra de ações da empresa empregadora envolve riscos, pois o empregado poderá ganhar ou perder com a operação. Por isso entendemos que “ganho” eventualmente obtido pelo trabalhador com a venda das ações de sua empregadora não tem natureza salarial, pois é espécie de operação financeira no mercado de*

*ações. Ademais, pago em razão do negócio, e não da prestação de serviços.”*

Entendo que ao contrário dos prêmios, que são concedidos de forma gratuita, bastando o atingimento de metas, ou situação particular da prestação de serviços, no stock options o trabalhador pode ou não obter benefícios, e caso a opção lhe seja vantajosa, terá que pagar o preço de exercício estipulado, donde o seu caráter oneroso, afastaria a pretensão de reconhecimento da natureza de prêmio do plano de compra de ações.

Neste mesmo sentido, tem-se encaminhados os julgamentos da matéria no âmbito do TST. Cite-se acórdãos a respeito do tema.

**SALÁRIO-UTILIDADE. VEÍCULO.** *A Turma a quo consignou expressamente que, diante do exame das provas produzidas, o fornecimento do veículo ao empregado se deu para o desempenho de seu labor, muito embora também utilizado para fins particulares. Incidência da Súmula 126 do TST. Ademais, o fato de o Reclamante fazer uso do veículo também para uso pessoal não transmuda a finalidade para o qual foi concedido, qual seja, a execução do contrato de trabalho, consoante a Súmula 367, I, do TST. Recurso de Revista não conhecido.*

**SEGURO DE VIDA. SEGURO-SAÚDE. REEMBOLSOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA.** *O art. 458, § 2º, da CLT estabelece que a assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde, assim como seguros de vida não são considerados salário-utilidade. Recurso de Revista não conhecido.*

**GRATIFICAÇÃO ANUAL. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.** *O eg. Tribunal Regional consignou expressamente que a verba gratificação anual não era concedida por mera liberalidade do empregador, mas, na verdade, dependia dos resultados obtidos pela empresa ao longo do exercício e do cumprimento de metas individuais pelos empregados. Para se chegar a conclusão diversa, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nessa instância recursal, nos termos da Súmula 126 do TST. Recurso de Revista não conhecido.*

**BONIFICAÇÃO EM AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.** *Apesar da verba "bonificação em ações" ser concedida anualmente, não pode ser considerada como uma gratificação propriamente dita, já que para o seu "recebimento" o Reclamante deveria investir na compra das ações e estava a mercê das oscilações do mercado financeiro. Recurso de Revista não conhecido. (grifei)*

**DANO MORAL.** *A controvérsia suscitada pelo Autor encontra óbice na Súmula 126 do TST, uma vez que a análise de suas alegações recursais envolveria o revolvimento do conjunto fático-probatório. Recurso de Revista não conhecido.*

**ACÚMULO DE FUNÇÕES. ADICIONAL.** *Consta do v. acórdão que o Reclamante não comprovou acúmulo de funções. Desse*

*modo, a aferição da alegação recursal ou da veracidade da assertiva do Tribunal Regional depende de nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nesta instância recursal, nos termos da Súmula 126 do TST. Recurso de Revista não conhecido. (Processo:RR - 106500-98.2000.5.02.0070 Data de Julgamento:08/10/2008, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT24/10/2008.)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. QUITAÇÃO. SÚMULA 330 TST. Pela leitura do acórdão de fls. 296/299, infere-se que em nenhum momento o Órgão Colegiado a quo se manifestou a respeito da tese de contrariedade ao conteúdo do art. 477, §1o da CLT, tanto é que o Agravante sequer transcreveu ou mencionou o trecho pertinente em suas razões do Agravo. Ademais, não opôs embargos declaratórios no momento oportuno objetivando o pronunciamento sobre este tema. Incidência da Súmula n. 297, por falta de prequestionamento. ABONO ANUAL. Partindo do quadro fático-probatório delineado pelo Tribunal, cuja reapreciação encontra óbice na Súmula 126 do TST, não há qualquer alteração ilícita do contrato de trabalho (art. 468 da CLT) ou supressão de indenização por rescisão de contrato por prazo indeterminado (art. 468 da CLT). Dispositivos legais invocados não ofendidos. AÇÕES. NÃO-INTEGRAÇÃO. REMUNERAÇÃO. A não-integração dos "stock options" ou ações na remuneração do empregado decorre da literalidade do disposto no §1o do art. 457 da CLT. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.*

*( AIRR - 38740-45.2003.5.15.0045 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 24/09/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 17/10/2008.*

Contudo, a análise realizada acima, teve por escopo aspectos doutrinários do termo “stock options”, sendo que a conclusão acerca da procedência do lançamento merece uma análise não apenas conceitual, mas especialmente, se o pagamento feito pela recorrente encontra-se em perfeita consonância com a concepção original descrita acima

## **DA APRECIACÃO DO PLANO DE COMPRA DE AÇÕES NO ÂMBITO DA ALL – AMÉRICA LATINA**

### **DA CITAÇÃO DE RECLAMATÓRIAS TRABALHISTA**

Argumenta o recorrente que as sentenças proferidas nas reclamações trabalhistas, utilizadas como fundamento da autuação, foram reformadas e reconheceram a natureza não salarial dos planos de opção de compra de ações, razão pela qual deve ser decretada a improcedência do lançamento. Contudo, não concordo que esse fato, por si só, poderia desconstituir o lançamento.

O auditor não trouxe as reclamações como único fundamento para o lançamento. Pelo contrário, partindo do entendimento de magistrados acerca do assunto “stock options” procedeu a análise de como eram realizados os pagamentos, bem como a caracterização dos motivos pelos quais entendeu que os pagamentos constituiriam salário indireto.

Aliás, concordo com o recorrente que o stock options é abordado de forma diversa pelos magistrados, tribunais e no âmbito do TST. Conforme descrito no tópico anterior já manifestei-me acerca do entendimento de que o Stock Options originalmente caracterizaria operação mercantil, tendo citado inclusive decisão do TST a respeito do tema.

Contudo, embora tanto o auditor quanto o julgador de primeira instância, tenham considerado corretos os argumentos trazidos pelos ilustre magistrados, não vislumbro que isso tenha cerceado o direito de defesa, ou configurado imparcialidade, capaz de promover a anulação seja do AIOP, seja da Decisão recorrida. Os atos administrativos seja o de lançamento, ou o de julgamento devem estar devidamente motivados e fundamentados. Entendo que desse vício não padece o lançamento. O fato de, tanto julgador, como o auditor comungarem do mesmo pensamento dos magistrados citados, não nulidifica o procedimento fiscal, posto ter sido cumprido o rito, que permitiu ao recorrente apresentar, diante desse colegiado, seus argumentos. Aliás, destaco que não entendo absurda a tese descrita nas reclamatórias, tanto o é que por vezes, encontramos sim, magistrados defendendo a natureza salarial da verba. Não fosse a previsão na lei das S.A, acerca do caráter mercantil do Stock Options, e considerando os argumentos apontados pelos ilustres doutrinadores acima transcritos, com tranquilidade também poderia aderir a tese externada pelos citados magistrados. Contudo, entendo que esse argumento, não serve como elemento isolado para manutenção do presente lançamento, razão pela qual teremos que aprofundar nossa análise, sobre os demais pontos trazidos pelo auditor.

### CONFIGURAÇÃO DA NATUREZA REMUNERATÓRIA DO STOCK OPTIONS

Assim como descreve a doutrina, o recorrente e o próprio auditor fiscal, o surgimento do Plano de Opção pela Compra de Ações – chamado de stock options, deu-se na lei da S.A em seu art. 128, o que lhe conferiu inicialmente caráter mercantil.

Mas, o objetivo desse lançamento e de toda a discussão acerca do tema, é se o fato de a previsão para outorga de ações ter se dado na lei das S.A, afastaria qualquer possibilidade de considerar o benefício como salário indireto, e por conseguinte, incluí-lo na base de cálculo de contribuições? Acredito que não!

O fato da legislação das S.A ter previsto essa modalidade de pagamento, não a excluiu do conceito do salário de contribuição. Nesse ponto, entendo oportuno a indicação do auditor que a verba não está contida no rol de exclusões do art. 28, §9º, mas devemos nos aprofundar nos fatos indicados no relatório fiscal para constituição do crédito ora sob análise.

Vimos, no decorrer dos últimos anos, nascer, disseminar, e morrer diversas formas de pagamentos indiretos, como é o caso das empresas de premiação, que surgiram como ideias legítimas de satisfação dos empregados, ou mesmo de diminuição dos custos das empresas. É certo que o planejamento tributário, muito presente nos dias atuais, impulsiona as empresas a buscar formas de vencer no mercado, com a consequente diminuição de custos. Não condeno de forma alguma essa prática, mas o liame que separa a concessão de um benefício do seu caráter remuneratório é tão estreito, que acaba por confundir os limites legais para sua exclusão do conceito de remuneração.

Como defendeu a autoridade fiscal, o caráter remuneratório nasce, na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma, que o mesmo veja

no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta. Destaco, porém, que embora, não concorde com a frase dita de forma isolada, no contexto apresentado pelo auditor, entendo que a conclusão mostra-se acertada.

E aqui, conforme descrito acima, não importa se estamos falando de empregado, ou mesmo prestador de serviços contribuinte individual como no presente lançamento. O termo “remuneração” deve ser tomado em sua acepção mais ampla, como qualquer pagamento tendente a remunerar o trabalho.

Ou seja, houve trabalho, as opções de compras foram outorgadas ao trabalhador (ou no caso, contribuinte individual) como forma de estímulo (acredito que isso encontra-se claro), como o próprio recorrente argumenta e o próprio plano prevê., como se transcreve do próprio plano aprovado em 1999:

- a) estimular a expansão, o êxito e os objetivos sociais da companhia e de seus acionistas, permitindo aos administradores, empregados de alto nível e ou profissionais à Companhia, às suas coligadas e controladas adquirir ações da Companhia, nos termos e nas condições previstas neste plano, desta forma incentivando a integração desses administradores, empregados e profissionais na Companhia e nas suas coligadas e controladas.
- b) Possibilitar à Companhia, suas coligadas e controladas obterem e manterem os serviços de administradores e empregados, como vantagem adicional, tornarem-se acionistas da Companhia, nos termos e condições previstos no Plano.
- c) Alinhar os interesses dos administradores e empregados da Companhia, de suas coligadas e controladas com os interesses dos acionistas da empresa.

Deixou claro o auditor que tributou o valor ganho, ou seja a diferença entre o valor do exercício e o valor de mercado no momento da outorga, por considerar que nas condições como pago caracterizou um pagamento indireto.

### AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NORMATIZANDO O PAGAMENTO

O grande problema acerca da interpretação sobre a natureza tributária dos benefícios concedidos aos trabalhadores, repousa na ausência de legislação própria, capaz de normatizar a forma como deve se dar a concessão, e principalmente, os limites para o seu exercício.

Nesse sentido, argumentou o recorrente que os efeitos tributários da implantação de uma Plano de Opção de Compra de Ações, não se encontram descritos em qualquer lei, sendo que a norma expedida pelo Comitê de Pronunciamento Contábil, trata apenas da forma de escrituração das despesas incorridas pela empresa, sem qualquer implicação fiscal. Quanto a este ponto, concordo com o recorrente, assim, como já o fiz em relação a concepção original do Stock Options. Não é a orientação da CVM que atribuirá natureza salarial ao pagamento, mas devemos, novamente, identificar o que mais o auditor descreveu como elementos suficientes a identificação da base de cálculo.

Realmente como a norma descreve, fazendo referência a “remuneração na forma de ações”, poder-se-ia atribuir caráter salarial a verba, mas entendo que não é

simplesmente a “nomenclatura” utilizada, seja pelo recorrente ou pelo próprio parecer que deve servir de fundamento para identificar a natureza do pagamento. Conforme já defendi em outras oportunidades, a essência do pagamento, sua natureza é que será determinante na identificação do caráter salarial do benefício, ou fato gerador de contribuições previdenciárias. Se assim não o fosse, bastaria atribuir a um benefício concedido uma das nomenclaturas descritas no art. 28, § 9º da lei 8212/91, para afastar a natureza salarial da verba.

Note-se que, assim como ocorreu com diversos outros benefícios, o legislador brasileiro apresenta-se moroso, para acompanhar a evolução do mercado de trabalho e das formas de remunerar. Passamos por referido problema, por exemplo, quando o constituinte de 1988 incluiu a participação dos trabalhadores no capital da empresa na forma de participação nos lucros. Mesmo diante da expressa previsão constitucional de que o pagamento sofre limitações, inúmeros são os recursos, ainda hoje, no sentido que a concessão dos benefícios não possui qualquer limitação.

Imagine em relação a uma verba que não possui qualquer legislação em relação aos seus efeitos na esfera trabalhista e previdenciária. Por isso, nestes casos, deve-se confrontar a natureza do pagamento, com a forma como o mesmo vem sendo executado, para analisando individualmente, identificar a verdadeira essência do mesmo, e por consequência sua natureza enquanto pagamento.

#### O FATOR DETERMINANTE PARA QUE O STOCK OPTIONS SE AFASTE NA NATUREZA MERAMENTE REMUNERATÓRIA – O RISCO

Acredito, conforme descrito anteriormente, que o argumento consistente para que a opção de compra de ações se afasta da natureza remuneratória é o fato do risco atribuído ao empregado ou contribuinte individual, quando lhe é feita a opção pela compra de ações. No caso, destacou o auditor em seu relatório dois pontos:

*Os “Programas de Opção de Compra de Ações”, tanto nos Contratos Modelo “A” quanto nos Contratos Modelo “B” preveem que o beneficiário deve efetuar o pagamento de 10% do valor das ações, no ato da assinatura do contrato, como condição para aquisição do direito à opção de compra de ações. Este ônus é afastado pela concessão feita pela empresa aos Beneficiários de empréstimo para quitação desta obrigação, conforme abaixo:*

*ATA DE REUNIÃO DO COMITÊ DE ADMINISTRAÇÃO DO PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES REALIZADA EM 10 DE MARÇO DE 2006....*

*4.4. Autorizar a Companhia a conceder aos Beneficiários do Programa 2006 empréstimo para pagamento da Contribuição para Aquisição (tal como definida nos Contratos 2006) relativa ao lote inicial de 10% (dez por cento) das ações previsto na cláusula 2.1 dos Contratos 2006 (“Lote Inicial”).*

#### CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS COM RECURSOS EXTERNOS PARA SUA QUITAÇÃO

*Ou seja, até mesmo o pagamento dos 10% iniciais referente a garantir a opção pela compra de ações não era suportado pelo empregado, pois a empresa poderia*

conceder empréstimo para seus beneficiários. Empréstimos esses, que eram quitados quando do recebimento de remuneração variável ou da venda antecipada do lote de ações incorporado parcialmente. Ou seja, o direito era adquirido, sem nem mesmo ter o trabalhador integralizado qualquer montante. Estamos falando de contribuintes individuais, diga-se, sem vínculo permanente com a empresas que fazem opção pela compra de ações, sem contrapartida imediata. Ou seja, onde está o risco inerente a essa modalidade de transação.

Da mesma forma, a própria quitação do empréstimo demonstra a clara intenção de facilitar ao trabalhador, mesmo que não disponha de recursos, acesso e a implementação da opção pelas ações. Às fls. 136, item 5, podemos citar como formas de quitação do empréstimo: I) 30% de qualquer remuneração variável que venha a receber; b) 100% do ganho de capital auferido pelo beneficiário em caso de alienação de quaisquer ações; III) Caso não cumpra, incidirá multa e juros. Veja termos da deliberação que fala a respeito.

Fl. 111, determinando a criação de planos 2006 – A e B. ^Reunião para premissas do plano de opção de Compra de ações aprovado pela Assembléia Geral Extraordinária 1999. Item 4.4 – Conceder empréstimo para pagamento da contribuição para aquisição ...

Fl. 125 – Ao final de 5 anos o beneficiário incorpora o direito de ações (anualmente) (...)

Fl. 126 item 3.4.1

4.1 – Utilizar a remuneração variável para aquisição (...)

### **TROCA DOS PLANOS DE 2007 E 2008.**

Outro ponto relevante diz respeito a troca de planos com cancelamento dos anteriores que se mostravam desvantajosos frente a crise do mercado financeiro. Assim, descreveu o auditor, fl. 148:

*20) Por ocasião da Crise Financeira Internacional de 2008, os “Programas de Opção de Compra de Ações” 2007 e 2008 ficaram, a partir de certo momento, com o preço de exercício superior ao preço de mercado. O Programa 2007 tinha preço de exercício estipulado em R\$ 21,00 por Unit e o Programa 2008 em R\$ 20,00 por Unit. As Units da ALL compõem-se de certificados de depósito de ações representando, cada certificado, 1 (uma) ação ordinária (ON) e 4 (quatro) ações preferenciais (PN) de emissão da empresa. No período 2007/2008 as Units superaram a cotação de R\$ 25,00, mas com a depreciação experimentada com a Crise Econômica criou-se uma situação que faria com que os Beneficiários não tivessem interesse em exercer seus direitos, já que o exercício se traduziria em prejuízo no momento em que as ações fossem negociadas no mercado. A empresa então procedeu ao cancelamento das opções dos Programas 2007 e 2008, substituindo-as por opções do programa 2009 – com preço de exercício mais baixo, na razão de 9 para 5. O Programa 2009 foi lançado com o preço de exercício de R\$ 11,00 por Unit (o preço de mercado na data era de R\$ 12,35). A deliberação do Comitê está documentada na Ata de 03 de agosto de 2009, conforme*

Documento assinado digitalmente em **abaixo** conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*ATA DE REUNIÃO DO COMITÊ DE ADMINISTRAÇÃO DO PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES REALIZADA 3 DE AGOSTO DE 2009.....*

*4. Deliberação: Por unanimidade, e observadas as diretrizes do Plano de Opção de Compra de Ações aprovado na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 10 de abril de 1999 ("Plano"), o Comitê resolve:*

*4.1. Cancelar, dos Contratos de Oferta à Subscrição de Ações e Outros Pactos ("Contratos") relativos aos Programas de Opção de Compra de Ações aprovados pelo Comitê para os anos de 2007 e 2008 ("Programas 2007 e 2008"), todos os Lotes não Incorporados até esta data, bem como os Lotes Incorporados a cujo respeito o Beneficiário não tenha efetuado por qualquer motivo a correspondente Contribuição para Aquisição (conjunta e indistintamente, "Lotes Cancelados").*

*4.2. Aprovar, em substituição aos Lotes Cancelados, a criação do Programa de Opção de Compra de Ações 2009 ("Programa 2009"), subdividido em Programa de Opção de Compra de Ações 2009-A ("Programa 2009-A") e Programa de Opção de Compra de Ações 2009-B ("Programa 2009-B"), de com as seguintes características: (i) Os Beneficiários do Programa 2009 serão os mesmos dos Programas 2007 e 2008, observado o disposto no item 4.1.1 acima. (ii) Para cada 9 (nove) ações integrante dos Lotes Cancelados, os Beneficiários receberão 5 (cinco) ações da mesma espécie e classe no âmbito do Programa 2009. (iii)*

*Quantidade total de ações: 6.850.805 (seis milhões, oitocentos e cinqüenta mil e oitocentos e cinco) ações de emissão da Companhia, sendo 1.370.161 (um milhão, trezentas e setenta mil, cento e sessenta e uma) ações ordinárias e 5.480.644 (cinco milhões e quatrocentas e oitenta mil, seiscentos e quarenta e quatro) ações preferenciais, todas nominativas, escriturais, sem valor nominal, correspondentes nesta data a 0,23% (vinte e três centésimos por cento) do total de ações de emissão da Companhia. (iv) Preço por ação: R\$ 2,20 (dois reais e vinte centavos), equivalente a R\$ 11,00 (onze reais) por certificado de depósito de ações da Companhia - Unit.*

Ou seja, destacou a autoridade fiscal que a troca de planos em função da desvantagem econômica gerada pelo plano anterior pela crise mundial de ações, demonstra que a empresa afastou o fator determinante ao Stock Options, qual seja: o risco da oscilação do valor das ações no mercado. No caso, ao criar novo plano baixando o valor de exercício das ações, adequando o valor para o novo valor de mercado, e efetuando a troca de ações, afastou o recorrente o prejuízo do trabalhador (ou mesmo seu desinteresse), o que demonstra a sua nítida intenção em atribuir o plano como uma modalidade de ganho indireto ao trabalhador. O direito de trocar as ações era permitido até mesmo para aqueles as quais já havia decaído o direito de opção.

dos planos de 2007 e 2008, também almejou a preservação da sua finalidade: manter talentos, por intermédio da adesão a um plano de opção de compra de ações que pudesse proporcionar uma mínima expectativa de ganhos futuros aos trabalhadores. Ora, o risco do Stock Options é justamente esse, enfrentar o trabalhador, a incerteza de possíveis perdas. Não vejo, que o recorrente tenha se desincumbido de afastar as alegações fiscais quanto a esse ponto, razão porque mantenho o lançamento. A empresa cria planos anualmente, conforme dito anteriormente, nada impede que os planos posteriores estabeleçam novas regras, e se adequem dali em diante a realidade do mercado. Mas, o fato de promover o cancelamento, promovendo regras mais benéficas, demonstra, no meu entender, que a empresa desejou afastar o risco consumado pela crise internacional. Ou seja, a intenção era que o trabalhador obtivesse ganho, com a opção. As fls. 148, identificamos o cancelamento do plano 2009, bem como transcrições das deliberações acerca do tema nas páginas subsequentes.

### PLANO DE COMPRA PARA 2010

Segue o auditor identificando para o ano o plano seguinte, assinado em setembro de 2010, como se daria a opção:

*21) Em 10 de setembro de 2010 foi instituído o Programa de Opção de Compra de Ações 2010, o qual prevê preço de exercício de R\$ 0,01 por ação (o preço médio de mercado nessa data era de R\$ 16,50). O Programa 2010 condiciona o direito à outorga das opções a parâmetros de desempenho global da empresa (meta para o EBIDTA) e a parâmetros de desempenho individual dos Beneficiários (pontuação igual ou superior a 80 pontos na média dos exercícios sociais de 2010, 2011 e 2012, de acordo com o Sistema Integrado de Gestão). As outorgas poderão ser exercidas a partir do cumprimento das condições referidas no Programa, conforme abaixo:*

*NOTAS EXPLICATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO ÀS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS PARA OS EXERCÍCIOS FINDOS EM 31 DE DEZEMBRO DE 2010 E DE 2009.....*

*26. Remuneração baseada em ações....*

*Em assembléia realizada em 1º de setembro de 2010, o Comitê de Administração do Plano de Opção de Compra de Ações aprovou o programa de “restricted share options”. O programa consiste na concessão de opções, equivalentes a 3.000.000 de ações, a um grupo determinado de funcionários e administradores da Companhia, em caráter intransferível, cujo exercício está condicionado cumulativamente à manutenção da relação de trabalho com a Companhia até 31 de dezembro de 2012, ao atingimento de metas operacionais individuais e ao sucesso da Companhia em atingir suas metas de EBITDA. As opções não têm direito a dividendos antes de seu exercício. O prazo de exercício é de seis meses a partir do decurso do período de aquisição que termina em 31/12/2012. O preço de exercício é de R\$ 0,01 por ação. Como o preço de exercício tende a zero, o valor justo da opção equivale ao valor de mercado da ação na data de outorga do programa (R\$ 16,50).*

*ATA DA REUNIÃO DO COMITÊ DE ADMINISTRAÇÃO DO PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES REALIZADA EM 10 DE SETEMBRO DE 2010.*

4. *Deliberações: Tomadas por unanimidade, observadas as premissas do Plano de Opção de Compra de Ações aprovado na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 1.º de abril de 1999:*

4.1. *Aprovar a criação do Programa de Restricted Option Shares ("Programa"), com as seguintes características:*

(i) *Volume Global de Ações: 0,44% (zero vírgula quarenta e quatro por cento) do capital social da Companhia, correspondente a, nesta data, 3.000.000 ações ordinárias e 12.000.000 ações preferenciais de emissão da Companhia, passíveis da criação de 3.000.000 de certificados de depósito de ações ("Volume Global de Ações").*

(ii) *Condições do Programa:*

A) *Para ser beneficiário: A opção é outorgada em caráter personalíssimo e é intransferível. A opção somente será exercida pelos beneficiários se atendida a conjugação de todos os termos a seguir estabelecidos:*

(a) *sejam administradores, empregados ou consultores da Companhia ou de suas controladas em 04 de janeiro de 2010;*

(b) *permaneçam como administradores, empregados ou consultores da Companhia ou de suas controladas até 31 de dezembro de 2012;*

(c) *tenha obtido pontuação igual ou superior a 80 pontos na média dos exercícios sociais de 2010, 2011 e 2012, de acordo com o Sistema Integrado de Gestão (SIG);*

B) *Para adquirir as opções: O direito dos beneficiários de adquirir opções para aquisição do Volume Global de Ações acha-se condicionado pelos seguintes parâmetros:*

(a) *Caso o EBITDA da Companhia ao final do exercício de 2012 seja igual ou superior a R\$ 1.750.000.000,00, os beneficiários terão a opção de adquirir o Volume Global de Ações;*

(b) *Caso o EBITDA da Companhia ao final do exercício de 2012 seja inferior a R\$ 1.750.000.000,00, mas igual ou superior a R\$ 1.604.000.000,00, o Volume Global de Ações que os beneficiários terão a opção de adquirir será ajustado proporcionalmente, de forma que R\$ 1.750.000.000,00 corresponda ao Volume Global de Ações e R\$ 1.604.000.000,00 a 50% do Volume Global de Ações; ou (c) Caso o EBITDA da Companhia ao final do exercício de 2012 seja inferior a R\$ 1.604.000.000,00, os beneficiários não terão direito de adquirir nenhuma ação do Volume Global de Ações.*

*Para fins de clareza, o EBITDA da Companhia ao final do exercício de 2012 é o lucro antes de juros, impostos (imposto de renda e contribuição social), depreciação e amortização do exercício social de 2012, ajustado por itens não recorrentes e/ou*



*possível ganho de capital decorreria de fato alheio à companhia e ao contrato de trabalho, e seria pago pelo terceiro comprador.*

Essas palavras traduzem o que entendo ser o argumento mais consistente trazido pelo próprio auditor para manutenção do lançamento como um todo, ou seja, à medida que a empresa interfere no plano de opções de ações de forma a afastar o risco do seu beneficiário (seja, pela concessão de empréstimos, possibilidade de venda antecipada, torca de planos etc), fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Ou seja, passa o negócio a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o empregado a opção de GANHAR COM A COMPRA DAS AÇÕES, não fosse essa a intenção da empresa, por qual motivo ela teria alterado os planos existentes em 2006 e 2007, permitido empréstimos cuja quitação dava-se pela venda ou recebimento de participação em lucros e resultados. Novamente, vale mencionar que tratamos de contribuintes individuais, sem vínculo efetivo.

#### VENDA ANTECIPADA PARCIAL DOS LOTES INCORPORADOS

Outro ponto, que afasta o plano outorgado pela recorrente da concepção original do stock options, trazida pelo auditor é a possibilidade dos Beneficiários de alienar sua opções não integralizadas, retendo o valor referente ao pagamento do exercício. Conforme dito no relatório fiscal, a alienação é feita por corretora designada pela empresa, ou seja, o trabalhador beneficiado, pode escolher momentos oportunos de alta de ações (após um tempo mínimo), sem nem mesmo ter integralizado a totalidade de suas opções, nem ter que esperar uma longa data de fidelização (carência). Isto acaba por afastar o risco do empregado que escolhe momentos oportunos e efetiva a venda com “ganho”, sem nem mesmo possuir a totalidade do direito a ação. Neste caso, também entendo ter sido desvirtuado o stock options, o que consiste em mais um argumento para manutenção do crédito. (fls. 127, item 5.1) – “Se pagar pelo menos 30% do respectivo valor de contribuição, o beneficiário poderá requerer a emissão das ações. (...); item 6.1 – Venda com reversão de 70% (...)”

#### ESTABELECIMENTO DE METAS PARA EXERCÍCIO DA OUTORGA,

Entendo ainda, que existe outro ponto que corrobora o entendimento de que os valores configurariam salários indiretos. Trouxe o auditor em seu relatório, transcrevendo trechos dos próprios programa de que: (...) *explicita condições para o exercício do Programa, as quais são metas de natureza coletiva (EBITDA da empresa) e de natureza individual (avaliação por meio de Sistema Gerencial), corroborando a contraprestação. Apesar de o período de carência para o exercício das opções estender-se até 31/12/2012, o Programa 2010 expõe de maneira cristalina os objetivos do “Plano de Opção de Compra de Ações” da empresa.*

Assim, apresentou o recorrente sua defesa a respeito do desempenho individual ser utilizado como balizador na escolha dos beneficiários. *“Em relação ao fato de que o Comitê da empresa deter poderes para definir os beneficiários, de acordo com suas atribuições e desempenho individual, deve-se compreender que não há razão lógica para que um trabalhador com poucas atribuições e péssimos resultados individuais fosse credenciado como alvo de retenção pela empresa. Os beneficiários são os trabalhadores que a empresa deseja como sócios. Não há na legislação qualquer restrição à definição de quem pode ou deve ser beneficiário.”*

Concordo com o fato de que a legislação não prevê quem seriam os destinatários, contudo, atrelar a opção pela compra ao desempenho profissional, (como já abordado), torna evidente que se buscar premiar o desempenho, o que não se coaduna com operação meramente mercantil.

Analisando os documentos colacionados aos autos pelo auditor e pelo recorrente, mencionados tanto no relatório, como na defesa e recurso, observa-se que o plano de 1999, que instituiu o programa, também passa essa ideia de atrelar a concessão do stock options a metas, senão vejamos:

*Fl. 70 d) os períodos aquisitivos após cujo transcurso os beneficiários do plano terão adquirido o direito a contribuir para a efetiva subscrição de ações as condições ou metas que deverão ser atingidas;*

*Fl. 71 – Para efeitos do item d, acima, defini-se com lote incorporado aquele lote de ações cuja condição de transcurso de prazo ou atingimento de metas para aquisição tenha sido cumprida*

A indicação dos trabalhadores que poderão efetivar a outorga, como dito anteriormente, tem na sua concepção a manutenção de profissionais, contudo, após essa escolha, ainda condicionar os pagamento a desempenho faz com que, nitidamente, o benefício esteja condicionado ao exercício profissional.

Um dos argumentos doutrinários para afastar a natureza remuneratória do plano de opção por compra de ações é que o mesmo não se assemelha a prêmio (que possui natureza salarial), nem a participação nos lucros, posto que nos dois casos, identifica-se que o pagamento do benefício condiciona-se ao desempenho do empregado, ou do trabalhador no geral, como no caso dos contribuintes individuais. Ao descrever no plano, como condição para o seu exercício, o alcance de metas coletivas e individuais, acaba novamente por desvirtuar sua natureza, atribuindo-lhe feição salarial. Aliás, a empresa só vai ofertar o plano aos que entende ter interesse em manter, posto que já são “talentos”, por isso não se faz necessário a vinculação de metas na concepção original do benefício.

Cito os autores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Cavalcante, in Direito do Trabalho, Tomo I, 5 edição, Ed. Lumem Juris, fl. 586:

*O employee stock option não pode ser visto como uma forma de participação nos lucros. O direito de opção de compra relaciona-se com o valor da ação da empresa à época d efetivo exercício do direito e não com a existência ou não de lucros ou resultados positivos da empresa. Vale dizer, o empregado não tem metas ou produtividade a ser implementada, como ocorre, geralmente na participação nos lucros, para fins de se exercitar o direito de opção de compra de ações negociáveis da empresa no mercado de capitais.*

*Também não pode ser visto como um prêmio na medida em que a opção nada tem a ver com o esforço do empregado. Stock Option não é um salário condição, como ocorre com o prêmio. O empregado somente poderá aguardar o implemento do prazo de carência para adquirir o direito a opção.*

Assim, ao condicionar a opção de compras de ações a condições relacionadas ao desempenho profissional, o recorrente acaba por desnaturar a operação mercantil do Stock

options aproximando sua concessão a de um mero prêmio, demonstrando sua feição salarial, vez que acaba vinculando o seu pagamento ao implemento da prestação de serviços. Aqui ressaltado, questão abordada no início deste voto, qual seja, não devemos nos ater apenas a nomenclatura utilizada pelo contribuinte para definição do salário de contribuição, mas identificar como, na prática dava-se o pagamento.

Apenas para ilustrar cito o ilustre professor Maurício Godinho Delgado, em seu livro “Curso de Direito do Trabalho”, 3ª edição, editora LTr, pág. 747, que em relação ao pagamento de prêmios, assim trata o assunto:

(...)

*Os prêmios consistem em parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador e vinculada à conduta individual do obreiro ou coletiva dos trabalhadores da empresa.(...)*

*O prêmio, na qualidade de contraprestação paga pelo empregador ao empregado, têm nítida feição salarial. (...)*

Ao contrário da PLR que possui expressa previsão legal para exclusão da base de cálculo de contribuições previdenciárias, a opção pela compra de ações feita de forma desvirtuada consiste em salário indireto, e como não se encontra no rol do art. 28, § 9º da lei 8212/91, correto o lançamento que considerou a outorga de ações, nos meses em que foram feitas as opções como ganhos para os empregados.

Não identifiquei no recurso argumentos consistentes para rebater pontualmente aqueles trazidos pela autoridade fiscal. Observando a planilha trazida pelo recorrente comparando os fatos descritos pelo auditor e pelo julgador, não identifiquei qualquer nulidade.

Vislumbro pontos básicos a serem observados que demonstram os motivos para vincular a compra de ações, a uma espécie de remuneração indireta:

- Prestação do serviços, o que restou demonstrado inclusive com a vinculação da opção pela compra ao desempenho global da empresa e parâmetros de desempenho individual, mantendo os ditos “talentos” dentro do foco de interesse da empresa.
- Ideia de fidelização do prestador do serviços, com a indicação de prazo para o exercício do direito a compra, ou seja, era necessário estar com um vínculo em determinada data, para poder exercer o direito de compra, relacionando diretamente a opção como contrapartida pela prestação de serviços.
- Ausência de risco para o trabalhador, o que afasta a concepção original de contrato mercantil, na medida que a empresa estabeleceu valores abaixo do valor de mercado, concedeu empréstimos, facilitando a opção, seja pela ausência de desembolso imediato, seja pela possibilidade de pagamento com ganhos incertos, ou mesmo pelo ganho com a venda antecipada de ações (diga-se até mesmo cujo

direito à totalidade das ações ainda não havia se integralizado), cancelou planos que pela crise no mercado financeiros não ofertaria vantagem aos trabalhadores, bem como possibilidade de venda, sem nem mesmo ter integralizado a totalidade do direito a ação.

Isto posto, ao considerar que, na maneira como disponibilizado, a opção pela compra de ações, visou remunerar indiretamente os contribuintes individuais, correta a indicação da autoridade fiscal, de que o benefício não se encontra no rol de exclusão do conceito de salário de contribuição, descrito no art. 28, § 9º da lei 8.212/91, razão pela qual entendo corretos os fundamentos (em sua maioria, com as observações descritas no voto) para manutenção do crédito.

Destaco, que embora tenha trazido o auditor ainda, como fundamento, o caráter habitual do plano, também não entendo ser esse fundamento relevante para identificação da natureza do pagamento no presente caso. Contudo, considerando ter o auditor indicado que o benefício constituiria remuneração indireta, apenas descreveu que sua concessão deu-se com habitualidade. Não vislumbro falha que vicie o lançamento, uma vez não ter sido esse o único ponto para manutenção do crédito, bem como fazer o requisito parte do conceito de remuneração.

Note-se que o argumento de que a decisão recorrida acabou por se distanciar da realidade, não merece guarida. Novamente, basta-nos olhar o acórdão proferido para identificar, o devido enfrentamento das questões, bem como identificar que a autoridade julgador rebateu todos os pontos trazidos pelo recorrente. Assim, enfrentou o julgador:

*7.2. Nesse ponto, devemos ponderar que o conceito legal de “remunerações pagas ou creditadas a qualquer título” (Lei nº 8.212, de 1991, art. 22, III) não se limita ao pagamento em dinheiro, abarcando também o pagamento mediante dação de um benefício, de uma utilidade. Logo, a base de cálculo abrange não apenas o valor pago em numerário, mas também a utilidade; apurada, no caso concreto, a partir do valor de mercado.*

*7.3. A fiscalização sustenta que os segurados auferiram benefício econômico ao adquirirem as ações, no âmbito dos Programas de Opção de Compra de Ações.*

*Segundo a defesa, o preço de aquisição era fixado com base no valor de mercado, pelo modelo de precificação “Black & Scholes”.*

*7.3.1. O Plano de Opção de Compra de Ações (fls. 69/75), ato que disciplina a criação periódica dos Programas de Opção de Compra de Ações, determina que:*

*5.1. O valor da contribuição para aquisição das Ações a serem subscritas pelos beneficiários do Plano, em decorrência do exercício da opção, será determinado pelo Comitê, respeitados os parâmetros legais, sendo corrigido por índice de correção monetária a ser definido pelo Comitê para cada Programa, bem como incidindo juros em percentual também a ser definido pelo Comitê.*

*7.3.2. A impugnante não apresentou prova demonstrando que a precificação observou o modelo invocado. Por outro lado, a fiscalização demonstrou que o preço pelo qual a opção poderia ser vendida na Bolsa de Valores superava o preço de exercício*

da opção, consistindo a diferença entre o valor recebido da empresa (valor de mercado) e o valor pago (valor de exercício) a remuneração-utilidade.

7.5. O Plano de Opção de Compra de Ações em questão tem por pressuposto o caráter oneroso, contudo, conforme demonstrou a fiscalização, a contribuição para aquisição das ações enseja um valor inferior ao de mercado.

7.5.1. Quando o custo de aquisição passou a ser superior ao de mercado, os Programas de 2007 e 2008 foram cancelados e trocados pelo Programa de 2009 (tendo o Programa de 2010 estabelecido o custo simbólico de R\$ 0,01, ainda que não aplicável ao período objeto do lançamento).

7.5.2. Se os contratos eram efetivamente mercantis, não se justifica o cancelamento e substituição, mesmo diante da finalidade de retenção dos trabalhadores; o preço e as condições previamente estipuladas nos Programas deveriam ter sido honrados e os trabalhadores, enquanto investidores de longo prazo, deveriam ter se sujeitado às flutuações inerentes ao mercado de ações.

7.5.3. Segundo a defesa, não se pode aferir ganho no momento de exercício da opção (mediante confrontação com o valor de mercado), mas apenas quando da alienação das ações pelo empregado para terceiros.

7.5.4. Entretanto, o cancelamento e substituição dos Programas de 2007 e 2008 em 2009 revela a confrontação do custo do exercício da opção com o valor de mercado.

7.5.5. A própria conduta da empresa evidencia o intuito de assegurar um efetivo ganho ao trabalhador no momento de exercício da opção, sendo coerente com tal intenção o fato de o cancelamento e substituição não alcançar os lotes de ações cujo exercício da contribuição para a aquisição já havia sido exercido.

7.6. A disponibilização pela empresa de empréstimo (fls. 136/137) no momento do pagamento dos 10% do total das ações oferecidas para se ingressar nos Programas (mantido em conta de adiantamento para a futura subscrição), somada com a possibilidade de se adquirir ações em relação às quais tenha sido pago apenas 30% do respectivo valor de contribuição (devendo aliená-las em até 30 dias da emissão para ressarcimento da impugnante) demonstra que a empresa não apenas depreciava o valor das ações e reduzia os riscos de mercado, mas também financiava e facilitava a obtenção de lucros mediante um reduzido desembolso por parte dos trabalhadores.

7.6.1. A argumentação da defesa não afasta a constatação de financiamento e de facilitação, eis que o trabalhador não tinha de buscar o mercado, além de ter condições favoráveis.

7.7. A fiscalização não imputou habitualidade ao pagamento, mas ao lançamento de Programas, reforçando a evidência de vinculação ao desempenho individual.

7.8. Destarte, constata-se que a autuada estruturou os Programas para mitigar o risco e os custos envolvidos nas operações e que agiu, quando o mercado apresentou-se desfavorável ao exercício das opções, para assegurar lucro no exercício das opções, possibilitando aos trabalhadores um efetivo benefício na aquisição das ações, tendo escolhido os beneficiários em razão do desempenho individual dos mesmos na prestação de trabalho havida.

7.9. Logo, está preenchido o suporte fático do art. 22, III, da Lei nº 8.212, de 1991, ou seja, o pagamento de remuneração em utilidade pelos serviços prestados por segurado contribuinte individual.

7.9.1. Além disso, como bem ressaltou a fiscalização, diante da constatação da ocorrência de fato descrito no art. 22, III, da Lei 8.212, de 1991, e da não especificação da remuneração por Plano de Opção de Compra de Ações, nos moldes implementados pelo contribuinte, dentre as parcelas constantes do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 1991, resta caracterizado o salário de contribuição.

Dessa forma, a decisão recorrida enfrentou os argumentos apresentados pelo recorrente (como parte do acórdão transcrito acima). Em todos os momentos tanto o julgador, quanto a própria autoridade fiscal em seu relatório, destacam que é a ausência do risco e a intenção de beneficiar diretamente o trabalhador é que formam o sustentáculo para o lançamento. Assim, adoto a decisão proferida também como razões de decidir, com as devidas ressalvas feitas no corpo deste voto.

#### DOS PLANOS ANTERIORES A 2004.

Muito discutimos acima acerca dos argumentos trazidos pelo auditor para sustentar o lançamento, tendo o mesmo fundamentado o lançamento sob diversos primas. Contudo, vislumbro uma falha que aqui merece ser enfatizada.

Para os planos posteriores a 2004, descreveu o auditor os pontos que atribuíram ao stock options fornecido pela ALL América Latina natureza salarial, contudo em relação aos planos anteriores a 2004, não observamos o mesmo cuidado. Embora o lançamento não envolva fatos geradores anteriores ao ano de 2004, alguns benefícios concedidos posteriormente, referem-se aos planos criados nesses períodos, sendo que não vislumbrei nos autos elementos que fundamentos, os motivos que levaram o auditor nos planos anteriores a 2004, a considerar a outorga como salário de contribuição.

No corpo do processo identificamos uma planilha, fls. 680 a 697 – Documentos diversos, donde a autoridade fiscal, destaca a qual programa os valores apurados referem-se, destacando programas de 1998, 2001, 2003, sem que o mesmo tivesse identificado, pontualmente para esses programas, quais os vícios afastariam o pagamento do mero contrato mercantil. Talvez para a autoridade fiscal, dita minúcia não mostrava-se tão importante, na medida que o primeiro argumento para consubstanciar o lançamento era que o plano de opção de ações por si só já possuiria natureza salarial.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Contudo, tendo sido afastado esse argumento, os demais elementos, é que tornaram-se contundentes para manutenção do crédito, ou seja, a indicação em cada plano dos elementos que afastaram direta ou indiretamente o risco do negócio. Assim, sendo, por não ter identificado nos presentes autos as irregularidades dos planos de Stock Options anteriores a 2004, entendo devam ser excluídos por vício formal, ditos lançamentos.

É pertinente também destacar, que entendo que a nulidade que alcança os levantamentos acima descritos é formal, visto não ter o auditor formalizado da maneira devida o lançamento como o fez descrevendo para os planos posteriores a 2004, os vícios que afastariam aos outorgas de ações como meras operações mercantis.

Nesse sentido, pode-se identificar que a nulidade é aplicável por não ter o auditor fiscal discriminado de forma clara e precisa, os fatos geradores que ensejariam a descaracterização dos plano de stock options anteriores a 2004,.

Dessa forma, entendo que a falta da descrição pormenorizada levaria a anulação da NFLD por vício formal, por se tratar do não preenchimento de todas as formalidades necessárias a validação do ato administrativo, conforme destaco abaixo.

Em uma concepção a respeito da forma do ato administrativo é incluída não somente a exteriorização do ato, mas também as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato. Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia di Pietro, na obra Manual de Direito Administrativo, 18ª edição, Ed. Atlas, página 200.

Na lição expressa de Maria Sylvia di Pietro, na obra já citada, página 202, in verbis: “Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e dos direitos que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação da legitimidade do ato.”

Não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A motivação é a exposição de motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. A motivação diz respeito às formalidades do ato. O motivo, por seu turno, antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. São os pressupostos de fato e de direito da prática do ato. Na lição de Maria Sylvia di Pietro, pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato; pressuposto de fato, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

No lançamento fiscal o motivo é a ocorrência do fato gerador, esse inexistindo torna improcedente o lançamento, não havendo como ser sanado, pois sem fato gerador não há obrigação tributária. Agora, a motivação é a expressão dos motivos, é a tradução para o papel da realidade encontrada pela fiscalização.

Logo, se há falha na motivação, o vício é formal, se houver falha no pressuposto de fato ou de direito, o vício é material. Como exemplo nas contribuições previdenciárias: se houve lançamento enquadrando o segurado como empregado, mas com as provas contidas nos autos é possível afirmar que se trata de contribuinte individual, há falha no pressupostos de fato e de direito. Agora, se houve lançamento como empregado, mas o relatório fiscal falhou na caracterização; entendo que haveria falha na motivação; devendo o

lançamento ser anulado por vício formal. A autoridade julgadora deverá analisar a observância dos requisitos formais do lançamento, previstos no art. 37 da Lei n ° 8.212.

#### DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR,

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

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

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

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

Afasto, dessa forma, o argumento de eventual diferença entre o valor da ação no pregão da bolsa e o valor da ação pago pelo beneficiário do Plano de Opção de Compra de Ações da Recorrente seria irrelevante e imprestável para a cobrança do tributo. Pelo contrário, ao fornecer o benefício ao trabalhador, inclusive com a possibilidade de venda, sem nem mesmo ter completado o prazo de carência determinado, ofertou a recorrente ao trabalhador um ganho indireto, cuja definição da base de cálculo deu-se sobre o ganho auferido pelo beneficiário.

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

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

#### DA NOMENCLATURA UTILIDADE

Também não vislumbro qualquer nulidade ou incorreção em descrever o pagamento como uma espécie de utilidade. Pelo contrário, entendo estar correto o argumento trazido pelo auditor para descrever o fato gerador e o momento da sua ocorrência.

Entendo importante firmar entendimento do papel das utilidades dentro do conceito de salário de contribuição para contribuintes individuais.

Conforme, já transcrito anteriormente a definição de salário de contribuição encontra-se prevista no art. 28, III da Lei nº 8.212/1991, para o segurado contribuinte individual:

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

*III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o §5º;*

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei nº 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição:

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

*I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)- grifo nosso.*

Dessa forma, pela análise dos dois dispositivos legais, podemos estabelecer que não existe nenhuma distinção entre a base de cálculo da contribuição dos segurados empregados e dos contribuintes individuais. Entendo que o detalhamento do dispositivo com relação aos segurados empregados, visa simplesmente transcrever o que a Consolidação da Leis do Trabalho – CLT, destaca como remuneração para os trabalhadores por ela amparados. A preocupação do legislador trabalhista, reafirmada pelo previdenciário, foi simplesmente enfatizar que tudo aquilo que o empregador der ao seu empregado, como contraprestação pelo trabalho realizado, deve ser incluído no conceito de remuneração e, por consequência refletir nos direitos trabalhistas, por exemplo, férias, gratificação natalina, FGTS etc. A intenção foi deixar claro para os empregadores que, mesmo que retribuam por outras formas, que não em dinheiro, terão que repercutir esses ganhos nos direitos dos seus empregados.

Agora, qual seria a necessidade de detalhar o conceito de remuneração para os trabalhadores contribuintes individuais, se os mesmos não possuem qualquer espécie de direito trabalhista. Quando analisamos o trabalho de profissionais autônomos (contribuintes individuais), identificamos um contrato civil de prestação de serviços, onde a execução do trabalho, dentro da conformidade do contrato, gera um ganho. Imaginemos que ao contratar, por exemplo, um pedreiro, o mesmo cobre R\$ 1.000,00 pelo serviço, sendo assim pactuado: R\$ 500,00 em dinheiro, R\$ 300,00 em passagens aéreas compradas na loja X e R\$ 200,00 em ações da empresa sem que se ofereça qualquer risco. Será que os R\$ 500,00 em utilidades

(passagens e ações) não representam um ganho para esse trabalhador, ou melhor, não foram pactuados como contraprestação pelo serviço.

Segundo o ilustre professor Arnaldo Süssekind em seu livro Instituições de Direito do Trabalho, 21ª edição, volume 1, editora LTr, o significado do termo remuneração deve ser assim interpretado:

*No Brasil, a palavra remuneração é empregada, normalmente, com sentido lato, correspondendo ao gênero do qual são espécies principais os termos salários, vencimentos, ordenados, soldo e honorários. Como salientou com precisão Martins Catharino, “costumeiramente chamamos vencimentos a remuneração dos magistrados, professores e funcionários em geral; soldo, o que os militares recebem; honorários, o que os profissionais liberais ganham no exercício autônomo da profissão; ordenado, o que percebem os empregados em geral, isto é, os trabalhadores cujo esforço mental prepondera sobre o físico; e finalmente, salário, o que ganham os operários. Na própria linguagem do povo, o vocábulo salário é preferido quando há prestação de trabalho subordinado.”*

Pelo exposto, o fato do legislador não ter detalhado o conceito de remuneração para o contribuinte individual é simplesmente porque não é comum se ajustar outra modalidade de pagamento pela prestação do serviço que não dinheiro. Porém resta evidente que qualquer espécie de pagamento feito ao contribuinte individual, caracteriza-se como contraprestação pelo serviço realizado integrando a base de cálculo de contribuições previdenciárias.

Não se pode descartar o fato de que os valores ganhos pela compra de ações abaixo do valor de mercado, sem atribuir ao trabalhador os riscos, não sejam um ganho indireto, obtido por meio da aquisição de ações, mesmo sem haver a conversão em pecúnia. É justamente aí que identificamos o conceito de utilidade, que é a forma de remunerar sem que envolva a transferência de numerário ao trabalhador. Essa modalidade de benefício, está inseridos no conceito *lato* de remuneração, assim compreendida a totalidade dos ganhos recebidos como contraprestação pelo serviço pactuado.

Este tópico, bem afasta o argumento do recorrente que não há nos autos qualquer indício ou evidência de que os valores atrelados ao Plano de Opção se prestavam a substituir ou complementar a remuneração. Não houve presunção do fisco, como argumentado. Pelo contrário o auditor (como já afastado em sede preliminar), bem fundamentou o lançamento, com a correta descrição dos fatos geradores., estando o lançamento em conformidade com a legislação.

Também convém reproduzir a posição da professora Alice Monteiro de Barros acerca da distinção entre utilidades salariais e não-salariais:

*"As utilidades salariais são aquelas que se destinam a atender às necessidades individuais do trabalhador, de tal modo que, se não as recebesse, ele deveria despende parte de seu salário para adquiri-las. As utilidades salariais não se confundem com as que são fornecidas para a melhor execução do trabalho. Estas equiparam-se a instrumentos de trabalho e, conseqüentemente, não têm feição salarial."*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Entendo, que a possibilidade inclusive de venda das ações adquiridas parcialmente, auferindo lucro, em relação aos contribuintes individuais, mostra-se, mais fortemente como uma forma de remuneração, considerando que não existe nenhum vínculo capaz de obriga-los a permanecer na empresa após as efetivas vendas.

Estamos falando de um contrato civil de prestação de serviços, onde além do ganho mensal previsto inicialmente no contrato, os trabalhadores estão se beneficiando com a oportunidade de participação no capital da empresa por meio de outorga de ações adquiridas de maneira subsidiada. Ademais não teriam acesso a “utilidade” benefício, caso não prestassem o referido serviço.

No próprio contrato de oferta o compra de ações, fl. 226, identificamos a ideia da utilidade incorporada como um bem ao trabalhador:

*(ii) que, a partir da assinatura do presente instrumento, o **Beneficiário** incorporará anualmente ao seu patrimônio o direito à aquisição de lotes de **Ações** compostos por parte das **Ações** referidas no considerandum acima, de forma que, ao final de alguns anos, o **Beneficiário** terá incorporado a seu patrimônio o direito à aquisição de todas as **Ações**;*

*(iii) que, uma vez adquirido pelo **Beneficiário** o direito à aquisição de lotes de **Ações**, terá ele um prazo para efetuar as respectivas contribuições financeiras visando à efetiva aquisição dos referidos lotes, tratando a **Companhia** os valores antecipadamente recebidos como adiantamentos para futura subscrição;*

Ademais, a interpretação para exclusão de parcelas da base de cálculo é literal. A isenção é uma das modalidades de exclusão do crédito tributário, e desse modo, interpreta-se literalmente a legislação que disponha sobre esse benefício fiscal, conforme prevê o CTN em seu artigo 111, I, nestas palavras:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;*

### **DA INCONSTITUCIONALIDADE**

No que tange a arguição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre a exigência da contribuição ora exigida, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis as exigências previstas na Lei n.º 8.212/1991. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis não apenas a contribuição ora exigida, como o juro e multa correspondentes.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

*Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.*

*A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.*

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

#### *SÚMULA N. 2*

*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

#### **SOBRE EXCLUSÃO DOS CORRESPONSÁVEIS**

Quanto a exclusão dos corresponsáveis, deve-se esclarecer ao recorrente que se trata do julgamento de AI pelo descumprimento de obrigações acessórias, em sendo assim a autuada é a empresa, que é o sujeito passivo da obrigação tributária e não seus sócios. Esses, por serem os representantes legais do sujeito passivo, constam da relação de Corresponsáveis – CORESP, consoante determinação contida no art. 660, da IN 03/2005, vigente à época da lavratura do Auto, qual seja:

*Art. 660. Constituem peças de instrução do processo administrativo-fiscal previdenciário, os seguintes relatórios e documentos:*

*X - Relação de Corresponsáveis (CORESP), que lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação;*

Entendo que a fiscalização previdenciária não atribui responsabilidade direta aos sócios, pelo contrário, apenas elencou no relatório fiscal, quais seriam os responsáveis legais da empresa para efeitos cadastrais. Se assim não o fosse, estaríamos falando de uma empresa - pessoa jurídica, com capacidade de pensar e agir, e até onde conheço as decisões de administrar e gerir os empreendimentos partem de seus sócios e diretores. Dessa forma, entendo desnecessária a apreciação do questionamento, posto que a indicação dos sócios e diretores não é realizada em função de dolo, fraude ou mesmo simulação, razão porque não se aprecia a administração dos mesmos, mas, conforme descrito

#### **DA ILEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE JUROS SOBRE A MULTA**

#### **DE OFÍCIO.**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Alega o recorrente que ilegal a cobrança de juros sobre a multa de ofício, contudo, entendo que razão não assiste ao recorrente neste ponto. Conforme já apreciado pela autoridade julgadora,

8. No caso concreto, aplicou-se a multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e os juros de mora disciplinados no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, por força dos arts. 35 e 35A da Lei nº 8.212, de 1991, nos termos da Lei nº 11.941, de 2009, conversão da Medida Provisória nº 449, de 2008.

8.1. O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, determina a incidência da SELIC “sobre os débitos decorrentes de tributos e contribuições”, ou seja, “débitos cuja origem remonta a tributos e contribuições”.

8.2. Além disso, não há óbice à incidência de juros sobre a multa, pois esta integra a própria obrigação principal (CTN, art. 113, § 3º) e os juros incidem sobre a totalidade do crédito tributário (CTN, art. 161).

Ao contrário do que entendeu o recorrente, a aplicação de juros sobre multa de ofício é aplicável na medida que esta faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo. Assim, fazendo parte do crédito junto com o tributo, devem ser aplicados a multa os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

No mesmo sentido, manifestou-se por maioria a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no processo 10.768.010559/2001-19, Acórdão 9202-01.806 de 24 de outubro de 2011, cuja ementa transcrevo abaixo:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF*

*Ano calendário: 1997*

*JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE.*

*O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo Recurso especial negado.*

*É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.*

*Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região.*

*Recurso Especial Negado.*

*A matéria sob exame pode ser dividida em duas questões, que se*

Documento assinado digitalmente conforme **completam** 20-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 01/07/2014 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*A primeira, diz respeito à própria possibilidade genérica da incidência de juros sobre a multa, e centra-se na interpretação do artigo 161 do CTN; a segunda questão envolve a discussão sobre a existência ou não de previsão legal para a exigência de juros sobre a multa, cobrados com base na taxa Selic.*

*Sobre a incidência de juros de mora o citado art. 161 do CTN prevê o seguinte:*

*“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”*

*Inicialmente entendo que o art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o **caput** do artigo.*

*Ou seja, tanto a multa como o tributo compõem o crédito tributário, devendo-lhes ser aplicado os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.*

*Ademais, não haveria porque o valor da multa permanecer congelado no tempo.*

*Por seu turno o § 1.º do art. 161 do CTN, ao prever os juros moratórios incidentes sobre os créditos não satisfeitos no vencimento, estipula taxa de 1% ao mês, não dispondo a lei de modo diverso. Abriu, dessa forma, possibilidade ao legislador ordinário tratar da matéria, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.*

*O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa. Confirase **in verbis**:*

*"Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.*

*Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento." (grifei)*

*Esse entendimento se coaduna com a Súmula nº 45 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que já previa a correção monetária da multa:*

*"As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária."*

*Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa.*

*Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região:*

*"TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO. JUROS SOBRE A MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 113, § 3º, CTN. LEI Nº 9.430/96. PREVISÃO LEGAL.*

*1. Por força do artigo 113, § 3º, do CTN, tanto à multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõe o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. 2. O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente. 3.*

*Segundo o Enunciado nº 45 da Súmula do extinto TFR "As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária." 4. Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justificase a sua aplicação sobre a multa."*

*(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.72.01.0000311/ SC, Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares)*

*"TRIBUTÁRIO. ART. 43 DA LEI 9.430/96. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS.*

*LEGITIMIDADE.*

*1. É legítima a exigência fiscal consistente na incidência de juros moratórios sobre multa de ofício aplicada ao contribuinte.*

*Inteligência do artigo 43 da Lei 9.430/96 c/c art. 113, § 3, do CTN.*

*2. Improvida a apelação."*

*(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.00.0263869/ PR, Relator: Juiz Federal Décio José da Silva).*

*Destarte, entendo que é legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.*

Face a decisão proferida, entendo plenamente aplicável a incidência de juros sobre a multa de ofício, conforme demonstrado na decisão acima transcrita, a qual adoto como razão para determinar a procedência da multa aplicada.

lançamento. Estando, portanto, no campo de incidência do conceito de remuneração e não havendo dispensa legal para incidência de contribuições previdenciárias sobre tais verbas, no período objeto do presente lançamento, conforme já analisado, deve persistir o lançamento na forma acima especificada.

### **CONCLUSÃO**

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito dar provimento parcial ao recurso para excluir por vício formal as contribuições decorrentes dos fatos geradores referentes aos programas anteriores ao ano de 2004, mantendo as contribuições decorrentes dos fatos geradores referentes aos programas posteriores ao ano de 2004, nos termos descrito no voto.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

## Voto Vencedor

Conselheiro Elias Sampaio Freire, Redator Designado

Ouso divergir da ilustre relatora acerca da improcedência do lançamento decorrentes dos fatos geradores referentes aos programas anteriores ao ano de 2004, ao invés de declarar a nulidade por vício formal ou até mesmo material, justamente por concordar com a relatora em sua premissa básica, no sentido em que *"Em sua concepção original o stock option é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime de opção de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo inicialmente caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso do contrato de trabalho."*

Como bem delineado em seu voto, a ilustre conselheira relatora manifestou-se pela nulidade formal dos fatos geradores referentes aos programas anteriores ao ano de 2004, nos seguintes termos:

*"Para os planos posteriores a 2004, descreveu o auditor os pontos que atribuíram ao stock options fornecido pela ALL América Latina natureza salarial, contudo em relação aos planos anteriores a 2004, não observamos o mesmo cuidado. Embora o lançamento não envolva fatos geradores anteriores ao ano de 2004, alguns benefícios concedidos posteriormente, referem-se aos planos criados nesses períodos, sendo que não vislumbrei nos autos elementos que fundamentos, os motivos que levaram o auditor nos planos anteriores a 2004, a considerar a outorga como salário de contribuição.*

*No corpo do processo identificamos uma planilha, fls. 680 a 697 – Documentos diversos, donde a autoridade fiscal, destaca a qual programa os valores apurados referem-se, destacando programas de 1998, 2001, 2003, sem que o mesmo tivesse identificado, pontualmente para esses programas, quais os vícios afastariam o pagamento do mero contrato mercantil. Talvez para a autoridade fiscal, dita minucia não mostrava-se tão importante, na medida que o primeiro argumento para consubstanciar o lançamento era que o plano de opção de ações por si só já possuiria natureza salarial.*

*Contudo, tendo sido afastado esse argumento, os demais elementos, é que tornaram-se contundentes para manutenção do crédito, ou seja, a indicação em cada plano*

*dos elementos que afastaram direta ou indiretamente o risco do negócio. Assim, sendo, por não ter identificado nos presentes autos as irregularidades dos planos de Stock Options anteriores a 2004, entendo devam ser excluídos por vício formal, ditos lançamentos."*

Partindo do pressuposto de que os planos de opções de compra de ações (Stock Options) possuem natureza mercantil. Cabe a autoridade fiscal o ônus de demonstrar e comprovar que houve desvirtuamento dos referidos planos, a ponto de que venham a ser desnaturados como decorrentes de uma operação mercantil e caracterizados como remuneração indireta.

Não comungo do entendimento de que a ausência de demonstração do desvirtuamento dos planos de opções de compra de ações (Stock Options) trate-se de mero vício formal, posto que caso a fiscalização não demonstre o efetivo desvirtuamento há de ser mantida a natureza mercantil dos referidos planos, que não se sujeitam à incidência de contribuições previdenciárias, o que acarreta a improcedência do lançamento.

Ante o exposto, voto por provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento as contribuições decorrentes dos fatos geradores referentes aos programas anteriores ao ano de 2004, ante a sua improcedência.

Elias Sampaio Freire

## Declaração de Voto

Conselheira Carolina Wanderley Landim.

Pedi vistas do processo com o objetivo de aprofundar a minha análise dos autos, a fim de possibilitar a melhor apreciação dos elementos que levaram a fiscalização à lavratura dos autos de infração objeto do presente processo, assim como dos argumentos levantados pela Recorrente com o objetivo de desconstituir o lançamento contra si efetuado.

O objeto deste processo já foi devidamente esmiuçado no voto da Eminente Conselheira Relatora, que narrou com fidedignidade tanto a motivação da autuação, exposta no Relatório Fiscal, como também os argumentos de defesa apresentados pela Recorrente e decisão de primeira instância administrativa, proferida pela DRJ em Curitiba (PR).

Trata-se, em brevíssima síntese, da caracterização como remuneração de contribuintes individuais, com a conseqüente exigência da contribuição previdenciária patronal, das ações negociadas pela Recorrente com determinados executivos que lhe prestaram serviços, no bojo de Programas de Opção de Compra de Ações lançados nos anos de 1999 a 2010, cujos exercícios ocorreram no período de março de 2009 a outubro de 2010. A remuneração foi calculada pela diferença entre o valor pago pelos beneficiários dos Programas, quando do exercício da opção de compra de ações, e o valor de mercado das mesmas ações, na data do exercício.

A Ilustre Relatora, em seu bem lançado voto, adotou o posicionamento – com o qual concordo - de que a concessão de opção de ações trata-se, em regra, de típico contrato mercantil, em que o trabalhador poderá ou não obter benefícios, cujo caráter oneroso decorre do pagamento do preço de exercício estipulado. E que o fator determinante para que o *stock options* se afaste da natureza meramente remuneratória seria o risco.

Aliás, o próprio auditor fiscal parece concordar com o caráter mercantil da opção de compra de ações, ao pontuar, no item 11 do seu relatório fiscal, que caso o desconto ou prêmio seja significativo a ponto de eliminar o risco da operação futura, a concessão poderá enquadrar-se como “salário utilidade”, sendo a existência de risco de fundamental importância na caracterização mercantil de qualquer relação contratual.

De fato, sendo, via de regra, a opção de compra de ações facultativa e onerosa ao beneficiário, que, inclusive, poderá experimentar prejuízos na operação, caso o preço de venda seja inferior ao preço pago pelas ações adquiridas, não é possível caracterizar a opção de compra de ações como remuneração, já que esta decorre diretamente da prestação de serviço, não estando sujeita a risco, muito menos à opção do trabalhador – prestado o serviço, a remuneração deve ser paga pelo contratante.

É certo, contudo, que, não estando presentes as características essenciais do contrato mercantil de opção de compra de ações, poderá a fiscalização provar que se trata de forma de remuneração indireta, sobre a qual incidiria a contribuição previdenciária patronal.

No caso sob exame, a fiscalizou buscou descaracterizar o caráter mercantil das opções de compra de ações ofertadas, sob o argumento principal de que o risco havia sido afastado pela Recorrente, ao adotar as seguintes medidas:

1. concessão de empréstimo para pagamento do valor de adesão ao programa, correspondente a 10% das ações ofertadas;
2. intervenção quando as condições de mercado tornam o exercício das opções desvantajoso, o que foi feito por ocasião da substituição das opções dos programas de 2007 e 2008 pelo programa de 2009;
3. possibilidade de alienação das opções não integralizadas, com retenção do valor referente ao pagamento do exercício;
4. oferta do programa de 2010 por preço vil.

Acrescentou ainda a fiscalização que o caráter contraprestacional da opção de ações estaria ainda corroborado pelo fato de o programa de 2010 ter estabelecido como condições metas de natureza coletiva (EBITDA) e individual (avaliação por sistema gerencial) e que, mesmo não tendo ainda se dado o exercício das opções do programa de 2010, o mesmo demonstraria de maneira cristalina os objetivos do “Plano de Opção de Compra de Ações” da Recorrente.

Da análise dos autos, julguei por bem pontuar os seguintes aspectos a respeito dos itens acima destacados da autuação – itens estes que refletem a motivação para a autuação aqui debatida.

Inicialmente, julgo importante debater a metodologia utilizada pelo auditor fiscal para lavratura do auto de infração em comento. Conforme se infere da leitura do relatório fiscal, a fiscalização, com base em características identificadas em um, ou em alguns dos diversos programas anuais de opções de compras de ação aprovados pela Recorrente, afastou a natureza mercantil da totalidade dos programas apresentados – sem indicar, individualmente, em que programas estariam presentes as cláusulas que, no seu entender, afastavam o risco e caracterizavam o pagamento de remuneração.

Por exemplo, oferta de ação a preço vil (R\$ 0,01) e vinculada a metas de natureza coletiva e individual, características presentes apenas no programa lançado no ano de 2010, foram utilizadas como argumento para descaracterização da natureza mercantil do Plano de Ações como um todo, independentemente das características específicas de cada programa anualmente lançado. Do mesmo modo, a concessão de empréstimo para pagamento da adesão ao programa, correspondente a 10% das ações ofertadas, aplica-se apenas ao programa instituído no ano de 2006, conforme se verifica dos documentos que acompanharam a autuação fiscal – mas foi utilizado como argumento apto a demonstrar, de forma genérica, o afastamento do risco contratual pela Recorrente. O mesmo aconteceu com o cancelamento de opções ainda não exercidas, situação que ocorreu unicamente quanto aos programas de 2007 e 2008.

Na avaliação desta Conselheira, é preciso, primeiro, identificar a que programas se referem os exercícios de opção de ações autuados, para, em seguida, verificar em quais deles estão presentes as características listadas pela fiscalização como hábeis a justificar a incidência da contribuição previdenciária patronal. Ora, admitamos que nenhum dos pontos

levantados pela fiscalização estava presente em determinado programa. Seria razoável manter a autuação quanto aos exercícios de opções dele decorrente, com base em características encontradas em programas que o antecederam ou sucederam? Me parece que não.

Sob outro giro, admitamos que esta Turma julgadora entenda que apenas a oferta de ações a preço vil, correspondente a R\$ 0,01, seria motivo suficiente para descaracterizar a natureza mercantil da opção de compra de ações e, como tal, sujeitar os exercícios correspondentes à tributação. Sendo que esta característica está presente apenas no programa do ano de 2010, seria admissível manter a presente autuação, levando em consideração que nenhum exercício de opção do programa de 2010 deu ensejo ao lançamento aqui discutido? Por certo que não!

Nesse contexto, é preciso, inicialmente, cotejar os programas de opção de compra de ações, cujos exercícios foram listados pelo auditor fiscal autuante no levantamento denominado “Demonstrativo do Valor Intrínseco das Opções por Ocasão do Exercício”, com as características indicadas no relatório fiscal que, no entender da fiscalização, seriam suficientes para a sua sujeição à incidência da contribuição previdenciária.

Analisando o referido Demonstrativo (fls. 717/727), constata-se que os exercícios listados referem-se aos programas de **1998, 2000, 2001, 2003, 2005, 2006, 2009**.

Compulsando os autos, é possível identificar, da vasta documentação que integra o lançamento, listada às fls. 742, cópia das atas de Reunião do Conselho de Administração ou do Comitê de Administração do Plano de Opção de Compra de Ações, que aprovaram os programas de opção de compra de ações dos anos de 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2006, 2009 e 2010, bem como cópia das minutas de contrato de opção de compra de ações aprovadas pelas referidas atas, relativas aos programas dos anos de 2003, 2005, 2006, 2007, 2008 e 2010.

Iniciando a análise pelas minutas dos contratos de opção de compra de ações, onde estão disciplinadas as suas cláusulas, constata-se que, quanto ao programa relativo ao ano de **2003**:

- a) não há previsão de concessão de empréstimo por parte da Recorrente para efetivação da opção de compra, em valor correspondente a 10% dos lotes de ações ofertados;
- b) não há cláusula prevendo a possibilidade de emissão de ação com pagamento de 30% do seu preço de exercício, condicionada ao pagamento dos 70% restantes em trinta dias.

Por óbvio, não se aplicam ao programa de 2003 as características que a própria fiscalização atribuiu exclusivamente a outros programas, como o cancelamento posterior de lotes de ações (aplicável aos programas de 2007 e 2008), a oferta de ações a preço vil e condicionada a metas de natureza individual e coletiva (programa 2010).

Quanto ao contrato relativo ao programa do ano de **2005**, este difere do programa de 2003 apenas quanto à possibilidade de emissão de ações mediante o pagamento de **30% da contribuição para aquisição**.

Para os contratos relativos ao programa do ano de **2006**, constata-se que nele há previsão de obtenção de financiamento para pagamento da parcela de adesão, correspondente a 10% dos lotes ofertados, além da possibilidade de emissão de ações mediante pagamento de 30% do valor de contribuição.

Os modelos de contrato de opções de ações relativos aos programas de **2007**, **2008** e **2010** não serão analisados, vez que não foram localizados exercícios de opções de ações desse programa no demonstrativo da base de cálculo da presente autuação.

Por fim, quanto aos anos de **1998**, **2000**, **2001** e **2009**, a fiscalização não juntou ao processo cópia dos contratos de opção de compra de ações, diante do que não foi possível analisar o seu teor, com o objetivo de verificar se neles estão presentes as cláusulas que, no entender da fiscalização, afastariam o risco da operação, com a conseqüente caracterização dos programas como remuneração dos beneficiários, passível de tributação.

A vinculação da motivação utilizada pela fiscalização para desnaturação dos programas de Stock Options oferecidos pela Recorrente com os respectivos programas anuais pode ser resumida na tabela abaixo:

PROGRAMA	EMPRÉSTIMO 10% INICIAIS	CANCELAMENTO DE LOTES (2007/2008)	ALIENAÇÃO DE OPÇÕES NÃO INTEGRALIZADAS (30%/70%)	OFERTA POR VALOR VIL (2010)	VINCULAÇÃO A METAS DE NATUREZA COLETIVA E INDIVIDUAL (2010).
<b>1999</b>	CONTRATO INDISPONÍVEL	NÃO	CONTRATO INDISPONÍVEL	NÃO	NÃO
<b>2000</b>	CONTRATO INDISPONÍVEL	NÃO	CONTRATO INDISPONÍVEL	CONTRATO INDISPONÍVEL	CONTRATO INDISPONÍVEL
<b>2001</b>	CONTRATO INDISPONÍVEL	NÃO	CONTRATO INDISPONÍVEL	CONTRATO INDISPONÍVEL	CONTRATO INDISPONÍVEL
<b>2003</b>	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
<b>2005</b>	NÃO	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
<b>2006 (A e B)</b>	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
<b>2007 (A e B)</b>	NÃO	SIM	SIM	NÃO	NÃO
<b>2009</b>	CONTRATO INDISPONÍVEL	NÃO	CONTRATO INDISPONÍVEL	NÃO	CONTRATO INDISPONÍVEL

Da análise da tabela acima, já é possível concluir, de plano, pela exclusão dos exercícios autuados vinculados ao programa de oferta de ações do ano de 2003, diante da ausência de quaisquer das cláusulas apontadas pela fiscalização como hábeis a afastar o elemento risco inerente aos contratos mercantis e caracterizar o plano de oferta de ações como política de remuneração da Recorrente.

Além disso, a análise do programa de opção de compra de ações relativo ao ano de 2003 não deixa dúvidas de que se trata de típico contrato de *stock options*, não havendo como cogitar da presença de elementos caracterizados do contrato como remuneração passível de tributação. Vejamos:

Mediante a assinatura do contrato, o beneficiário adquire o direito de contribuir para a aquisição a prazo de determinados lotes de ações que lhe são ofertados, a preço pré-determinado. Para assinar o contrato e, como tal, aderir ao programa, o beneficiário deve efetuar o pagamento à vista de 10% do valor total dos lotes de ações que lhe são oferecidos. A partir daí, a cada ano o beneficiário adquire o direito de comprar 18% dos lotes de ações ofertados, de modo que, ao final do quinto ano, já se adquiriu o direito de contribuir para a aquisição da totalidade dos lotes de ações ofertados.

Adquirido o direito de contribuir para a aquisição de determinado lote de ações, o beneficiário possui prazo de 3 anos para exercer a sua opção de compra e efetuar o pagamento respectivo.

O valor de contribuição para aquisição do lote de 1.000 ações foi de R\$ 21,00, sendo esse valor corrigido pelo IGPM e acrescido de juros correspondentes a 6% do valor corrigido por ano.

Após dois anos contados da assinatura do contrato, o beneficiário poderá solicitar a emissão das ações para as quais já houver contribuído integralmente para a sua aquisição. Nesses casos, a venda das ações só poderá ocorrer seis meses após a emissão das ações (*lock up*).

Constata-se da análise das características essenciais do programa de ações do ano de 2003 que o beneficiário não tem nenhuma garantia de ganho na venda das ações adquiridas, muito menos recebe as ações por gratuidade. É preciso contribuir para a sua compra e aguardar mais de dois anos para vender as ações adquiridas quando da assinatura do contrato, o que sujeita o beneficiário inevitavelmente às oscilações de preço que são inerentes ao mercado de ações.

Também não há notícia nos autos de que o preço ofertado seja inferior ao de mercado na data da concessão, o que também evidencia que a Recorrente não adotou preço baixo o suficiente para anular qualquer possibilidade de risco futuro pelo aderente.

O Programa instituído pela Recorrente em 2003 não pode ser caracterizado como remuneração, por ser optativo, oneroso, haver prazo para venda das ações inicialmente adquiridas e não existir cláusula que evite as perdas que podem advir com a futura desvalorização das ações.

Ao aderir ao programa, o beneficiário sente-se estimulado a permanecer na empresa e trabalhar pelo seu crescimento, com o objetivo de ver o preço das ações aumentar no mercado e poder obter ganhos futuros com a sua alienação. Não há nada, contudo, que evite as perdas que são inerentes ao mercado de ações.

Não se trata, assim, de remuneração pelo serviço prestado, já que esta é certa, não depende de evento futuro, nem de adesão do trabalhador, muito menos de pagamento por parte deste.

Também devem ser excluídos da autuação os exercícios de opção de ações relacionados aos programas dos anos de **1998, 2000, 2001 e 2009**, pois, para estes, a fiscalização não anexou aos autos cópia dos respectivos programas, de modo a comprovar a existência de quaisquer das cláusulas que, no entender da fiscalização, atrairiam a tributação pela contribuição previdenciária.

Ora, como se sabe, tendo em vista o caráter vinculado do lançamento e do ato de aplicação da penalidade tributária, é dever da autoridade administrativa certificar-se da ocorrência ou não do fato jurídico que desencadeia a obrigação tributária. Nesse sentido, dispõe o art. 9 do Decreto nº 70.235/72, senão vejamos:

*Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.*

Ademais, não custa lembrar que a motivação é um dos elementos do ato administrativo, que deve ser pautado em provas que substanciem o ato. Até porque, a presunção de legitimidade dos atos administrativos não exime o fiscal da construção probatória que sustente o ato por ele praticado.

Sobre o tema, Marcos Vinicius Neder leciona:

*No processo administrativo fiscal, tem-se como regra que o ônus da prova recai sobre quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência.*

*(NEDER, Marcos Vinicius. A prova no processo tributário/ coordenadores Marcos Vinicius Neder, Eurico Marcos Diniz de Santi, Maria Rita Ferragut. – São Paulo: Dialética, 2010, pg. 19).*

Karen Jureidini Dias vai mais além ao dispor sobre o pode-dever da autoridade administrativa frente à produção probatória no procedimento fiscal:

*Insistimos que não há competência jurídica para a autoridade administrativa no âmbito fiscal desconstituir juridicamente um fato ou ato de natureza civil, **mas tal autoridade administrativa tem o poder-dever de averiguar a suficiência da prova do suporte fático na constituição do fato jurídico tributário.***

*(DIAS, Karen Jureidini, Fato Tributário, Revisão e Efeitos Jurídicos, São Paulo: Editora Noeses, 2013, pg. 190).*

Sendo assim, não há como prevalecer o lançamento no tocante aos exercícios de opção de ações vinculados aos programas dos anos de **1998, 2000, 2001 e 2009**, por não estarem presentes elementos suficientes à comprovação de que tais programas foram atingidos pelas cláusulas que os sujeitariam à incidência da contribuição previdenciária patronal.

Passemos, assim, à análise da possibilidade de integralização de 30% do valor de contribuição para emissão de ações, objeto da cláusula 6ª dos programas dos anos de **2005 e 2006**. Assim se posicionou a fiscalização:

*“Na análise da cláusula sexta dos “Contratos de Oferta à Subscrição ou Compra a Termo de Ações e Outros Pactos”, verificamos a possibilidade de os Beneficiários, a partir da integralização de 30% de suas obrigações, requererem a emissão das ações, aliená-las por corretora designada pela empresa. Nesta operação a corretora repassará os 70%*

*restantes das obrigações do Beneficiário diretamente para a empresa, creditando o saldo remanescente ao Beneficiário.”*

Para melhor análise, convém transcrever o teor da cláusula 6 dos citados programas:

*CLÁUSULA SEXTA. ENTREGA DAS AÇÕES AO BENEFICIÁRIO. II – INTEGRALIZAÇÃO DE NO MÍNIMO TRINTA POR CENTO DA RESPECTIVA CONTRIBUIÇÃO PARA AQUISIÇÃO. A partir de cada Data de Aquisição do Direito de Contribuir, o Beneficiário poderá requerer a emissão das Ações em relação às quais já tiver efetuado o pagamento de pelo menos 30% (trinta por cento) do respectivo Valor de Contribuição.*

*6.1. Caso o Beneficiário opte por efetuar o pagamento de apenas 30% (trinta por cento) do Valor de Contribuição das Ações, tais Ações serão emitidas pela Companhia e deverão ser alienadas pelo Beneficiário no prazo máximo de 30 (trinta) dias, exclusivamente através de corretoras designadas pela Companhia. Imediatamente após a venda das Ações, quantia igual a 70% (setenta por cento) do respectivo Valor de Contribuição deverá ser repassada diretamente pela corretora à Companhia, por conta e ordem do Beneficiário, e o saldo remanescente, se houver, deverá ser imediatamente creditado ao Beneficiário.*

*6.2. O Beneficiário neste ato, em caráter irrevogável e irretratável, constitui a Companhia sua bastante procuradora para fins de, por conta e ordem do Beneficiário, (a) proceder à venda das Ações na forma do item 6.1, (b) dar instruções à corretora quanto à transferência de valores relativos à venda das Ações, na forma do mesmo item 6.1, (c) descontar, dos valores relativos a tal venda, valor igual a 70% (setenta por cento) do respectivo Valor de Contribuição, (d) transferir para conta a ser indicada pelo Beneficiário eventual saldo remanescente em seu favor, e (e) praticar todos os atos suficientes e necessários à efetividade do mecanismo previsto nesta Cláusula Sexta.*

*6.3. O direito a que se refere o caput desta Cláusula Sexta e o item 6.1 acima pode ser suspenso ou suprimido, a qualquer tempo, por deliberação do Comitê, independentemente de qualquer aviso prévio ou justificativa.*

Avaliando a cláusula contratual acima transcrita, entendo que ela não afasta o risco assumido pelo beneficiário ao optar pelo programa de compra de ações, já que tal faculdade não podia ser exercida no momento da opção pelo programa – quando, teoricamente, a ação adquirida possuía valor de mercado ligeiramente superior ao de compra.

Isto porque, havia nos programas dos anos de 2005 e 2006 cláusula prevendo a proibição de alienação das ações por dois anos contados da data da adesão, sendo que, dois anos após, não é possível prever se as ações originalmente ofertadas por determinado valor

terão preço superior ou inferior no mercado. Esse risco, por certo, não é afastado com a possibilidade de integralização de 30%, ao invés de 100% do valor de contribuição das ações.

Não se pode, portanto, tratar tal faculdade como hábil a caracterizar o plano de ações como remuneração, já que não é possível saber se, dois anos após a adesão ao programa, as ações terão valor superior ou inferior ao preço de exercício estipulado. Tal certeza só poderia existir se a Recorrente tivesse ofertado suas ações nesses anos a preço vil, fato que não foi demonstrado em momento algum pela fiscalização (apenas quanto ao ano de 2010).

Uma cláusula dessa natureza poderia ser contestado no contexto de planos que permitem imediatamente após a opção a venda das ações, ações estas que são ofertadas por valor consideravelmente inferior ao de mercado, na data da concessão (não do exercício). Nesses casos, pode ficar demonstrado que o plano tinha por objetivo propiciar um ganho certo e imediato ao beneficiário, o que não me parece ser o caso ora analisado.

O fato de ser estabelecido contratualmente que a venda será feita por corretora designada pela Recorrente também não desnatura o plano, já que tal previsão visa afastar o risco de a Recorrente (e não do beneficiário) não receber a parte do produto da venda das ações que lhe cabe, o que aconteceria caso o beneficiário recebesse o produto da venda e descumprisse com a sua obrigação de pagar os 70% do preço restantes. Na verdade, a cláusula aqui comentada acaba por comprovar a onerosidade do contrato, já que garante que o preço integral da ação será pago, sem o risco de o beneficiário não cumprir com a sua obrigação contratual.

A possibilidade de integralização de 30% do preço das ações para seu recebimento e venda não provoca, assim, afastamento de risco por parte do beneficiário.

Quanto à concessão de empréstimo para pagamento da contribuição para aquisição do lote inicial correspondente a 10% das ações ofertadas no programa do ano de **2006**, também entendo que não há, no caso, afastamento do risco inerente à compra de ações com tal faculdade, como já muito bem fundamentado no voto proferido pelo Ilustre conselheiro Igor Araújo Soares.

Não se trata de doação, mas de efetivo empréstimo, sujeito, como tal, a remuneração correspondente a 100% da taxa média referencial dos depósitos interfinanceiros apurada pela CETIP, conforme cláusula 7 da minuta do contrato de empréstimo acostada às fls. 136 dos autos.

O beneficiário, portanto, assumia um passivo perante a Companhia, sujeito à incidência de juros, para compra inicial de suas ações, ações estas que, dois anos após, poderiam valer muito menos do que o valor pago para a sua aquisição. Não há, portanto, qualquer afastamento de risco com a concessão do empréstimo comentado. Ao contrário, a assunção de dívida para aquisição de ações implica na assunção de um risco ainda maior por parte do beneficiário do programa, já que o investimento no mercado de ações é por natureza arriscado, sujeito às desvalorizações e perdas que lhe são inerentes. O beneficiário pode, assim, sofrer perdas em decorrência da desvalorização das suas ações e, ainda assim, assumir um passivo decorrente do empréstimo tomado, o qual inclusive aumentará de valor com o tempo.

Por fim, quanto ao argumento utilizado pela fiscalização relativo ao cancelamento, em 2009, dos lotes não integralizados, ou integralizados mas não pagos, das ações relativas aos programas dos anos de **2007** e **2008**, deixarei de analisar esse ponto quanto ao presente processo, vez que não há no demonstrativo do débito destes autos qualquer exercício de opção de compra de ações dos programas dos anos de 2007 e 2008.

### Conclusão

Diante de todo o exposto, seja por não ter a fiscalização comprovado que as características supostamente eliminadoras do risco estariam presentes nos programas de opção de compra de ações da Recorrente dos anos de **1998, 2000, 2001, 2003 e 2009**, seja por não serem as características específicas atribuídas aos programas dos anos de **2005 e 2006** hábeis a eliminar o risco inerente ao *stock options*, voto pelo provimento integral do recurso.

Carolina Wanderley Landim

## Declaração de Voto

Conselheiro Igor Araújo Soares, Relator

Ilmo. Sr. Presidente,

Pedi vista dos autos diante da relevância da matéria.

Conforme muito bem traduzido no voto da Em. Relatora, trata-se do lançamento de contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social incidentes sobre remunerações creditadas aos beneficiários na forma de Opções de Compra de Ações (Stock Options). Tais remunerações foram pagas a executivos e empregados da empresa, de suas coligadas e controladas e a prestadores de serviço às mesmas.

Inicialmente reitero que o il. Auditor entendeu pela incidência das contribuições sobre tais verbas, calcado, em síntese, nos seguintes fundamentos, conforme se depreende do item 26 do Relatório Fiscal, a seguir:

*26) Conforme observado nos itens precedentes, concluímos:*

*a) O “Plano de Opção de Compra de Ações” tem natureza remuneratória, destinando-se a criar um atrativo ao Beneficiário e a mantê-lo na empresa pela promessa de ganhos futuros;*

*b) O lançamento de Programas tem caráter de habitualidade, com periodicidade anual, à exceção de 2002 e 2004;*

*c) O Comitê afasta o eventual risco das operações por meio de empréstimos aos Beneficiários, de modo que todos possam aderir ao Plano e intervêm quando as condições de mercado tornam o exercício das opções desvantajosas aos Beneficiários, conforme demonstrado por ocasião da substituição das opções dos Programas 2007 e 2008 pelo Programa 2009;*

*d) O Comitê possibilita aos Beneficiários a alienação de suas opções não integralizadas, retendo o valor referente ao pagamento do exercício. A alienação é feita por corretora designada pela empresa. Combinando a possibilidade de contrair empréstimo para o pagamento da parcela inicial de 10% para adesão ao Programa e a alienação das ações em operação simultânea à quitação do valor do exercício, o Beneficiário evita o próprio desembolso e afasta qualquer risco na operação, já que tem condições de escolher a melhor ocasião para a venda, em momento anterior ao da integralização de suas opções;*

*e) O Comitê possui poderes para definir os Beneficiários e para outorgar opções de acordo com as suas atribuições e como o desempenho individual de cada um;*

*f) A empresa ofertou Programa 2010 por valor vil (R\$ 0,01 por ação), dirimindo qualquer dúvida quanto ao caráter remuneratório do mesmo;*

*g) O Programa 2010 explicita condições para o exercício do Programa, as quais são metas de natureza coletiva (EBITDA da empresa) e de natureza individual (avaliação por meio de*

*Sistema Gerencial), corroborando a contraprestação. Apesar de o período de carência para o exercício das opções estender-se até 31/12/2012, o Programa 2010 expõe de maneira cristalina os objetivos do “Plano de Opção de Compra de Ações” da empresa.*

Da mesma forma, o v. acórdão de primeira instância, em trecho de seu voto condutor, assim ventilou sobre a autuação lavrada (fls. 917):

*No caso concreto, a fiscalização considerou que os Programas de Opção de Compra de Ações foram estruturados e geridos de forma a remunerar os trabalhadores mediante a obtenção de um efetivo benefício econômico, afastando-se os riscos de um contrato mercantil, sendo os beneficiados e as outorgas de opções fixadas com base no desempenho individual de cada trabalhador. [...]*

Assim, como muito bem apontou a relatora, em regra, o contrato de STOCK OPTIONS, a meu ver, se traduz em instrumento de negociação que ostenta em regra o caráter mercantil, que lhe é garantido diante, obviamente, da maneira como veio a ser empreendida a contratação do plano, de modo a que reflita a condição de todo e qualquer negócio jurídico, ou seja, com a existência de um ônus a ser exercido por ambas as partes.

O principal objetivo de um plano dessa natureza é tornar os colaboradores ou empregados em verdadeiros acionistas da empresa e estimulá-los cada vez mais no comprometimento do exercício de suas funções, inclusive, com o próprio negócio que estão inseridos, as missões, políticas e metas da empresa.

Ressalte-se que a instituição de um plano de Stock Options possui previsão legal na Lei das Sociedades Anônimas, se tratando, pois, de uma faculdade a ser eleita pela companhia. Vejamos o que diz o art. 168 da Lei 6.404/76:

*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.*

Num primeiro momento há de se apontar que o exercício da compra das ações num plano de referida natureza, a meu ver, é facultativo e depende da exclusiva deliberação do empregado na análise das condições da oferta. Assim, embora possua o intuito da realização de um negócio vantajoso, obviamente, deverá considerar, também, que ao efetuar sua opção por participar de determinado plano estará assumindo um risco que poderá resultar em futuros prejuízos financeiros. Se trata, portanto, de situação que, a meu ver, se afasta do pagamento de verbas salariais que ocorrem rotineira e independentemente da deliberação subjetiva do funcionário, e que assim o são, em sua essência, desatreladas da possível assunção de riscos ou mesmo de eventuais prejuízos, figura alheia a remuneração decorrente do trabalho.

E no presente caso, ao efetuar o lançamento, o fiscal também considerou tais elementos afetos a natureza de um contrato de STOCK OPTIONS. Tanto o foi que assim apontou o fiscal no item 11 de seu relatório fiscal:

*O preço de exercício é o preço a pagar para se obter a ação quando a opção é exercida, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado. **Caso o desconto ou prêmio seja significativo a ponto de eliminar o risco da operação futura, a concessão poderá enquadrar-se como salário-utilidade. A existência de risco é de fundamental importância na caracterização mercantil de qualquer relação contratual.***

Ou seja, dessa forma, já nos é possível depreender que há um elemento essencial para diferenciação entre o caráter mercantil e remuneratório de um plano de Stock Option, qual seja, a existência de um risco real na operação que deverá ser suportado pelo empregado. E um dos elementos a caracterizar a existência deste risco, remonta a análise da diferença entre o preço de mercado da ação e o preço de exercício da opção. Esta diferença não pode ser fixada de maneira que o risco da operação venha a ser anulado ou altamente minimizado.

Além do elemento preço, tenho que para os fins da legislação previdenciária, as partes deverão, ainda, valer-se de mecanismos que da mesma forma refletem que a tratativa firmada possui critérios que ensejem o reconhecimento de uma típica relação civil bilateral e sinalagmática, e não simplesmente retributiva ou contraprestacional do trabalho.

E diante da situação fática do presente processo, já explicitada na transcrição do relatório fiscal acima, achou por bem o fisco configurar os pagamentos como verbas salariais, pois vislumbrou que a forma de execução do plano resultou em risco mínimo ao empregado/colaborador, além de possuir mecanismos que evitam o desembolso de quantias pelos mesmos, configurando que o explícito objetivo do plano, em verdade era o de garantir ao empregado uma remuneração disfarçada.

Em que pesem referidos argumentos, não compartilho do entendimento, motivo pelo qual peço licença a eminente relatora para divergir dos bem lançados fundamentos de seu voto.

Num primeiro momento, tenho inclusive como afastada pela própria relatora a argumentação do fiscal no sentido de que sentenças trabalhistas demonstrariam a natureza salarial da verba, motivo pelo qual deixo de considerar tal ponto na presente oportunidade.

Ademais, o fiscal apontou que a concessão de empréstimos aos funcionários teria o condão de evitar que os mesmos não tivessem desembolso de quantias e permitiria a todos a adesão ao plano.

Ressalto, à primeira vista, que tal situação não se verifica em relação ao plano de 2009, conforme documento às fls. 148/162, o qual veio em substituição a planos anteriores em decorrência da crise mundial apontada como justificativa em sua realização.

Noutro giro, a concessão de empréstimos não garante a todos adesão incondicional ao plano. **Trata-se, conforme apontado e reconhecido no próprio lançamento, de efetivos empréstimos, com a correspondente cobrança de juros e correção monetária de cada um dos colaboradores.** A mera existência do mecanismo de empréstimo, a meu ver, não permite a conclusão adotada pela fiscalização. E digo isso exatamente pelo fato de que com o exercício de tal opção, o colaborador vai ficar sujeito a um desembolso financeiro maior do que

aquele caso efetivasse a opção sem o uso de referido mecanismo, estando sujeito, inclusive, a um desconto compulsório para a quitação de referidas parcelas em folha de pagamento ou mesmo do desconto de 50% (cinquenta) por cento dos valores de sua remuneração variável a ser recebida.

Confira-se, a propósito a Cláusula Quarta (fls. 239):

*CLÁUSULA QUARTA. CONTRIBUIÇÃO PARA AQUISIÇÃO ATRAVÉS DO PROGRAMA DE REMUNERAÇÃO VARIÁVEL. A outorga da opção de aquisição das Ações está condicionada a que o Beneficiário destine, para o pagamento dos Valores de Contribuição, parte da Remuneração Variável, nos termos desta Cláusula.*

*4.1. Se na data em que o Beneficiário receber a Remuneração Variável houver Lotes Incorporados não integralmente pagos, o Beneficiário deverá utilizar pelo menos 50% (cinquenta por cento) da Remuneração Variável, já líquida de imposto de renda e outros encargos, na amortização dos referidos Lotes Incorporados, ficando a Companhia, ou suas subsidiárias ou coligadas, conforme o caso, desde já autorizadas e instruídas (mas não obrigadas) a reter, especificamente para tal fim, o percentual indicado.*

O que justificaria a adesão, portanto, não seria, diante do caso em concreto, o fato da recorrente conceder os empréstimos, mas sim a análise feita por cada um dos colaboradores se mesmo com a concessão do empréstimo, entendiam que se tratava de um negócio que lhe gerasse ou pudesse lhes gerar ganhos financeiros, já que, pelos termos do contrato, continuaria obrigado a efetuar o pagamento subsidiado. Ou seja, mesmo com o empréstimo, a adesão ficava condicionada exclusivamente a deliberação própria do colaborador.

Também não vislumbro que a concessão dos empréstimos minimizaria o risco inerente à operação. Ora, o risco do colaborador/empregado vir a auferir prejuízos financeiros continua a existir, por se tratar de questão que não influencia no preço das ações cotadas no mercado, portanto, sujeitos a outros fatores econômicos e mercadológicos totalmente alheios ao fato de ter-se efetuado o empréstimo. Ao contrário, quando o empregado contrai um empréstimo para fazer a compra, seu risco, de certo modo, pode até ser considerado como maior do que aquele que fez um dispêndio a vista, pois se o valor das ações despenca no mercado, ainda irá ficar obrigado a arcar com os juros e correção monetária incidentes na operação.

A concessão do empréstimo tampouco elidiu os empregados do pagamento dos valores de aquisição, gerando-lhes uma vantagem incondicional ou mesmo gratuita pelo empregador, mas apenas os postergou, como pode ocorrer em qualquer outro negócio jurídico.

Interessante frisar que o programa de Stok Options constante nos autos tinha como condições específicas as seguintes determinações:

1. Para que o empregado ingresse no programa deve adquirir 10% do lote inicial de ações, por preço pré-fixado;

2. Com a aquisição dos 10%, passa a deter o direito de aquisição de efetuar, a cada ano, contribuições para a aquisição de 18% do número total de ações pelo preço pré-fixado quando da aquisição dos 10%;
3. Ao final do 5º ano o Beneficiário terá incorporado ao seu patrimônio o direito a efetuar contribuições para a aquisição de 100% das ações;

Tais condições, a meu ver, demonstram e reforçam que o exercício de qualquer direito que possa vir a gerar vantagens para o empregado origina-se exclusivamente de sua vontade, e não da vontade do empregador propriamente dito, que simplesmente mantém o pacto firmado no sentido de garantir-lhe o direito a contribuir na compra de ações, mas, somente, se assim for da vontade do empregado/colaborador beneficiário do plano.

Outrossim, da análise dos contratos juntados aos autos, percebe-se que além do colaborador deter a possibilidade de efetuar sua opção pela adesão ao Programa, existe um período no qual as ações não poderiam ser cedidas (Programas de 2005 a 2009). Confira-se o teor da cláusula 10ª, a seguir:

*CLÁUSULA OITAVA. LIBERAÇÃO DAS AÇÕES EMITIDAS PARA VENDA. Exceto na forma dos itens 10.3 (aposentadoria), 11.1 (falecimento) e 12.1 (invalidez permanente), o Beneficiário ou seus sucessores não poderão ceder, transferir ou de qualquer forma alienar as Ações, bem como bonificações, desdobramentos, subscrições e outros direitos delas decorrentes, antes de completado o 2º (segundo) aniversário de celebração do presente Contrato.*

Dessa forma, o fato de não poderem ser comercializadas, mesmo que o empregado tenha contribuído para sua aquisição, não traduz, a meu ver, que no momento da aquisição ao lote incorporado, este tenha auferido qualquer vantagem, mas somente no momento em que permitida/liberada a negociação das ações, pois havia condição a ser implementada para que estivesse presente a vantagem que justificou a tributação (diferenças de preços das ações), o que também não fora observado pelo fiscal autuante.

Também ressalto que em casos de rescisão do contrato de trabalho a que o mesmo der causa, ele perderá os direitos que detém sobre o programa, perdendo valores eventualmente gastos com a aquisição dos direitos às ações de Lotes já Incorporados. Sobre o assunto, confira-se o teor de sua cláusula NONA, que trata sobre a rescisão do contrato de STOCK OPTIONS:

*CLÁUSULA NONA. FIM DO CONTRATO DE TRABALHO OU DO MANDATO DO BENEFICIÁRIO. Cessada, por qualquer razão, a relação de emprego entre a Companhia, suas coligadas e/ou controladas, e o Beneficiário, ou o mandato de administrador do Beneficiário, exceto nos casos previstos nas Cláusulas Décima (aposentadoria), Décima Primeira (falecimento) ou Décima Segunda (invalidez permanente), aplicar-se-á o previsto nesta Cláusula.*

**9.1. Caso (i) o contrato de trabalho do Beneficiário tenha sido encerrado por justa causa, como definida na legislação trabalhista, ou (ii) o mandato de administrador do Beneficiário tenha sido encerrado por motivo que constitua justa causa na forma da mesma legislação, o Beneficiário perderá automaticamente (a) o direito a efetuar a Contribuição para Aquisição referente a Lotes Incorporados porventura ainda não**

*contribuídos, ainda que não tenha decaído do direito de efetuar a Contribuição para Aquisição na forma do item 2.2, bem como (b) a expectativa de futura incorporação dos Lotes Não Incorporados à data.*

[...]

**9.3. Não haverá qualquer pagamento ou indenização ao Beneficiário (i) por conta das Ações integrantes de Lotes Incorporados, cujo direito à contribuição o Beneficiário tenha perdido em decorrência do previsto no item 9.1 acima, nem (ii) por conta das Ações integrantes dos Lotes Não Incorporados, cuja expectativa de futura incorporação o Beneficiário tenha perdido em decorrência do previsto nos itens 9.1 ou 9.2.2 acima, extinguindo-se de pleno direito a opção concedida em qualquer hipótese de extinção do contrato de trabalho ou do mandato do administrador Beneficiário, exceto se a extinção do contrato de trabalho ou do mandato se der em decorrência das hipóteses previstas nas Cláusulas Décima Primeira (falecimento) e Décima Segunda (invalidez permanente).**

E em casos de rescisão do contrato de trabalho por iniciativa da recorrente, diga-se, sem justa causa, ou mesmo quando o empregado/colaborador beneficiário peça demissão da empresa, este manterá os direitos a lotes já incorporados. Ou seja, poderá exercer a aquisição mesmo com o seu contrato de trabalho extinto.

O contrato também prevê a cominação de multa em favor da parte inocente relativamente ao adimplemento de qualquer das obrigações nele previstas. Confira-se:

*CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. MULTA. A Parte que infringir as obrigações contratuais incorrerá no pagamento à Parte inocente, além daquilo a que por este Contrato se obrigou, de uma multa cominatória não compensatória e irredutível no valor total equivalente a 10% (dez por cento) do total do Valor de Contribuição para aquisição do total das Ações, bem como todas e quaisquer despesas judiciais ou extrajudiciais em que a Parte inocente incorrer, inclusive os honorários de advogados à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor da dívida se e quando houver ajuizamento de qualquer ação judicial.*

De fato, a meu ver, é um contrato sinalagmático, que enseja obrigações de ambas as partes envolvidas, todavia, somente se o empregado beneficiário fizer a opção pelo programa. E mesmo assim, em cumprindo todas as obrigações, não há garantias de que a opção irá gerar obrigatoriamente um ganho ao empregado, que fica a margem da variação do valor das ações no mercado.

Entendo, portanto, que no presente caso não se trata de uma situação na qual o empregador incondicionalmente, garanta ao seu empregado determinada vantagem ou benefício em decorrência do contrato de trabalho, seja pelo fato de que existe no presente caso a figura da assunção do risco de prejuízos decorrentes de opção exercida unicamente pelo empregado e o desembolso financeiro de valores de exercício relativamente semelhantes, porém menores que os valores de mercado, para que então pudesse vir a fazer parte do programa, não tendo sido agraciado, no caso, com valor do exercício ao direito de aquisição de ações por preço vil.

E nas palavras do professor Sérgio Pinto Martins: “a *Stock Option* é a possibilidade de o empregado ter a opção de aquisição de ações da empresa por um preço em média abaixo do mercado e vendê-las com lucro.”

Dessa forma a fixação de um preço de exercício, em valor menor que o de mercado, em meu entendimento, também é figura inerente ao programa de STOCK OPTIONS, aliado ao fato da existência do risco suportado pelo empregado, bem como de sua independência e facultatividade na aquisição das ações.

E da verificação nos autos das diferenças constantes nas planilhas que sustentaram o lançamento, verifica-se que estas não estão demasiadamente distantes dos valores de mercado que a época da opção eram praticados.

Também no que se refere a minimização dos riscos, verifiquei dos autos que o Programa 2009, que visava substituir os de 2007 a 2008 foi lançado com o preço de exercício de R\$ 11,00 por Unit, ao passo em que o preço de mercado na data era de R\$ 12,35, ou seja, R\$ 1,35 (hum real e trinta e cinco centavos) maior. Tal diferença, a meu ver, no presente caso, não pode ser traduzida como em patamar apto a caracterizar eliminação do risco ou mesmo uma diminuição significativa. Ora, o preço negociado é muito semelhante ao preço de mercado, que se mantido sem qualquer desconto, de fato não seria nem um pouco chamativo para que o empregado viesse a ingressar no novo plano. Seria muito mais fácil que adquirisse as ações em bolsa e as negociasse no mercado como bem entendesse, de modo que sob tal ótica não seria necessária a criação do plano ou mesmo sua manutenção para realização de sua finalidade, que é inclusive de manter o funcionário de alto nível dentro da empresa e obviamente com a consciência de que o empregado passa a ser acionista da empresa, certamente este buscará melhores resultados no seu dia-a-dia de trabalho.

Até mesmo a própria necessidade da modificação do programa deu-se pelo fato do empregado beneficiado ter-se sujeitado a riscos na opção, diante da crise mundial, argumento este que sequer chegou a ser contestado pelo fiscal autuante, mas, ao contrário, efetivamente aceito. Todavia, ressalto que na ata que cancelou os contratos e criou o Programa 2009, restou claro que o cancelamento dos contratos dos programas 2007 e 2008, aplicou-se exclusivamente aos contratos em vigor naquela data (2009) e relativamente a todos “*os Lotes não Incorporados até esta data, bem como os Lotes Incorporados a cujo respeito o Beneficiário não tenha efetuado por qualquer motivo a correspondente Contribuição para Aquisição*”.

Logo, sobre os lotes já incorporados e sobre os quais tenha o empregado feito a respectiva contribuição para aquisição, este continuou a sofrer os efeitos da crise.

Ainda sobre o assunto esclareço que o programa de 2010 sequer foi objeto de lançamento nos autos do presente processo, motivo pelo qual deixo de considerar qualquer questão relativa aos seus termos e condições, uma vez que não foram efetivamente praticados nos períodos objeto do presente lançamento.

Com relação a retenção do valor de exercício pela recorrente, ressalto que o fiscal não apontou em seu relatório um caso sequer no qual tal opção veio a ser exercida por qualquer dos beneficiários, de modo que por este motivo não posso entender que tal cláusula tenha sido relevante como meio de minimizar a assunção de riscos pelos empregados na forma como fora efetuado e conduzido o lançamento.

análise, de modo a extinguir ou minimizar os riscos e garantir ao empregado uma vantagem incondicional em decorrência do trabalho. O programa não é obrigatório, nem mesmo extensível a todos, somente dele fazendo parte aqueles que assim optarem e cumprirem todas as regras atinentes à aquisição das ações, decidindo, ainda, qual o momento certo para adquirí-las ou mesmo negociá-las, dentro dos prazos e limites fixados no contrato, assumindo os ônus de sua opção, além do dispêndio (investimento) para vir a apurar ganhos, se for o caso.

Em meu sentir, todas as características específicas de execução do plano dirigem-se a uma forma não simplesmente de retribuir trabalho, como em outros casos rotineiramente analisados por esta Eg. Turma, mas de efetivamente criar um mecanismo de manutenção dos optantes dentro do quadro de funcionários da empresa e melhora de seu desempenho, agora como acionistas, o que depende, repita-se, da vontade de participação e deliberação do próprio funcionário, mesmo que sua escolha a participar do programa tenha sido baseada em metas pré-estipuladas.

Ante todo o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

É como voto.

Igor Araújo Soares