



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

Processo nº 10980.727432/2013-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-005.010 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de fevereiro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente GVT HOLDING S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/11/2009

PLANOS DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS).
CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

Incidem contribuições previdenciárias sobre os ganhos que os segurados obtêm pelo exercício do direito de compra de ações quando se caracteriza a inexistência de risco para o beneficiário.

No caso sob apreço, inexistia qualquer desembolso quando do fechamento dos contratos de opção entre a empresa e seus diretores/empregados e estes poderiam ao final do período de carência receber a diferença entre o valor de mercado das ações exercidas e o seu preço de exercício, estando isentos de qualquer risco de perda.

A ocorrência do fato gerador para a verba em questão se dá quando da transferência das ações ao patrimônio dos beneficiários, que se concretiza no momento do exercício do direito de compra.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o conselheiro Natanael Vieira dos Santos, que dava provimento ao recurso.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ronaldo de Lima Macedo, João Victor Ribeiro Aldinucci, Natanael Vieira dos Santos, Marcelo Oliveira, Ronnie Soares Anderson, Kleber Ferreira de Araújo e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 02-53.527 de lavra da 8.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Belo Horizonte(MG), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir os Autos de Infração - AI:

a) AI n.º 51.040.324-7: exigência de contribuições patronais para a Seguridade Social, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT);

b) AI n.º 51.040.325-5: exigência de contribuições destinadas a outras entidades ou fundos.

De acordo com termo de verificação fiscal, os fatos geradores das contribuições lançadas foram os valores correspondentes a opções de compra de ações ("stock options") que a empresa ofertou a segurados que lhe prestaram serviço. Tais disponibilidades foram repassadas a executivos e empregados da empresa, de suas coligadas e controladas, além de outros trabalhadores sem vínculo de emprego.

Menciona o fisco que a empresa aprovou em janeiro de 2007 a criação do "Plano de Opção de Compra de Ações", o qual é gerido pelo seu Conselho de Administração.

Afirma-se que o prazo de carência (vesting) do Plano de Opção de Compra de Ações da GVT é de 4 anos. No entanto, a cada 12 meses o beneficiário adquire direito a exercer 25% das opções, nos moldes de um bônus anual.

Segundo o fisco em dezembro de 2009 a empresa reconheceu despesas decorrentes de serviços prestados por empregados que foram pagas mediante outorga de ações no montante de R\$ 50.415.000,00.

Acrescenta que a autuada apresentou planilha "Relação de *Beneficiários*" contendo a identificação do beneficiário, quantidade de opções outorgadas, data do exercício e preço do exercício. Ressalta que o exercício do direito em tela não exige desembolso por parte do beneficiário, que recebe a diferença entre o valor pelo qual as opções são vendidas no mercado e o preço de exercício das opções outorgadas.

Apresenta tabela na qual demonstra que para 95% das opções outorgadas os pagamentos ocorreram logo após a aquisição do direito ao exercício. A seguir, apresenta as seguintes conclusões acerca do Plano de Opção de Compra de Ações da GVT:

"25) Conforme observado nos itens precedentes, concluímos:

– 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;

– O “Plano de Opção de Compra de Ações” tem caráter de habitualidade, semelhante a um bônus anual, com a possibilidade do exercício de 25% das opções outorgadas a cada ano;

– O Programa permite aos Beneficiários a alienação de suas opções retendo o valor referente ao pagamento do exercício. A alienação é feita por corretora designada pela empresa. 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;

– O valor do exercício não é corrigido durante o período de “vesting” e é estipulado em patamar bastante inferior ao valor de mercado (em média 25% do preço na data da outorga). Esse preço é garantia de vultosos ganhos no exercício;

– No ano de 2009 foram exercidas opções com valor de mercado de R\$ 394.917.462,02, com custo de exercício R\$ 106.260.017,68, gerando um resultado de R\$ 288.657.444,34 aos beneficiários (conforme esclarecido no item 20, o beneficiário recebe a diferença entre o valor de mercado e o custo das opções, sem necessidade de desembolso prévio). Desse resultado R\$ 280.742.342,95 destinou-se aos integrantes do Conselho de Administração da empresa, sendo que R\$ 275.447.866,00 somente ao seu presidente.

– O Conselho de Administração reserva-se o direito de reduzir o Preço do Exercício de todos ou de alguns participantes conforme previsto no Plano de Opção de Compra de Ações (fls. 106/106) afastando totalmente o risco de prejuízo no exercício das opções;

– O Conselho de Administração possui poderes para definir os Beneficiários e para outorgar opções de acordo com as suas atribuições e como o desempenho individual de cada um."

Acerca da base de cálculo, o fisco afirma que foi obtida pela diferença entre o valor de mercado na data do exercício e o valor pago pelo exercício, multiplicado pela quantidade de ações exercidas pelos beneficiários.

Os lançamentos foram confeccionados a partir de dois levantamentos: PA - pagamentos a contribuintes individuais e PB - pagamentos a empregados.

Apresentada a defesa, o órgão de julgamento da RFB declarou-a improcedente, o que levou o sujeito passivo a interpor recurso, no qual, em apertada síntese, alegou que:

a) a suposta ausência de recolhimento das contribuições lançadas decorreu exclusivamente de divergência de entendimento entre a empresa e a RFB acerca da natureza jurídica dos valores recebidos por segurados a seu serviço a título de participação em planos de opção de compra de ações;

b) o plano ofertado pela recorrente não apresenta qualquer traço de retribuição pelo trabalho desenvolvido por seus colaboradores, os quais se filiam a um negócio de natureza mercantil, regido por normas específicas e dissociadas do seu contrato laboral, que

submete os participantes ao risco inerente ao mercado de capitais e a uma série de fatores que condicionam a aquisição das opções;

c) o AI deve ser declarado nulo, por ferir os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, pilares do Sistema Constitucional Tributário;

d) de acordo com o ordenamento pátrio, somente cabe a tributação sustentada por expressa disposição de lei, jamais aquela respaldada apenas na analogia;

e) o próprio CARF, conforme recente acórdão, tem chancelado a tese de que é impossível tributar-se planos de "stock options" como se fora remuneração;

f) inexistente relação de sinalagmaticidade entre o trabalho ordinariamente realizado por um colaborador pelo seu vínculo de prestação de serviço com empresa e o valor que ele recebe em razão de negociações no mercado mobiliário, mesmo que os ganhos digam respeito a ações da empresa a qual presta os serviços;

g) toma como exemplo o Fundo Mútuo de Privatização do FGTS, em que os trabalhadores poderiam investir até 50% do saldo do fundo de garantia em ações de empresas que estava sendo privatizadas pelo governo federal, para comprovar que nem sempre os ganhos decorrentes de participação em planos de opções de ações, mesmo quando os preços de oferta são inferiores aos praticados no mercado, podem ser caracterizados como remuneração;

h) não se pode confundir retribuição pelo trabalho, a remuneração, com ganhos de capital ofertados pelo mercado de ações;

i) pode se extrair tanto da Constituição, quanto da legislação infraconstitucional que, para fins de incidência de contribuições sociais, dois requisitos devem ser observados: a retribuição pelo trabalho e a habitualidade nos pagamentos;

j) a lógica dos planos de opção de compra de ações é atrair os trabalhadores para a condição de acionistas do negócio, de modo a angariar o seu compromisso com a valorização da empresa a longo prazo, jamais retribuir os colaboradores por serviços prestados;

k) os planos de "stock options" envolvem o custo de oportunidade, segundo o qual o trabalhador deverá permanecer no grupo empresarial por um período, vislumbrando a possibilidade de auferir ganhos com ações que poderá adquirir no futuro;

m) não se pode vincular as outorgas de compra de ações ao trabalho, haja vista que os trabalhadores somente podem exercer o direito após desembolsar o preço pré-fixado, além de haver cumprido outras restrições;

n) ao contrário do que ocorre com os planos de ações, é impossível impor condição suspensiva para qualquer verba de natureza remuneratória;

o) a onerosidade, presente nos planos de "stock options", também não se coaduna com a natureza das verbas pagas por execução do trabalho;

p) os valores recebidos em razão da aquisição das ações são eventuais, por isso devem ser excluídos do salário-de-contribuição, conforme dispõe o art. 28, § 9.º, alínea "e", item 7, da Lei n.º 8.212/1991;

q) os ganhos com as ações não são habituais e nem têm qualquer previsibilidade, distanciando-se muito do conceito de remuneração;

r) o plano de opções destinado pela recorrente aos seus colaboradores funciona praticamente nos mesmos moldes do mercado "comum", apenas com a diferença de que no momento da opção os trabalhadores nada desembolsam;

s) também a base de cálculo não foi fixada conforme as regras aplicáveis, posto que o valor do deságio deveria ser verificado no momento da outorga da opção e não quando do exercício;

t) apresenta recente decisão do CARF, para defender que cada plano de opção de compra de ações tem suas particularidades e estas devem ser analisadas minuciosamente, de modo que se tenha certeza se efetivamente os ganhos advindos podem ser considerados remuneração indireta;

u) no plano sob enfoque, as características mostradas na peça recursal demonstram que a tributação sobre esses ganhos não deve prevalecer.

Ao final, requer a declaração de nulidade dos AI ou o reconhecimento da sua improcedência.

A Fazenda Nacional apresentou contra-razões, onde refuta todos os argumentos recursais e pugna pela manutenção do que ficou decidido pela DRJ.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Preliminares

O sujeito passivo aponta como preliminares de nulidade o suposto desrespeito aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Alega que não há dispositivo legal prevendo a inclusão na base de cálculo das contribuições dos valores recebidos pelos trabalhadores em decorrência de exercício de opções de ações. Afirma que a auditoria não poderia adotar a analogia para exigir tributo não previsto em lei.

Além disso, sustenta que a base de cálculo foi fixada em dissonância com a legislação de regência, posto que, caso se considere que os ganhos são remuneração, a base tributável deve ser medida na data da outorga do direito de compra das ações e nunca no momento do seu exercício, haja vista que nesse marco a empresa não tem controle sobre o valor que o mercado paga pelas ações.

A apreciação dessas questões está umbilicalmente relacionada ao mérito da causa, por esse motivo não as vou enfrentar como questões como preliminares, deixando-as para o momento seguinte.

"stock options" como fato gerador de contribuições previdenciárias

Início minha fundamentação, lançando comentários sobre a legislação que regula a cobrança de contribuições para financiamento da Seguridade Social. As contribuições incidentes sobre as remunerações pagas às pessoas físicas com e sem vínculo empregatício encontram fundamento máximo de validade no art. 195, alínea "a" do inciso I e art. 201, § 11, ambos da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC n.º 20/1998:

***Art.195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*

I- do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei

(...)

Observe-se que a Lei Maior, a princípio permite a exação para a Seguridade Social sobre pagamentos efetuados pelo empregador a qualquer título a pessoa que lhe preste serviço, com ou sem vínculo de emprego, sendo irrelevante o fato da quantia ter sido paga ou creditada ao trabalhador.

Especificamente para o trabalhador empregado, a Carta Magna deu natureza remuneratória a todos os ganhos habituais, independente da denominação que lhes seja dada.

Assim, para o legislador constitucional, a base de cálculo das contribuições previdenciárias inclui os valores pagos ou creditados pela empresa a pessoas físicas pela prestação de serviço, sendo que, para aqueles que mantêm vínculo de emprego, são incluídos, além do salário, outros ganhos habituais.

A Lei n.º 8.212/1991 conferiu eficácia às citadas determinações constitucionais, tratando da contribuição patronal sobre as remunerações disponibilizadas aos empregados nos seguintes termos:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas 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 9.876, de 26/11/1999).

(...)

Essa mesma fórmula que carrega o conceito previdenciário de remuneração, o chamado salário-de-contribuição, também é tratada no inciso I do art. 28 da Lei n.º 8.121/1991, nestes termos:

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 10/12/1997).

Como se pode observar, a princípio, qualquer rendimento pago em retribuição ao trabalho, qualquer que seja a forma de pagamento, enquadra-se como base de cálculo das contribuições previdenciárias. Observa-se aí que o legislador ordinário fez questão de enfatizar que, no caso das utilidades, deve haver habitualidade para que a parcela seja considerada salário-de-contribuição.

Diante da abrangência do conceito de salário-de-contribuição, o legislador achou por bem excluir determinadas parcelas da incidência previdenciária, enumerando em lista exaustiva as verbas que estariam fora deste campo de tributação. Essa relação encontra-se presente no § 9.º do artigo acima citado.

É importante que se diga que o propósito do legislador foi de explicitar na lei todas as hipóteses de isenção/não incidência de contribuição, em lista exaustiva. Veja-se que a Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, introduziu o termo “exclusivamente” ao citado dispositivo, ficando claro que, no preceptivo em questão (§ 9.º do art. 28), estão dispostas regras desonerativas em lista *numerus clausus*.

Verifica-se, assim, que descabe o argumento do sujeito passivo de que inexistiria norma específica que incluísse os valores recebidos a título de "stock options" na base de cálculo. A hipótese de incidência é aquela do inciso I do art. 22 no caso dos empregados e inciso IV do mesmo artigo para os trabalhadores sem vínculo de emprego.

Tendo concluído que a verba em questão se caracterizava como remuneração, o fisco mencionou os dispositivos acima para fundamentar a lavratura e foi mais além, demonstrou que a situação em tela não corresponde a nenhuma das hipóteses de exclusão previstas no § 9.º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991.

Assim, não devemos dar razão a empresa quando afirma que a autoridade lançadora utilizou da analogia para exigir tributo não previsto em lei. O que houve foi a conclusão fundamentada da autoridade lançadora de que as parcelas em questão se subsumem ao conceito de salário-de-contribuição. É exatamente sobre esse tema que passaremos a discorrer daqui por diante, de modo a concluir se os ganhos com o plano de opção de compra de ações criado pela recorrente podem ou não ser caracterizados como base de cálculo das contribuições.

Opções de compra de ações, são direitos conferidos a um adquirente para que, numa data futura, compre ações um preço pré-estabelecido. No ambiente laboral esta prática inicialmente surgiu nos EUA e depois em outras partes do mundo, quando as empresas passaram a incluir nos benefícios concedidos aos diretores e empregados a opção de compra de suas ações e de outras empresas do mesmo grupo econômico.

No ordenamento pátrio, este procedimento encontra-se previsto na Lei nº 6.404/1976, nos seguintes termos:

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 assembleia 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 operacionalizar esta forma de bonificação, as empresas aprovam um plano de opções de compra de ações, o qual apresenta, dentre as principais, as seguintes diretivas:

- a) a quantidade de ações que serão disponibilizadas para o plano;
- b) as pessoas que serão contempladas e a quantidade de ações a que terão direito;
- c) o período de carência (vesting);
- d) o preço do exercício;
- e) as condições para aquisição do direito.

As "stock options" representam uma forma das empresas oferecerem um ganho futuro e condicional aos seus diretores e empregados, de forma a mantê-los fidelizados, além de comprometidos com o crescimento do negócio.

Os beneficiários das opções, escolhidos pelo órgão designado no plano, geralmente, só podem exercer o seu direito de adquirir as ações após um período de maturação (vesting) e desde que satisfeitas outras condições previamente fixadas.

Em geral as opções de compra de ações direcionadas aos colaboradores das empresas se diferenciam daquelas disponibilizadas ao público em geral. A principal diferença reside no fato de que os diretores e empregados no momento da assinatura do contrato nada desembolsam e, via de regra, recebem um desconto maior no preço do exercício.

Também se observa que para os colaboradores inexiste a possibilidade de transferirem o direito a terceiros, além de que o exercício só será possível se o beneficiário ainda mantiver o vínculo com a empresa. Há até casos em que o plano estabelece metas a serem alcançadas pelos diretores e empregados para que façam jus ao benefício das "stock options".

O fato de não haver qualquer desembolso no momento da opção elimina o risco que teria o beneficiário, posto que se a aquisição das ações não for interessante financeiramente para o titular, este simplesmente deixa de exercitar a sua opção, não experimentando assim qualquer perda.

Essa configuração revela a existência de uma bonificação fornecida aos colaboradores da empresa, para que mantenham o vínculo com esta e se sintam estimulados a contribuir para o alcance das metas fixadas pela sua direção.

Se há um ganho para o segurado decorrente de sua prestação laboral, o qual é suportado pela empresa com que mantém vínculo, inegavelmente ocorre a hipótese de incidência prevista no art. 22, I e IV, da Lei nº 8.212/1991. Vejamos se isso ocorreu na situação posta a debate.

Nesse tipo contrato, via de regra, as opções de compra de ações são ofertadas em condições privilegiadas apenas aos diretores e empregados da empresa, desde que cumpram determinadas condições e permaneçam na empresa pelo prazo de carência. Os beneficiários, por outro lado, nada desembolsam na formalização do contrato, além de que o preço do exercício é fixado com deságio em relação ao valor de mercado.

De outra banda, não interessa o ganho ou prejuízo que terá o participante do plano após o exercício da opção. A partir de então, as utilidades, em forma de valores mobiliários, já deixaram o patrimônio da empresa e passaram à titularidade do beneficiário. Sendo que qualquer variação no preço da ação, a partir deste marco, não poderá ser atribuída a relação empresa-trabalhador. Feito o exercício das opções o risco é suportado apenas pelo trabalhador, todavia, o ganho já houve anteriormente quando da incorporação dos bens mobiliários ao patrimônio do beneficiário.

Feitas essas considerações, já é possível apresentar as características do plano da autuada e avaliarmos se, nos casos apontados pela fiscalização, concretizou-se a hipótese de incidência prevista na Lei nº 8.212/1991.

De acordo com os autos, o plano de opções de compra de ações da recorrente, aprovado em assembleia geral de 25/07/2007 (fls. 105/112), carrega as seguintes características:

a) o Conselho de Administração possui poder discricionário absoluto sobre a gestão, determinando os participantes, a quantidade de opções outorgadas a cada beneficiário, o preço do exercício e a forma de pagamento e ainda podendo dispor acerca de outras regras, como antecipação do prazo de carência, alteração do deságio, etc;

b) o prazo de carência (vesting) do Plano de Opção de Compra de Ações da GVT é de 4 anos. No entanto, a cada 12 meses o beneficiário adquire direito a exercer 25% das opções, nos moldes de um bônus anual;

c) o beneficiário pode escolher entre realizar o pagamento do exercício e receber as ações ou autorizar a compensação do preço de exercício com o preço de venda e receber o pagamento pelo valor líquido;

d) as opções são intransferíveis;

e) em caso de desligamento do participante, ficam extintas automaticamente as opções cujo prazo de carência não houver expirado. Se o desligamento for motivado por justa causa, ficam extintas também aquelas cujo prazo de exercício expirou;

f) o preço estabelecido para exercício das opções foi de R\$ 6,15, enquanto o valor de mercado das ações no período oscilou entre R\$ 24,20 e R\$ 54,50, conforme demonstrativo de fls. 346/355;

g) o principal beneficiário do programa foi o Sr. Shaul Shani, Presidente do Conselho de Administração, com 93,5% do total de opções exercidas em 2009.

Para mim, não há dúvida de que o plano da autuada traz todas as características que tornam os ganhos dos beneficiários base de cálculo das contribuições lançadas.

Os bônus foram concedidos como forma adicional de remuneração e consistiam em alienação de ações a preços subsidiados, em razão do contrato de prestação de serviço que os beneficiários tinham com a empresa.

Aqui o viés contraprestativo torna-se mais evidente quando se observa que o principal objetivo do plano é estímulo aos participantes e que estes, para fazerem jus às opções, teriam que manter o vínculo com a empresa concedente.

Vê-se que as ações exercidas representam verdadeiras utilidades salariais pagas com habitualidade, haja vista que o plano previa resgates anuais por período de quatro anos consecutivos. A repetição uniforme, por quatro anos consecutivos, é apta a caracterizar a habitualidade exigida pelas regras do art. 22, I, e 28, "caput", da Lei n.º 8.212/1991, o que reforça o entendimento de que a verba se subsume ao conceito de salário-de-contribuição.

Também não deve ser aceita a afirmação de que os ganhos seriam eventuais e, por esse motivo, excluídos do salário-de-contribuição, conforme dispõe o art. 28, § 9.º, alínea "e", item 7, da Lei n.º 8.212/1991.

A eventualidade, como elemento caracterizador da isenção prevista no dispositivo citado, significa que as vantagens para o segurado decorram de importâncias recebidas a títulos de ganhos eventuais, digam respeito à ocorrência de caso fortuito.

Como se pode ver da pesquisa efetuada no Dicionário Michaelis:

Eventual 1 Dependente de acontecimento incerto. 2 Casual, fortuito. 3 Variável.

Não encontro qualquer traço de eventualidade nos ganhos com os planos de opções, haja vista que estes decorrem de contrato firmado entre empresas e colaboradores para futura venda de ações com preços subsidiados.

De se concluir que os ganhos advindos do plano de "stock options" da recorrente possuem caráter remuneratório, sendo procedentes as contribuições lançadas.

Outras questões apontadas pela recorrente

a) o beneficiário assemelha-se a mero investidor

Conforme já ponderei acima, há significativas diferenças entre o investidor comum e o colaborador da empresa.

Para a empresa a causa de outorgar opções de compra de ações é totalmente diversa. Ela tem no investidor uma fonte de recursos para levar adiante seus projetos, para o colaborador a causa é outra. Aqui a intenção é fidelizar o trabalhador e lhe estimular a colaborar com o alcance dos resultados pretendidos pelos seus acionistas.

O investidor necessariamente efetua um desembolso (prêmio) no momento do fechamento do contrato de opção, o diretor/empregado, via de regra, nada adianta no momento inicial da opção.

Assim, não havendo o interesse em exercer o direito de compra, o investidor perde o valor desembolsado inicialmente, ao passo que para o colaborador inexiste esse risco.

A recorrente para justificar seu posicionamento cita o exemplo dos funcionários da Petrobrás que adquiriram ações da companhia, no período de 10/07/2000 a 07/08/2000, mediante investimento no Fundo Mútuo de Privatização - FMP do FGTS. Menciona que os empregados-investidores compraram ações com deságio e questiona se o desconto fornecido poderia ser considerado remuneração.

A resposta é NÃO. O próprio sujeito passivo reconhece, mais adiante na sua peça, que a forma de aquisição de ações suscitada não se refere a um plano de "stock options". De fato a sistemática trazida pela Lei n.º 9.491/1997, que alterou a Lei n.º 8.036/1990, permitia não só os funcionários da Petrobrás, mas todos os empregados brasileiros utilizarem até 50% dos saldos de suas contas para comprarem ações da empresa petrolífera.

Portanto, a única similitude que o programa governamental possui com a situação dos autos é que dizem respeito à aquisição de ações, nada mais. Ali não se fala sequer plano de opção de compra, mas em aquisição de valores mobiliários no âmbito do Programa Nacional de Desestatização e programas estaduais de desestatização, nos termos do Decreto n.º 2.430/1997.

Portanto, não devo dar razão a recorrente quando afirma que seu plano de opções de compra de ações destinado aos seus colaboradores merece o mesmo tratamento dado àqueles destinados aos investidores comuns.

b) custo de oportunidade de permanência na empresa

Outro argumento usado no recurso para nivelar o plano de opções tributado às opções de ações negociadas no mercado é o de que a ausência de pagamento pelos trabalhadores no momento da opção seria irrelevante, posto estes sofreriam o custo da oportunidade de buscarem a prestação de serviço em outras empresas.

Ao contrário do que entende a recorrente, enxergo que, sendo as "stock options" uma compensação pela permanência do diretor/empregado na empresa, exsurge muito mais nítida a sua feição remuneratória.

A moderna doutrina do Direito Laboral tem interpretado a remuneração não somente como a recompensa pelos serviços efetivamente prestados pelo empregado, mas inclui também as verbas recebidas pelo obreiro decorrentes do contrato de trabalho.

Essa construção doutrinária manifesta o entendimento de que a pessoa física pode oferecer ao contratante, além do seu labor, também sua imagem, seu não labor nas empresas concorrentes, sua disponibilidade, sua credibilidade no mercado, dentre outros valores caros ao mercado de trabalho. Já o contratante, por seu turno, em contrapartida, pode oferecer não só o salário *stricto sensu*, como também uma série de vantagens diretas, indiretas, em utilidades, in natura, e assim adiante...

Observo que a verba em destaque é posta à disposição pela recorrente como forma de fortalecer o vínculo empresa-funcionário, servindo como um artifício para manter em seu quadro trabalhadores valorizados em seu segmento profissional, funcionando como um diferencial em relação aos concorrentes. Por esse motivo, reforço o meu entendimento de que a rubrica em questão ostenta, no seu âmago, uma ponta de contraprestação, posto que tem por desiderato oferecer um atrativo econômico ao beneficiário das opções de ações para que estes se mantenham vinculados a empresa concedente.

Portanto, o fato de haver expectativa do trabalhador em obter ganhos com os planos de opções de compra de ações fornecidos pela empresa é mais um argumento para que se conclua pela natureza contraprestativa da verba.

c) momento da ocorrência do fato gerador

A empresa defende a tese que, caso se entenda pela incidência de contribuições sobre a verba, esta deve se dar na data da outorga, posto que é nesse momento em que a empresa concede o deságio ao beneficiário.

Advoga que após esse momento o ganho do trabalhador advém das flutuações do mercado de ações, sendo incorreto tomar como base de cálculo a diferença entre o valor de mercado da ação na data do exercício e o preço de exercício da opção.

Assevera que a partir do fechamento do contrato de opção as ações envolvidas já se tornam indisponíveis para empresa, sendo errado se falar que a recorrente tenha suportado todo o ganho que o beneficiário obteve ao exercer o seu direito de compra das ações.

Um primeiro ponto a ser investigado para se descobrir o aspecto temporal do fato gerador das contribuições é definir em que momento o bem passa para o patrimônio do trabalhador.

Nos termos dos arts. 22 e 28 da Lei n.º 8.212/1991, a obrigação tributária surge quando a empresa paga, credita ou reconhece como devida a remuneração do empregado; e, no caso dos contribuintes individuais, quando paga ou credita a retribuição pelo serviço prestado.

Portanto, não procede o argumento de que o fato gerador ocorreu quando da assinatura do contrato, posto que ali o trabalhador tinha mera expectativa de direito, a qual iria depender de eventos futuros e incertos, quais sejam, o cumprimento do período de carência e o valor das ações no mercado no momento em que as opções pudessem ser exercidas.

Não se pode falar em ganho antes do beneficiário exercer o direito à aquisição, posto que até ali as ações pertencem à empresa. Observe-se que antes do exercício, os trabalhadores sequer podiam negociar as suas opções.

Para que se possa caracterizar a remuneração como utilidade, nos termos da legislação citada, esta tem que trazer algum acréscimo patrimonial ao beneficiário, o que somente é possível a partir do momento em que este possa negociar os valores mobiliários que recebe em razão do plano de "stock options", o qual se dá somente a partir do exercício do direito às ações.

Da mesma forma não tem plausibilidade a tese de que as ações se tornariam indisponíveis para a empresa após a outorga da opção de compra. Em absoluto. Verifica-se que somente após o término do período de maturação (vesting) é que se pode falar em obrigação da

empresa de dispor das ações para fazer frente à obrigação de repassá-las aos titulares das opções.

Mas, mesmo neste momento, não há de se falar em indisponibilidade para a empresa, posto que o beneficiário pode não se interessar em exercer o seu direito. De se concluir que para fins de incidência de contribuições somente se pode falar em surgimento da obrigação tributária no momento do exercício do direito de compra.

Assim, o momento do fato gerador ocorre quando as ações passam ao patrimônio do beneficiário a preço subsidiado pela empresa, sendo que o ganho experimentado pelo diretor/empregado é a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Não faz sentido, então, que o aspecto material do fato gerador seja aferido no momento da assinatura do contrato, quando se sabe que a hipótese de incidência somente ocorreu no momento do efetivo exercício.

Nessa toada, está em perfeita consonância com a legislação de regência a fixação da base de cálculo como o ganho obtido pelo diretor/empregado, o qual corresponde à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas na data do exercício e o seu valor fixado na data da outorga.

d) a jurisprudência do CARF sobre a matéria

A recorrente sustenta que uma análise do acórdão exarado no processo nº 15889.000245/2010-46 conduz à conclusão de que é impossível se tributar planos de "stock options" como remuneração pelo trabalho, em qualquer viés argumentativo imaginável.

Esse argumento não resiste a uma rápida leitura da ementa do julgado, onde se observa que os motivos para negativa de provimento ao recurso voluntário são os mesmos que levaram, no processo sob análise, o órgão recorrido a manter integralmente às lavraturas. Eis a ementa do caso apresentado no recurso:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/11/2006 a 31/12/2009

NORMAS GERAIS. RECURSO VOLUNTÁRIO. CONHECIMENTO. ANÁLISE. ALEGAÇÃO APÓS O RECURSO.

A legislação determina que considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. No presente caso, a matéria em questão foi apresentada após o recurso e não demonstra que o lançamento foi contrário à verdade material ou possua grande margem de dúvida, motivo para seu não conhecimento.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PARCELA INTEGRANTE. REMUNERAÇÃO. "STOCK OPTIONS". INTEGRAÇÃO.

Salário de Contribuição, para o contribuinte individual, é a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês. No

presente caso a concessão de “stock options” aos segurados contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo devem integrar o salário de contribuição, pois foram concedidos pelo trabalho do segurado, integraram-se ao patrimônio do segurado e não podem ser conceituados como oriundos de negócio mercantil, pois ausente risco.

MULTA RETROATIVIDADE

Incide na espécie a retroatividade prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 35 caput da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Portanto, a jurisprudência colacionada não serve para fortalecer a tese da
recorrente.

Conclusão

Voto por afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, por negar provimento
ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo.