



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

Processo n° 11080.732476/2013-18
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-005.346 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de junho de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente LOJAS RENNER S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS PAGAS A DIRETORES E ADMINISTRADORES. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. A participação nos lucros e resultados paga a diretores e administradores, efetuada com base no art. 152 da Lei nº 6.404/1976, tem a natureza de retribuição pelos serviços prestados à pessoa jurídica, ensejando a incidência de contribuição previdenciária.

NULIDADE POR FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. Restando plenamente caracterizada pela fiscalização as situações fáticas que deram ensejo ao nascimento da obrigação tributária, não há falar em nulidade por falta de motivação.

DECADÊNCIA. DATA DE OUTORGA DAS OPÇÕES. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. Não se consubstanciando a data da outorga das opções momento de ocorrência do fato gerador, não serve para estabelecimento do termo de início do prazo decadencial para constituição do crédito tributário de ofício.

PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. RETRIBUIÇÃO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. Sobre a retribuição pela prestação de serviços na forma de salário-utilidade, representado pelo ativo financeiro opções de ações, conferidas a diretores e empregados da pessoa jurídica, incidem as contribuições previdenciárias previstas na legislação de regência.

PLANOS DE STOCK OPTIONS. MOMENTO DO FATO GERADOR. Caso os ganhos com os planos de "stock options" sejam tomados como remuneração, consideram-se ocorridos os fatos geradores na data em que o beneficiário possa dispor das ações sem restrição.

JUROS DE MORA E MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. CTN E LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES STJ. A incidência de juros de

mora sobre a multa de ofício encontra fulcro legal em diversos dispositivos do CTN e da legislação tributária federal, sendo acolhida também nas decisões do STJ a respeito do tema.

RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS E VÍNCULOS. CARÁTER INFORMATIVO. SÚMULA CARF Nº 88. Consoante enuncia a Súmula CARF nº 88, "A Relação de Co-Responsáveis - CORESP", o "Relatório de Representantes Legais - RepLeg" e a "Relação de Vínculos - VÍNCULOS", anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa".

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, I) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário no tocante à participação nos lucros e resultados pagos a diretores e administradores da companhia; e II) por maioria de votos, com relação ao critério material do fato gerador dos levantamentos "stock options", negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o conselheiro Natanael Vieira dos Santos que dava provimento neste item; e III) por maioria de votos, com relação ao critério temporal do fato gerador dos levantamentos "stock options", negar provimento ao recurso voluntário. Acompanhou pelas conclusões o conselheiro Natanael Vieira dos Santos. Vencidos os Conselheiros Ronnie Soares Anderson (Relator), João Victor Ribeiro Aldinucci e Marcelo Oliveira, que davam provimento parcial ao recurso voluntário para excluir parcela dos levantamentos "stock options", mantendo somente a parcela que estava associada ao contribuinte individual diretor presidente da autuada. Redator Designado para apresentar o voto vencedor o conselheiro Kleber Ferreira de Araújo.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente

Ronnie Soares Anderson - Relator

Kleber Ferreira de Araújo - Redator Designado

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis (SC) - DRJ/FNS, que julgou procedentes autos de infração de obrigações tributárias principais referentes às contribuições previdenciárias, consoante explica o Relatório Fiscal (fls. 1161/1337):

1. DEBCAD nº 51.010.891-1, no montante de R\$ 17.569.843,80 (dezessete milhões, quinhentos e sessenta e nove mil e oitocentos e quarenta e três reais e oitenta centavos), consolidado em 17/01/2014, referente às contribuições destinadas à Seguridade Social, previstas no artigo 22, incisos I, II, e parágrafo 1º da Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, correspondentes à parte da empresa, incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais e a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre a remuneração paga a segurados empregados. As remunerações objeto do lançamento não foram declaradas em GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) e não recolhidas. Os valores apurados foram constituídos nos levantamentos participações dos administradores, correspondente às remunerações dos contribuintes individuais nas competências 12/2009 e 12/2010, e stock options, correspondente às remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais nas competências 01/2009, 05/2009, 07/2009, 08/2009, 11/2009, 01/2010, 05/2010, 08/2010 e 11/2010.

2. DEBCAD n.º 51.010.892-0, no montante de: R\$ 1.226.470,62 (um milhão, duzentos e vinte e seis mil e quatrocentos e setenta reais e sessenta e dois centavos), consolidado em 17/01/2014, referente a contribuições devidas a Terceiros: Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, incidentes sobre a remuneração paga a segurados empregados, contribuições essas não declaradas em GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), e não recolhidas, constituídas no levantamento stock options correspondente às remunerações dos segurados empregados nas competências 01/2009, 05/2009, 07/2009, 08/2009, 11/2009, 01/2010, 05/2010, 08/2010 e 11/2010.

O contribuinte impugnou a autuação, alegando, quanto à participação dos administradores nos lucros:

1. que praticou efetiva distribuição dos lucros em conformidade com a Lei nº 6.404/1976, lucros esses já tributados pela CSLL, sendo indevida a reclassificação levada a efeito pela fiscalização, atribuindo a essa distribuição caráter de remuneração;

2. que seus administradores são trabalhadores e a Constituição Federal (art. 7º, XI) lhes garantiu o direito à participação nos lucros, sendo essa partilha regulada pelos parágrafos 1º e 2º, ambos do artigo 152, da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.). Em face desses dispositivos, diz que existe clara distinção entre a remuneração que é fixada pela assembléia geral, e que toma por parâmetros os atributos próprios de cada administrador - suas responsabilidades, o tempo que ele dedica às suas funções, a sua competência, a sua reputação profissional, bem como o valor de seus serviços no mercado - e a participação nos lucros, cuja

atribuição não está legalmente atrelada àqueles critérios personalíssimos, mas sujeita à observância dos limites legais;

3. que foram devidamente cumpridos os requisitos legais regrados pela Lei nº 6.404/1976;

4. que no caso do Sr. José Carlos Hruby, o exemplo citado pela fiscalização deixa evidente que se trata de efetiva partilha de lucros auferidos pela Impugnante, não se confundindo com qualquer tipo de remuneração, uma vez que a participação nos lucros do Sr. José Carlos Hruby se dá exclusivamente sobre o lucro operacional líquido de impostos;

5. que a participação em tela se trata de efetiva partilha de lucros imprevisíveis, o que é comprovado pela existência de metas corporativas (2009) e corporativas e individuais (2010), estas últimas um meio para a obtenção e maximização do sucesso corporativo, sendo o cumprimento de tais metas verificado por consultoria externa independente;

6. que a lei específica a que se refere o artigo 28, parágrafo 9º, alínea "j", da Lei nº 8.212/91, para o caso concreto da Impugnante, ou seja, pagamento de participação nos lucros aos seus administradores, é a Lei nº 6.404/76;

7. que a constatação de que os montantes pagos foram adicionados ao lucro líquido da Impugnante para cálculo do Lucro Real nos anos-calendário de 2009 e 2010 nos termos do que determina o artigo 463 do RIR/99 comprova que tais pagamentos são participações nos lucros conforme legislação tributária, fora da incidência das contribuições previdenciárias.

Após a colação de entendimentos doutrinários e decisões que considera ir ao encontro de seus argumentos, demanda o cancelamento da autuação fiscal nesse aspecto.

Quanto ao plano de opções de compra de ações, de início a impugnante passa a descrever suas principais características, conforme resumido no aresto atacado (fls. 1825/1827):

16. Que com base na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 25 de maio de 2005, aprovou o Plano e os Programas de Opção de Compra de Ações, os quais foram alterados pelas Assembléias Gerais Extraordinárias realizadas em 01/09/2005, 03/10/2006, 10/04/2007 e 30/03/2009. Estes atos estabeleceram as condições gerais da outorga de opções de compra de ações de sua emissão. De uma maneira geral, o plano aprovado pela AGE de 25/05/2005 traz todos os limites para a sua implementação e administração por parte do "Comitê de Remuneração" (Cláusula 2).

17. No tocante as principais características do Plano em questão, diz que foi instituído com o objetivo de "(a) atrair, motivar e reter executivos qualificados, (b) promover os interesses da Lojas Renner S.A. (a "Companhia") e de seus acionistas, e (c) incentivar os Administradores e Executivos (conforme definidos no item 3, abaixo) a contribuir para a obtenção de resultados para a Companhia" (cláusula 1)."

18. Discorre ainda que: "As outorgas são realizadas de acordo com os Programas previamente aprovados pelo Comitê e têm como principais características: (i) outorga de ações ordinárias negociadas em bolsa, sendo que não podem ser oferecidas à outorga mais do que 4,5% das ações em circulação da companhia (cláusula 6); (ii) o número de ações será ajustado pelo Comitê, de acordo com a necessidade, caso a quantidade de ações aumente ou diminua, e também, nos casos de desdobramento ou reagrupamento. Esses ajustes visam a manutenção do

preço total de subscrição das opções concedidas, mas ainda não exercidas, evitando distorções com relação à outorga originalmente concedida; e (iii) a manifestação pela adesão ao plano de outorga será feita por escrito, de acordo com o em Termo de Adesão ao Plano de Opção de Compra de Ações, individualmente firmado entre os participantes e a companhia (cláusula 4).”

19. “O preço de exercício é fixado pelo Comitê e, para a primeira e segunda outorgas, deveria seguir os seguintes critérios: (i) não ser inferior a 80% do valor de bolsa; (ii) o valor de bolsa deveria ser calculado levando em consideração "o preço médio das ações registrado no último pregão de mercado de balcão, mercado organizado ou bolsa de valores em que tenha havido maior volume de negociações nos 10 (dez) dias de negociação em bolsa, anteriores à data do evento que ensejar sua aplicação" (cláusula 8). Para a terceira outorga, a Assembleia Geral Extraordinária realizada em 10/04/2007, decidiu pela alteração: (i) da composição do preço de exercício, o qual não pôde mais ser inferior ao Valor de Bolsa na outorga das ações; e (ii) da fórmula para o cálculo do preço de exercício, o qual deveria levar em consideração "o preço médio ponderado das negociações nos 30 (trinta) dias corridos de negociação em bolsa, anteriores à data do evento que ensejar sua aplicação".”

20. “Ademais, o exercício das opções será feito no prazo máximo de seis anos contados da data da outorga da opção (respeitando-se, obviamente, o prazo mínimo estipulado pelo Comitê), mediante contrato de subscrição firmado entre os participantes e a Companhia, sendo que nenhum participante terá os direitos inerentes aos acionistas até que ocorra o exercício e a subscrição das ações (cláusulas 5 e 7).”

21. “As ações deverão ser integralizadas pelos próprios participantes, em dinheiro (cláusula 9).”

22. “Nos casos em que há desligamento da Companhia (cláusula 11), ou seja, o fim da relação jurídica que deu causa à seleção para o Programa, poderá ocorrer, a depender das suas circunstâncias (i) a extinção, sem direito a indenização, das opções ainda não exercíveis; e (ii) o exercício antecipado, em determinado prazo, das opções exercíveis (caso isso não seja feito, o Participante perderá o direito às outorgas recebidas).”

23. “Por fim, nos casos de falecimento, invalidez permanente ou aposentadoria, as relações jurídicas decorrentes das outorgas realizadas serão regidas de acordo com a cláusula 12 do Plano.”

Na sequência, assevera que:

i. a fiscalização tomou por base para as autuações o Plano de Opções de Compra aprovado em 25/5/2005 e respectivos Programas com base nele lançados, o que acarretaria a decadência do crédito tributário, constituído em 31/1/2014, o que também aconteceria caso, corretamente, tivessem sido os lançamentos amparados nas outorgas de opções de compra, ocorridas em 2005, 2006 e 2007;

ii. não se pode exigir contribuição previdenciária desconsiderando-se as especificidades das outorgas e termos de adesão firmados entre as partes, o que configura, no caso, falta de motivação do ato de lançamento a acarretar sua invalidade;

iii. que a outorga de opções aos administradores decorre da Lei das S.A., e que somente os participantes desembolsam valores para exercer as opções e adquirir as ações, e não a empresa;

iv. que na hipótese de aceitação da tese fiscal de que as outorgas de opções equivaleriam à concessão das ações, a "transferência patrimonial" seria aferível no próprio momento da concessão, seja pela eventual diferença positiva entre o valor da opção e o valor patrimonial das ações, ou pela eventual diferença positiva entre o valor da opção e o valor da cotação da ação em Bolsa, na data de outorga;

v. que no plano de opções da empresa, os contratos tem a característica de voluntariedade, onerosidade e risco, sendo que o direito não nasce quando da outorga, mas findo o período de *vesting* (carência), a partir do qual o interessado pode ou não exercê-lo;

vi. que as normas expedidas pelo CPC nº 10, aprovado pela CVM não tem implicações fiscais, além de não se aplicarem ao período sob análise;

vii. que ter o plano objetivo, dentre outros, de atrair e reter os empregados não lhe confere caráter remuneratório, e que deveria ter norma legal prevendo ser a outorga de opções hipótese de incidência das contribuições previdenciárias;

viii. que meras expectativas de direito não podem ser fato gerador de tributo, e que eventual acréscimo patrimonial somente será apurado quando da alienação das ações, tendo sido a base de cálculo escolhida pela fiscalização atípica, e estando o momento de ocorrência do fato gerador equivocado;

ix. que as opções concedidas a dois diretores estavam sujeitas a "holding period", não estando a eles disponíveis na data do exercício, mencionando, ainda, que decisões da Justiça do Trabalho quanto ao plano focado foram uníssonas quanto à sua natureza não remuneratória.

Ademais, a impugnante defende a ilegalidade da incidência de juros sobre a multa e demanda a supressão dos nomes dos diretores do relatório de vínculos, postulando, ao final, a extinção do auto de infração.

A DRJ/FNS manteve integralmente a exigência, conforme acórdão de fls. 1811/1867, motivando a interposição de recurso voluntário em 9/9/2014, no qual são contestadas as razões daquela decisão e repisados, em linhas gerais, os argumentos da impugnação.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou contrarrazões às fls. 2059/2104.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Da participação nos lucros e resultados pagas aos diretores e administradores.

O inciso XI do art. 7º da Constituição Federal (CF) preconiza que dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, tem-se a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

Essa norma está inserta no Capítulo II da Carta Maior, denominado "Dos Direitos Sociais", e visa a proteção não de qualquer trabalhador, mas sim daquele que apresenta vínculo de subordinação, como ressaltam Canotilho e Vital Moreira¹:

(...) a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoais e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.

Por sua vez, ainda que em sede doutrinária persista certa controvérsia, a jurisprudência trabalhista vem reconhecendo que, tanto para o diretor recrutado externamente, como para o empregado eleito diretor, não se apresenta, em regra, a subordinação jurídica inerente à relação de emprego. Para aquele último caso, foi editado, inclusive, o seguinte enunciado sumular pelo Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula TST nº 269: O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

Diante desse quadro, descortina-se, como decorrência lógica, que diretores não empregados não estão sob abrigo do instituto regrado pelo inciso XI do art. 7º, norma de eficácia limitada que passou a adquirir seus contornos mais definitivos com o advento da MP nº 794/1994. Por sua vez, o art. 2º da Lei nº 10.101/2000, que a partir de sua edição passou a reger a participação nos lucros e resultados constitucionalmente prevista, restringe, em consonância com o acima explicado, esse benefício apenas aos empregados.

A par disso, deve ser lembrado que diretores não empregados são segurados obrigatórios da previdência social, na categoria de contribuintes individuais, a teor da alínea "a" do inciso I do art. 195 da CF, c/c a alínea "f" do inciso V do art. 12 da Lei nº 8.212/1991.

Nessa qualidade, o correspondente salário-de-contribuição é a remuneração auferida durante o mês, sendo a contribuição a cargo da empresa calculada com base no total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, forte nos incisos III dos arts. 22 e 28 da Lei nº 8.212/1991, não lhes sendo aplicável o benefício previsto na alínea "j" do § 9º do art. 28 desse diploma, tendo em vista ser a lei específica requerida nesse dispositivo a Lei nº 10.101/2000, a qual, conforme explanado, não contempla trabalhadores não empregados.

Noutro giro, merece realce o fato de que as participações nos lucros e resultados sob foco foram pagas, conforme previsão do parágrafo único do art. 36 do Estatuto Social da empresa, com esteio no art. 152 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A.), abaixo transcrito:

Art. 152. A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 1º O estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% (vinte e cinco por cento) ou mais do lucro líquido, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia, desde que o seu total não ultrapasse a remuneração anual dos administradores nem 0,1 (um décimo) dos lucros (artigo 190), prevalecendo o limite que for menor.

§ 2º Os administradores somente farão jus à participação nos lucros do exercício social em relação ao qual for atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório, de que trata o artigo 202.

Tal diploma infralegal deve ser interpretado à luz da CF vigente, cujo art. 195, inciso I, alínea "a" dispõe que:

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;

(...) (grifei)

O tributarista Leandro Paulsen, frente a este mandamento constitucional, alertou:

Com a EC nº 20/98, passou a haver previsão de tributação, para fins de custeio da seguridade social, não apenas dos pagamentos efetuados a empregados (folha de salários), mas também de quaisquer outros rendimentos pagos a pessoa física por trabalho prestado, ainda que sem vínculo. Assim é que pagamentos de honorários a autônomos, e de pró-labore, *por exemplo*, são validamente tributados, constituindo fato gerador de contribuição previdenciária devida pelas empresas.

Por sua vez, a autoridade lançadora, no item 3.1 do Relatório Fiscal, tece sua conclusão relativamente à matéria em apreço, no caso examinado (fls. 1202/1203):

13. CONCLUSÃO EM RELAÇÃO À REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES/DIRETORES ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO NO LUCRO

13.1 A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 que dispõe sobre as Sociedades por Ações, em nenhuma parte de seu texto tratou da tributação das contribuições previdenciárias em relação a remuneração dos segurados contribuintes individuais por parte das empresas, e nem poderia fazer sob pena de inconstitucionalidade material. A Constituição Federal de 1988, outorgou competência à União para instituir as contribuições de seguridade social. Essa competência a ser exercida pela União deve ser através de lei ordinária específica. A União exerceu sua competência e editou a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

13.2 A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 em seu artigo 152 e parágrafos, somente, estabeleceu normas sobre a forma de remuneração dos administradores das Sociedades por Ações.

13.3 Através da análise dos contratos firmados entre a "**RENNER**" e seus administradores, é possível identificar com clareza que os mesmos para terem direito a remuneração variável, além da remuneração fixa mensal, pro labore, através da participação no lucro da companhia, se submetem a metas de cunho corporativo e individual, portanto, esta remuneração se dá pelo trabalho prestado a companhia. As metas corporativas e individuais constam do documento (PRV_Composição_de_Metas_e_Indicadores_2010 - fls. 237 a 242) para o ano calendário 2010 e para o ano calendário 2009 constam do estatuto.

13.4 No contrato firmado entre a "**RENNER**" e o diretor Sr. Paulo José Marques Soares, em 12/01/2010, na cláusula, 4.2.1, consta que: Considerando que o Diretor inicia suas atividades na Companhia na data da assinatura do presente Instrumento e que necessita de um período para aprofundar seu conhecimento sobre a Companhia, excepcionalmente **fica garantida uma participação nos lucros relativa aos exercícios de 2010 e 2011 no valor mínimo de 12 (doze) vezes a remuneração mensal estabelecida na cláusula 2.1.** Essa garantia não é aplicável no caso de término do relacionamento entre as Partes durante os exercícios mencionados, (grifos nossos). No caso em tela o referido diretor sequer corre riscos para obter sua remuneração variável, ou seja, a simples prestação de serviços à companhia já lhe garante o direito a uma remuneração adicional, além do pro labore mensal. No ano calendário de 2010 o valor recebido pelo mesmo foi de R\$ 900.000,00 (Novecentos mil reais), equivalente a 15 salários mensais.

13.5 Todas as parcelas pagas aos administradores (contribuintes individuais) foram para remunerar o trabalho, resultando num acréscimo patrimonial em favor do respectivo beneficiário (administrador).

13.6 A participação dos administradores/diretores nos lucros e resultados da Companhia, prevista na Lei nº 6.404/1976, sofre a incidência de contribuições previdenciárias, por caracterizar contraprestação aos serviços prestados, e por não se enquadrar em nenhuma hipótese de exclusão prevista em lei.

Com efeito, não há como associar os fatos acima descritos, e constatados na ação fiscal, a pagamentos remuneratórios do capital investido na empresa (dividendos), ou mesmo de compensação pelo custo de oportunidade do capital naquela investido (juros sobre capital próprio). À evidência, tem-se retribuição pelo trabalho, em razão do trabalho, constituindo hipótese de incidência de contribuições previdenciárias, de acordo com o disposto nos incisos III dos arts. 22 e 28 da Lei nº 8.212/1991.

Isso posto, perde substância a versão de que teria havido reclassificação das participações em remuneração, dado que desnecessário tal proceder, quando verificado que tais participações estão no campo de incidência das precitadas contribuições, a despeito de terem sido pagas com base na Lei das S.A.

Além disso, deve ser afastada a alegação segundo a qual a participação nos lucros e resultados, com lastro no art. 152 da Lei nº 6.404/1976, não representaria retribuição pelo trabalho, mas mera "partilha de lucros apurados" no exercício.

Com esse fito, oportuno é trazer à baila o preclaro ensinamento de Sérgio de Iudícibus e Eliseu Martins, constante no seu Manual de referência em contabilidade societária³:

30.7 Participações e contribuições

30.7.1. O tratamento como despesa

As participações de terceiros nos lucros, não relativas ao investimento dos acionistas, devem ser registradas como despesas da entidade. O item VI do art. 187 da Lei das Sociedades por Ações define que, antes de se apurar o lucro líquido do exercício, deve-se deduzir

"as participações de debêntures, de empregados e administradores, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa".

As participações de empregados ou de administradores no lucro representam uma espécie de parcela complementar de salários cujo valor, todavia, é apurado com base no lucro, mas não deixa de ser um custo adicional da prestação de serviço recebida.(...) Como se nota, tais itens são tratados como despesas efetivas cuja contabilização poderia ser em despesas operacionais, mas a Lei das Sociedades por Ações aqui as classificou [conta "Participações em Resultados do DRE]". (grifei)

Assim, o mero fato contábil, estabelecido pelas disposições da Lei nº 6.404/1976, de que as participações dos administradores ou diretores tenha sua origem em fração do lucro, não subverte a realidade fática segundo a qual a razão de tal pagamento ou

³ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu. Manual de Contabilidade Societária do FIPECAFI. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 519.
Documento assinado em 05/07/2016 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 05/07/2016 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 05/07/2016 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO
Impresso em 08/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

crédito efetivar-se é a prestação de serviço à empresa, no caso, por parte dos diretores não empregados.

Portanto, não há reparos a fazer na exigência fiscal, no particular.

Do plano de outorga de ações - stock options

Preliminares

A recorrente levanta o argumento de que a fiscalização não examinou os contratos individuais atinentes às outorgas de opções, o que macularia a motivação do lançamento.

Ainda que se trate de arrazoado pertinente à questão de fundo, e não matéria preliminar, de plano há que se refutá-lo. Face à toda evidência constante nos autos, os contratos individuais foram firmados entre as partes em consonância com o plano de outorga de opções, e consequentes programas a ele vinculados, bem como com as deliberações sociais documentadas.

Assim, caberia a autuada apontar os pagamentos identificados pela autoridade lançadora, às fls. 735, que não tivessem sido amparados nos aludidos programas, esclarecendo em simultâneo qual a causa jurídico-econômica que lhes deu suporte, ao invés de aludir a uma pretensa e genérica "falta de motivação" do lançamento.

Quanto aos contratos tidos por diferenciados, estes foram devidamente examinados pelo Fisco, estando, inclusive, colacionados no corpo do Relatório Fiscal, às fls. 1274/1283, no tópico 21, que trata da "Definição das Metas de Criação de Valor".

Não é demasiado registrar, de toda maneira, que o auto de infração está devidamente formalizado, estando claramente discriminadas as razões de fato e de direito que o fundamentaram, não se vislumbrando, na espécie, qualquer das hipóteses ensejadoras da decretação de nulidade do lançamento consignadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, havendo sido todos os atos do procedimento lavrados por autoridade competente, sem qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, o qual recorre de seus termos evidenciando pleno conhecimento das exigências que lhe são imputadas.

No referente às alegações de decadência, também elas se confundem com o mérito, e mais adiante serão enfrentadas, quando se alcançar o tema pertinente ao momento de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Do mérito

Cabe explicar inicialmente, que o mercado de opções, em sua gênese, se trata de mercado de derivativos voltado à gestão de risco, sendo as opções direitos de compra (ou de venda), a um preço pré determinado, de um ativo-objeto em uma data específica ou até uma certa data.

As opções negociadas em um mercado com liquidez são padronizadas pela instituição que o gerencia, como a BMF/Bovespa, no Brasil, a qual define as séries de opções a serem abertas, discriminadas por vencimento.

Por exemplo, a Lojas Renner S.A possuía, em 23/2/2016, diversas opções de compra negociadas naquele mercado com vencimentos em 21/3/2016, 18/4/2016 e 19/2/2016, sendo estabelecidas, pela BMF/Bovespa, diversos preços de exercício para cada vencimento, as referidas séries de opções.

Assim sendo, os agentes econômicos podem, ao comprar determinadas opções na bolsa, buscar proteção contra as oscilações de preço de mercado, caso possuam ações da empresa; poderão simplesmente especular, ao adquirir opções de compra que não precifiquem, a seu ver, adequadamente as possibilidades de incremento no valor da empresa; ou ainda, montar estratégias de renda fixa mediante o uso simultâneo de opções de compra e de venda do ativo ("box" de opções).

Tudo isso é viabilizado pela negociação em um mercado de livre acesso, que possibilita a adequada mensuração do preço do ativo que é a opção, preço esse chamado "prêmio", o qual por sua vez requer dos operadores a consideração de elementos tais como a volatilidade do ativo-objeto, a taxa de juros do mercado, tempo entre a negociação e o vencimento da opção, assim como, por óbvio, a diferença entre o preço do ativo em questão e o preço de exercício (conhecido como "strike"). Para tal feito, são utilizados sofisticados modelos matemáticos, sendo o mais conhecido dentre eles o modelo denominado "Black and Scholes".

Já as denominadas *employee stock options*, ora abordadas, possuem natureza bastante diversa.

Surgiram no estrangeiro, como parte do pacote de benefícios e vantagens oferecidas a administradores e empregados, visando a sua retenção nos quadros da empresa, em especial nas de pequeno e médio porte, que, descapitalizadas, necessitavam de trabalhadores qualificados para a consecução de seus objetivos; com o tempo, se espraiaram sendo utilizadas por diferentes tipos de empresas.

À evidência, a concessão de um direito de aquisição de uma participação no capital de uma empresa com potencial de crescimento, com a conseqüente perspectiva de valorização dessa participação - ação - revela-se bastante atrativa, representando a outorga desse direito - opção - uma efetiva vantagem econômica para o beneficiário, frente ao terceiro que não possui vínculos com a companhia.

Por sua vez as empresas, mesmo tendo em vista a possível diluição do valor de suas ações com o efetivo exercício das opções, com a outorga destas fazem convergir os objetivos dos investidores com o de empregados e administradores.

No que tange ao direito positivo pátrio, as opções do gênero têm sua previsão no § 3º do art. 168 da Lei das S.A.:

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.

A Comissão de Valores Mobiliários, ao tratar da matéria na qualidade de regulador dos mercados mobiliários, denotou que⁴:

A companhia aberta empregadora pode adotar vários tipos de planos para remunerar executivos e funcionários pela outorga de opções de compra de ações emitidas pela companhia. Nos planos de outorga de ações convencionais, por exemplo, a companhia empregadora outorga opções para compra de um número fixo de ações da companhia, a um preço estabelecido, durante um período específico, em troca de serviços correntes ou futuros dos executivos e funcionários. Este tipo de remuneração é usual no mercado americano e, em menor escala, nos mercados da comunidade européia, como forma de alinhar os objetivos dos investidores ao objetivo dos administradores e empregados. (grifei)

Nesse diapasão, e tendo em vista o projeto de convergência das normas contábeis brasileiras às internacionais, no caso o IFRS 2 - Share-based Payment, que trata das transações com pagamento baseado em ações e derivativos conexos, a Deliberação CVM nº 562/2008 mais uma vez destacou, ao aprovar o Pronunciamento Técnico CPC 10, o entendimento daquele órgão acerca do caráter remuneratório das *employee stock options*:

Deliberação CVM nº 562, de 17 de dezembro de 2008

*A PRESIDENTE DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS
– CVM torna público que o Colegiado, (...) DELIBEROU:*

I – aprovar e tornar obrigatório, para as companhias abertas, o Pronunciamento Técnico CPC 10, anexo à presente Deliberação, que trata de Pagamento Baseado em Ações, emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC;

(...)

12. Em geral, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são concedidos aos empregados como parte da remuneração destes, adicionalmente ao salário e outros benefícios concedidos (...) 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 (...) (Grifei)

O disposto no item 12 do mencionado Pronunciamento Técnico CPC 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - ainda que emanado em data posterior aos planos em evidência, e não vinculativo para fins fiscais, como observado pelo recorrente - segue na mesma linha:

12. Em geral, 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**

permanecerem 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 valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados como o valor justo dos serviços recebidos (grifei).

O entendimento da legislação contábil e societária acerca da natureza remuneratória das opções em tela, diversas das opções livremente negociadas a mercado, é sumarizado pela doutrina de Sérgio de Iudícibus e Eliseu Martins, à fl. 539 do precitado Manual de Contabilidade Societária FIPECAFI:

Algumas empresas optam por remunerar seus empregados (executivos, administradores ou outros colaboradores) por meio de pacotes que incluem ações e opções de ações. A idéia subjacente à remuneração com base em ações é fazer com que os funcionários sejam incentivados a atingir determinadas metas e, assim, se tornem, também, donos da entidade ou tenham a oportunidade de ganhar pela diferença entre o valor de mercado das ações que subscrevem e o valor da subscrição. Esse tipo de remuneração visa incentivar os empregados ao comprometimento com a maximização do valor da empresa, alinhando seus interesses com os dos acionistas. Isso é necessário, pois de acordo com a Teoria da Agência, os empregados (agentes) e os acionistas (principais) possuem objetivos que, por muitas vezes, podem ser conflitantes.

Nesse cenário, **os planos de ações e de opções de ações constituem uma característica comum da remuneração de diretores, executivos e outros empregados.** (grifei)

Nessa linha, conclui-se que os planos de opções de ações disponibilizados por empresas aos seus empregados e colaboradores, possuem, de uma maneira geral, ínsito caráter remuneratório e não de "operação mercantil", tratando-se na verdade de retribuição disponibilizada, *interna corporis*, em razão de vínculo de prestação de serviços contratualmente estabelecido.

Noutro giro, há que se considerar, consoante já mencionado no item deste Voto pertinente à participação nos lucros e resultados de administradores e diretores, que a seguridade social deve ser financiada, a teor dos incisos I e II do art. 195, e § 11 do art. 201 da CF, c/c o disposto nos arts. 22 e 28 da Lei nº 8.212/1991, por contribuições sociais incidentes sobre os pagamentos efetuados a qualquer título, inclusive sob a forma de utilidades, sendo necessária norma expressa, forte nos arts. 111 e 176 do CTN, para que determinada retribuição pelo trabalho não componha a base de cálculo daquelas contribuições.

Impende assim, e a par das considerações doutrinárias e disposições legais acima expostas, passar ao caso concreto para verificar as características particulares do plano de opção de ações em foco, com vistas a averiguar as alegações do autuado no sentido de que não possuiria tal plano caráter remuneratório, ao contrário do que sói prevalecer.

De pronto, deve-se notar ser a adesão ao plano uma faculdade do beneficiário que em nada afeta a vantagem eventualmente auferida, decorrente do vínculo com a empresa. Uma vez aceita a outorga de ações, ocorre a incorporação daquela vantagem patrimonial, a qual, contudo, ainda não se reveste de condições que permitam a sua adequada mensuração, tampouco está dotada de livre disponibilidade, o que ocorrerá em momento posterior, como **será visto oportunamente.**

A habitualidade, de sua parte, pode ser definida como a previsibilidade - o que afasta o conceito de eventualidade - qualificada pela reiteração, gerando uma expectativa nos potenciais beneficiários da recorrência na oferta de opções de ações, o que se verificou no caso concreto, com as sucessivas outorgas acontecidas em 2005, 2006 e 2007.

De sua parte, a existência de pessoalidade no plano é inequívoca, dado que apenas os prestadores de serviço à companhia são destinatários da outorga das opções intransferíveis, sendo irrelevante se tal feito se dá em virtude de eventuais limitações da legislação, como alegado.

Pelo contrário, as provas coligidas nos autos revelam, por exemplo, que na 1ª outorga, a empresa concedeu um desconto de 15% sobre o "Valor de Bolsa" definido no plano, o qual foi reduzido para 10% na 2ª outorga, ofertando-se então vantagem exclusiva às pessoas físicas com ela especialmente relacionadas.

Além disso, na seleção dos administradores que recebem as outorgas são considerados fatores tais como sua contribuição para a consecução de metas, inclusive as de criação de valor, havendo a empresa estabelecidos critérios para aferição do desempenho passado dos participantes no tocante a suas atribuições funcionais.

A contraprestatividade da retribuição fica clara quando se leva em conta que 50% das opções só podiam ser exercidas após o prazo de carência de três anos, e o restante no prazo de quatro anos, período durante o qual o beneficiário da outorga quedava prestando serviço à empresa. Como ilustra a cláusula 11 do plano, findo o vínculo com a companhia, por meio de "desligamento", *"restam automaticamente extintas, de pleno direito, independentemente de aviso prévio ou indenização, todas as opções que lhe tenham sido concedidas e que ainda não sejam exercíveis"*.

Sustenta a recorrente, também, que no plano em comento o fluxo financeiro é inverso, ou seja, são os participantes que desembolsam valores para exercer as opções e adquirir as ações, não tendo participação da empresa nesse processo.

Ora, o financiamento no todo ou em parte da ações adquiridas por meio do exercício das opções, mesmo que torne ainda mais evidente, quando presente, o caráter remuneratório de um determinado plano, não é elemento essencial desse, sequer necessário para sua configuração. O que importa é que se constate a existência de vantagem jurídica ou econômica, ainda que sob a forma de utilidades, no caso opções de ações, conferidas de forma exclusiva a pessoas físicas prestadoras de serviços à pessoa jurídica.

Nesse passo, necessário esclarecer os diversos momentos pelos quais se perfectibiliza o plano de opções em tela.

Primeiro, o participante adere ao plano de outorga de opções, na equivalência uma opção para cada ação, cujo preço de exercício não poderia ser, para as primeira e segunda outorgas, inferior a 80% do valor de bolsa, sendo que para as outorgas posteriores bastava não ser inferior a esse preço. O preço médio, por sua vez, era calculado com base nos preços de pregões passados.

Do momento da outorga das opções até a data em que transcorrido o período de carência (*vesting*), o participante era detentor de um ativo - a opção outorgada - cujo preço

não era passível de avaliação a mercado, pois as opções negociadas na BMF possuem características bastante diferentes, como visto, daquelas sob exame.

Para fins de registro contábil, importa mencionar que o item B4 do Apêndice B do CPC 10, aplicável à espécie, estipula que "sempre que não existirem opções negociadas com termos e condições similares, o valor justo das opções outorgadas deve ser estimado pela aplicação de modelos de precificação de opções", dentre os quais o já mencionado modelo Black and Scholes e o Modelo Binomial. Tal procedimento é necessário, pois para os acionistas a outorga de opções representa não só uma despesa, como também uma verdadeira diluição de sua parcela de capital investido na companhia.

Nos item 13 dos "Formulários de Referência" de 2009 e de 2010 (fls. 736 a 1140, citadas no Relatório Fiscal às fl. 1287), a atuada disponibilizou informações à CVM acerca do seu plano de outorga de opções, sendo que no item 13.9 é mencionado que "o valor justo das opções outorgadas de compra de ações é calculado na data da respectiva outorga com base no modelo Black & Scholes", para fins de lançamento contábil da despesa (fl. 1318/1319).

Na sequência desses formulários, foram apresentados os ditos valores justos das opções. Por exemplo, para a 1ª outorga, realizada em 29/7/2005, foi apontado o valor da opção para exercício em 31/12/2010 como sendo o de R\$ 8,19. Ou seja, nos demonstrativos contábeis da empresa foi atribuído esse valor às indigitadas opções para fins de cômputo das despesas com o plano em evidência.

Sem embargo, até o fim do prazo de carência a opção não era passível de ser transacionada em mercado com terceiros, nem podia ser convertida, via exercício, em ativo - ação - de livre negociação, que permitisse ao interessado a sua transformação em pecúnia.

Assim, o que existia era uma avaliação realizada no âmbito interno da companhia, do que seria o valor da opção outorgada, a qual restava ainda ilíquida e sem possibilidade de exercício. E, para o seu titular, configurava-se propriedade de um bem totalmente despido do atributo disponibilidade.

Já no momento posterior, em que vencida a carência, o beneficiário da outorga permanecia detentor da opção de compra de ações. Porém, essa opção estava disponibilizada para imediato exercício, possuindo desde então um valor intrínseco que corresponde a diferença entre o preço de exercício da ação atribuído quando da outorga, e o preço da mercado da ação.

Tal conclusão merece ser explicada com a devida cautela.

Consoante explanado, nas opções negociadas a mercado, até o prazo de sua expiração, a mensuração do seu preço depende de variáveis tais quais volatilidade histórica, tempo para o vencimento, etc., que são avaliadas pelos agentes econômicos de maneira a permitir que a transação no mercado aberto se dê com confiabilidade e liquidez, desde o lançamento da opção, equivalente à outorga de opções tais como as examinadas.

Já no presente plano de opções empresarial, somente após o término do prazo de carência é que a opção está disponível para a sua eventual conversão no ativo-objeto, para fins de alienação a terceiros, e é possibilitado a agentes financeiros independentes mensurar o valor da opção.

Sob certo prisma, pode se considerar, inclusive, que os contratos de outorga firmados ficam sob a vigência de condição suspensiva nos termos previstos no inciso I do art. 117 do CTN no curso do prazo de carência, pois o beneficiário tem a propriedade sobre um

ativo, a opção, sobre o qual não tem livre disposição, na medida em que não pode convertê-lo no ativo-objeto a seu talante, para fins de auferir eventual vantagem econômica daí decorrente.

Ilustrando, tome-se uma opção cujo preço de exercício tenha sido fixado, na primeira outorga, em R\$ 7,68, e que tem correspondência com o valor de 1 (uma) ação, como no caso concreto. Cumprida a carência de três anos, na sequência o beneficiário *já podia* converter essa 1 (uma) opção em 1 (uma) ação, junto à empresa, mediante o exercício da opção, e auferir a vantagem decorrente de eventual diferença existente entre o preço de mercado da ação e o preço da ação adquirida pelo exercício da opção⁵.

Se nesse dia o valor de mercado da ação for de R\$ 37,68, por exemplo, e ao participante foi outorgado um total de 10.000 opções, ele auferirá uma retribuição em forma de utilidades (opções - direitos de compra de ação) no valor de R\$ 300.000,00⁶, posto ser esse o valor monetária das opções que detém, independentemente do exercício, ou não, do direito a elas inerente.

Assim, o valor da opção equivale a essa diferença de preço, perfectibilizando-se a vantagem auferida face ao vínculo de prestação de serviços mantido com a empresa. A situação é bastante similar a das opções negociáveis a mercado quando do dia do vencimento, momento em que o preço (prêmio) corresponde ao valor intrínseco da opção, dado pela diferença entre o seu preço de exercício (strike) e o preço do ativo-objeto.

Cabe destacar, aliás, que, como as opções do plano podem ser exercidas não só no decurso do *vesting period*, mas desse átimo até o término do prazo de 6 (seis) anos de outorga da opção, consubstanciando-se então a partir daquele primeiro momento em opções do tipo americanas, como alertado pelo recorrente, sendo que a diferença entre o seu preço de exercício e o preço do ativo-objeto corresponde ao valor mínimo da vantagem auferida na ocasião.

Isso porque a mera possibilidade de flutuação do preço do ativo-subjacente ao longo desses três anos restantes (seis anos da outorga, subtraídos dos três anos de carência), medida pela sua variância histórica, tem preço passível de avaliação mediante os modelos matemáticos já mencionados, o qual representa um elemento positivo a crescer no preço da opção. Nessa esteira, considerada como base de cálculo aquela diferença, está-se, na prática, favorecendo o sujeito passivo, em apuração que lhe é mais benéfica.

Não se deve confundir, aliás, o último dia do prazo da carência, no qual as restrições a essa atinentes persistem vigendo, com a data de consumação do fato gerador da obrigação tributária. Essa data é o primeiro dia em que a propriedade da opção se integra desimpedida e plenamente ao patrimônio do beneficiário, dada a disponibilidade efetiva de sua conversão no ativo-objeto, e de ulterior alienação desse em um mercado de livre acesso a terceiros.

⁵ Essa conclusão passa pelo pressuposto óbvio de que a negociação a livre mercado estaria disponível à ocasião, com as bolsas abertas ou ainda viabilizada a transação em mercado de balcão.

⁶ Preço de mercado da ação transcorrida a carência: R\$ 37,68.

Preço de exercício da opção fixado na outorga: R\$ 7,68.

Diferença de preço: R\$ 30,00.

Quantidade de opções/ações: 10.000; de 24/08/2001

Receita total potencial com a venda: $10.000 \times R\$ 30,00 = R\$ 300.000,00$ em 05/07

Em outras palavras, a data do fato gerador é, na espécie, o primeiro dia útil seguinte ao termo final do prazo de carência, pois nessa data o interessado já poderia, mediante o exercício das opções consoante boletim de subscrição previamente firmado nos termos regradados nas cláusulas "Exercício da Opção" dos programas de outorga, convertê-las em ações, plenamente transformáveis em pecúnia. Por sua vez, a base de cálculo é, conforme ilustrado mais acima, a diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data em que expirado o prazo de carência.

Mister reiterar, neste átimo, que a opção outorgada, cumprido o prazo de carência, consubstancia-se em ativo dotado de disponibilidade jurídica, que corresponde, ainda que no seu sentido mais estrito, em rendimento (ou provento) adquirido, isto é, ao qual **o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro**, conforme explica Hugo de Brito Machado⁷.

No particular, a propriedade da opção permite ao beneficiário da outorga, a partir do cumprimento da condição de decurso do prazo de carência, a sua transformação em pecúnia, ainda que tendo de convertê-la previamente no ativo-objeto, para possibilitar tal feito.

Então, já está configurada naquele momento a percepção de remuneração sob a forma de salário-utilidade, mensurável nos termos já expostos, e que revela, por outra via, a percepção de acréscimo patrimonial passível de tributação pelo imposto de renda, como denotam, com argúcia, os votos proferidos nos Acórdãos de nº 2201-02.658 (j. 11/2/2015, relator Conselheiro Eduardo Tadeu Farah) e nº 2201-002.766 (j. 26/1/2016, relator Conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior), do qual colho o seguinte trecho, por oportuno:

(...) no caso prático sob análise, é que, contrariamente ao que quer fazer crer o contribuinte, no caso de funcionários não-desligados que "venceram" o prazo de carência, há efetiva realização da renda quando do vencimento daquela condição suspensiva, uma vez que ali, naquele instante, as opções de compra decorrentes do rendimento do trabalho entram na titularidade do beneficiário, constituindo-se assim, o novo valor, somente a partir dali titularizado, em rendimento tributável, fato gerador do imposto de renda em total consonância com o art. 43, I, do CTN (...)

Nesse diapasão, e não havendo motivos de peso para entender deva ser diversa a abordagem na seara dos tributos destinados à previdência, conclui-se que, vencida a carência, o valor da utilidade conferida ao beneficiário do plano em questão é perfeitamente quantificável, viabilizando a mensuração do aspecto numérico do fato jurídico tributário concernente à incidência das contribuições previdenciárias nos termos dos arts. 22 e 28 da Lei nº 8.212/1991, o que não era possibilitado até então.

Sob esse aspecto, eventual verificação de alienação a terceiro não é necessária, salvo para a apuração da base de cálculo de possível ganho de capital sujeita ao imposto sobre a renda, pois já restam preenchidos todos requisitos para a constituição do crédito tributário relativo àquelas contribuições.

A partir desse marco temporal, e só então, o preço da opção não exercida e plenamente disponível passará a oscilar em conformidade com as mudanças do preço de mercado do ativo subjacente, introduzindo, efetivamente, risco de mercado o qual é assumido livremente pelo beneficiário da opção, e descaracterizando eventual preço a ser arbitrado pela autoridade lançadora como sendo representativo de uma vantagem conferida pela empresa, mediante uma operação de ínsito caráter *interna corporis*.

Registre-se, por oportuno, que, conforme bem colocado nas contrarrazões da PGFN, bem como no aresto contestado, a existência de risco é intrínseca a qualquer remuneração do tipo variável, como bônus, gratificações de desempenho, e a dantes abordada participação nos lucros dos administradores, não sendo fator, com a devida vênia dos entendimentos em sentido diverso, essencial para qualificar determinado recebimento como remuneração.

Muito embora tais razões, é forçoso constatar que a fiscalização fazendária incidiu em erro ao tomar como momento de ocorrência do fato gerador da obrigações tributárias o momento do exercício das opções, visto que tal feito se verifica, de fato, com o anterior vencimento do prazo de carência para tal exercício, ainda que antecipado por disposição contratual.

Merece ser lembrada, todavia, a possibilidade de que determinado segurado empregado ou contribuinte individual tenha exercido suas opções assim que cumprido o prazo de carência. Havendo caso da espécie, a data do fato gerador escolhida pela fiscalização, bem como a respectiva base de cálculo da contribuição previdenciária devida, restam escorreitas, consoante o entendimento aqui partilhado.

Como remate deste tópico, pondere-se que, a despeito do entendimento que venha a prevalecer neste ou em outros julgados acerca do momento do fato gerador da obrigação tributária atinente seja à percepção de acréscimo patrimonial (imposto de renda), seja ao auferimento de forma de remuneração (contribuição previdenciária), em virtude de plano de opções, não pode tal entendimento assentar-se em premissas equivocadas.

Premissa com esse predicado é a desconsideração da realidade, já há muito firmemente estabelecida nas ciências econômicas e financeiras, bem como na seara contábil, de que opções são ativos perfeitamente precificáveis e negociáveis, não diferindo as opções vinculadas à remuneração dessa regra geral.

Eventuais cláusulas contratuais ou estatutárias que limitem ou condicionem a possibilidade de sua negociação, ou do ativo subjacente, projetam sua influência sobre a disponibilidade jurídica desses ativos, e o seu conseqüente ingresso na esfera patrimonial do beneficiário. Não dão azo, contudo, à consideração de que as opções são mera expectativa de direito, etérea e sem valor concreto como ativo dotado de significância patrimonial.

Das opções concedidas ao diretor presidente e ao diretor administrativo-financeiro.

Por outra via, o recorrente afirma que as opções outorgadas ao diretor-presidente da empresa e ao diretor administrativo-financeiro estão sujeitas a restrição temporal, o denominado *lock up*, pois na data do exercício aqueles não tinham qualquer disponibilidade sobre as ações.

Compulsando-se os autos às fls. 1280/1282, tem-se o contrato de prestação de serviços do diretor administrativo e financeiro e de relações com investidores da companhia.

A despeito do cogitado na peça recursal, as condicionantes do plano de ações, no particular, são atinentes não a uma eventual restrição temporal quando do exercício das opções ou após esse momento, mas sim à quantidade de ações a serem outorgadas ao referido, a qual será definida "com base em expectativas de performance da COMPANHIA e, por

consequente, da expectativa de valorização de suas ações no mercado, nos 4 anos subsequentes à data da outorga (...)".

Dessa feita, não vislumbro motivos para tratamento diverso desse caso, frente aos demais já examinados.

Todavia, examinando-se o contrato de prestação de serviços do diretor-presidente da empresa, tem-se o estabelecimento de prazos diferenciados para o exercício das opções, sendo possível fazê-lo com relação a 20% do total que foi àquele outorgado, a cada dois anos contados a partir da data outorga (fls. 1275/1279). Porém, conforme cláusula 6.3 do contrato, o diretor não poderia exercer "as opções já exercíveis", ao menos antes do curso do prazo de carência total (seis anos), caso as condições abaixo não fossem cumpridas:

(i) o mandato do Diretor Presidente do DIRETOR deverá estar em vigor; e

(ii) TSR - Total Shareholders Return acumulado deverá ser maior ou igual à Taxa SEUC [SELIC?] média ponderada do período, acrescido de 3% (três por cento). TSR corresponde à valorização da ação no mercado em um determinado período, acrescido dos dividendos ou juros sobre capital próprio distribuídos por ação no mesmo período. O Anexo II deste instrumento exemplifica o cálculo do TSR.

Trata-se, a toda vista, de dispositivo que visa comprometer o diretor-presidente com a meta de valorização do capital dos acionistas, e que efetivamente restringe o livre exercício das opções, e, conseqüentemente, o auferimento da vantagem da outorga.

Desse modo, além de transcorrido o prazo de carência, era necessário que ao final dele a ação tivesse se valorizado no mercado acima de um determinado parâmetro, após o que não haveria restrição adicional para que as opções fossem exercidas, e de imediato alienadas a mercado.

Ao contrário do alegado pelo recorrente, portanto, era perfeitamente viável que cumprida a carência, pudessem as opções serem exercidas e ações correlatas alienadas, cumpridas os indigitados requisitos.

Todavia, não é difícil compreender que com o decurso dos *vesting period* em comento não necessariamente a opção estava livre para ser exercida, não podendo ser o final dos períodos de carência parâmetro para a definição do momento do fato gerador das contribuições, consoante os demais casos já abordados.

Diversamente, no momento do exercício das opções pelo beneficiário, era certo que as indigitadas condições estavam satisfeitas, não havendo impedimento para a potencial alienação das ações no mercado. Perfectibilizava-se, então, a vantagem jurídica e econômica apta a constituir fato gerador das contribuições previdenciárias.

Destarte, para a situação específica do diretor presidente, dadas as singulares disposições do contrato de prestações de serviços firmada com a empresa, revela-se correta a escolha do momento do fato gerador como sendo a data de exercício das opções.

Da decadência e da conclusão do tópico stock options.

Tendo em vista que o contribuinte foi cientificado da autuação em 31/1/2014, e o exercício das opções pelo diretor-presidente deu-se em 24/11/2010 (fl. 735), não há decadência a reconhecer, quanto ao lançamento correlato à remuneração por ele recebida, forte

Quanto aos demais beneficiários, supondo que algum tenha exercido suas opções assim que cumprido o prazo de carência, nos termos acima explanados, restando correta a data do fato gerador atribuída pela fiscalização, também não se verificaria a decadência, pois o primeiro exercício de opções deu-se em 19/1/2009, sendo prazo limite para constituição do respectivo crédito tributário 31/1/2014, observado na ação fiscal.

Não se constatando tal situação, resta prejudicada a alegação de decadência, em virtude da insubsistência do auto pela equivocada escolha da data do fato gerador, bem como da base de cálculo pela autoridade lançadora.

Merece ser consignado, porém, o descabimento do entendimento do autuado no sentido de que o momento da outorga das opções serviria para firmar o termo a quo do prazo decadencial, pois, como evidenciado à sociedade, na ocasião a propriedade das opções estava sujeita contratualmente a condição suspensiva, inclusive no tocante à sua disponibilidade, não tendo ocorrido, ainda, o fato gerador das obrigações tributárias em evidência.

Como síntese do entendimento aqui explanado, deve ser ressaltado que sobre a retribuição pela prestação de serviços sob a forma de salário - utilidade, representado pelo ativo financeiro opção de ações, conferida aos diretores e empregados da pessoa jurídica, incidem as contribuições previdenciárias previstas na legislação de regência.

Tal ato de retribuição se perfaz no momento em que encerrada a carência prevista contratualmente, sendo então perfeitamente possível quantificar a base de cálculo da vantagem econômica auferida, ainda que não seja alienado o ativo-objeto da opção, ou mesmo esta exercida, pois já está disponível para exercício. Contudo não foi esse, ao menos em regra, o procedimento da autoridade fiscal.

Em síntese, deve ser dado parcial provimento ao pedido da recorrente, para fins de, rejeitando a prejudicial de decadência, manter o levantamento SO - STOCK OPTIONS - correspondente ao contribuinte individual diretor presidente da autuada, e quanto aos demais, excluir todos os levantamentos para os quais a data do fato gerador escolhida pela fiscalização, a data de exercício da opção outorgada, não coincida com a expiração do período de carência da respectiva opção, conforme explicado na fundamentação dessa parte do voto.

Dos juros de mora sobre a multa de ofício e do relatório de vínculos

O *caput* do art. 161 do CTN assim dispõe:

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.

Na sistemática do CTN, a obrigação tributária principal é de ínsita natureza pecuniária, sendo composta por tributo e multa, nos termos do seu art. 113 e §§. Os arts. 139 e 142 do Código deixam claro que o crédito tributário tem a mesma natureza da obrigação principal, podendo ser assim, composto tanto por tributo quanto por multa. Destarte, o art. 161 supra, quando trata do crédito tributário, está tratando da obrigação principal revestida de exigibilidade, a qual, não paga no vencimento, está sujeita a juros de mora.

Portanto, a incidência dos juros em apreço sobre as multas que porventura componham o crédito tributário é preceito estabelecido no CTN. O legislador ordinário respeitou os parâmetros da lei complementar, ao regram no art. 61 da Lei nº 9430/96, que os débitos *decorrentes* de tributos e contribuições sofrem incidência de juros de mora. A saber, o termo "decorrente" significa consequente, ou seja, além do tributo propriamente dito, os débitos que lhe dele são resultantes, ainda que não necessariamente, tais como as multas de ofício proporcionais, as quais também deverão ser acrescidas dos juros.

Em consonância com esse entendimento, vale lembrar que o § 8º do art. 84 da Lei nº 8.981/1995 reza que os juros de mora se aplicam aos demais créditos da Fazenda Nacional, cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, categoria na qual se incluem, logicamente, as multas de ofício, sejam proporcionais ou lançadas isoladamente.

A jurisprudência do STJ consolidou-se nesse sentido, conforme se depreende da leitura da ementa do acórdão do AgRg no REsp nº 1.335.688/PR (1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 10/12/2012) :

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido. (grifei)

Do REsp nº 1.129.990/PR (2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 14/9/2009) convém colacionar o seguinte trecho do Voto condutor, aclarando a questão:

De maneira simplificada, os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, advém a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento, constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento.

Em suma, o crédito tributário compreende a multa pecuniária, o que legitima a incidência de juros moratórios sobre a totalidade da dívida.

Por fim, deve ser observado que não foi lavrado qualquer termo processual mediante o qual tenha sido imputada responsabilidade aos sócios do contribuinte; de sua parte, o relatório de vínculos combatido tem caráter meramente informativo, consoante entendimento aprovado pela Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em sessão de 10/12/2012:

Súmula CARF nº 88: A Relação de Co-Responsáveis - CORESP”, o “Relatório de Representantes Legais – RepLeg” e a “Relação de Vínculos – VÍNCULOS”, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa.

Ante o exposto, voto no sentido DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário, para fins de:

- quanto ao DEBCAD nº 51.010.891-1, manter o levantamento referente à participação dos administradores, e no que tange ao levantamento stock options, manter a parcela que está associada ao contribuinte individual diretor presidente da autuada, sendo que com relação aos demais levantamentos da espécie, excluir todos em que a data do fato gerador escolhida pela fiscalização, o dia de exercício da opção outorgada, não corresponda ao primeiro dia útil seguinte à data de vencimento do prazo de carência da respectiva opção;

- no tocante ao DEBCAD nº 51.010.892-0, excluir todos os levantamentos stock options, manter a parcela que está associada ao contribuinte individual diretor presidente da autuada, para os quais a data do fato gerador escolhida pela fiscalização, o dia de exercício da opção outorgada, não corresponda ao primeiro dia útil seguinte à data de vencimento do prazo de carência da respectiva opção.

Ronnie Soares Anderson.

Voto Vencedor

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo - Redator Designado

Centrarei a minha atenção na questão do momento da ocorrência do fato gerador, pois é apenas em relação a este ponto que diverjo do i. Relator. Observo que a tese por ele adotada não deixa de ser tentadora. De fato, não se pode negar o caráter autônomo das opções de compra de ações que, embora derivem da ação, têm o seu valor fixado de forma diferenciada e podem ser negociadas separadamente.

Todavia, as opções concedidas a empregados ou a outra categoria de trabalhadores têm uma particularidade que, a meu ver, altera o tratamento que lhe deve ser dado quanto a sua autonomia frente ao direito corresponde à propriedade da ação.

É que estes bens, por não poderem ser negociados perdem totalmente o seu caráter de autonomia, posto que, se não podem ser alienadas, a única possibilidade que o seu detentor possui é exercer as opções ou abrir mão do direito deixando transcorrer sem manifestação o prazo de exercício previsto no regulamento do plano.

Nesse sentido, o direito de opção passa a estar atrelado ao direito de adquirir a propriedade da ação, posto que não pode ser exercitado de outra forma. Acerca do direito de propriedade, o Código Civil assim dispõe:

Art. 228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.(...)

Ora se o detentor não pode dispor das opções para aliená-las, não se pode dizer que é o seu proprietário, uma vez que não reúne as prerrogativas mencionadas no dispositivo acima.

Nesse sentido, se o bem não se incorporou ao seu patrimônio, o fato gerador não pode ser considerado como ocorrido, revelando-se assim que na situação sob cuidado o fisco equivocou-se ao eleger o momento do fato gerador como o dia posterior ao término da carência.

Esse raciocínio poderia até sugerir que há uma contradição com as conclusões acima obtidas quando se está diante de uma situação em que a outorgante estipula um prazo após o exercício para a venda das ações, dando a entender que nesses casos também não se poderia considerar como ocorrido o fato gerador das contribuições na data do exercício.

Digo que inexistente esta incongruência, na medida em que, no meu entender, somente as ações exercidas e disponíveis para a venda, poderiam ser consideradas na apuração da base de cálculo das contribuições.

Esse mesmo entendimento foi adotado por esta turma de julgamento na reunião realizada em fevereiro último, onde por unanimidade cancelou-se lançamento, por eleição inadequada do momento fato gerador, em situação em que o fisco o adotou como se fora o dia seguinte ao término da carência. Vide Acórdão n.º **2402-005.011**.

Processo nº 11080.732476/2013-18
Acórdão n.º **2402-005.346**

S2-C4T2
Fl. 2.154

A par de todo o exposto, entendo que o lançamento é irrepreensível também nesses aspectos, pelo que encaminho pela negativa integral de provimento ao recurso do contribuinte.

Kleber Ferreira de Araújo.

CÓPIA