



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

Processo n° 11624.720210/2012-49
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-004.480 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2015
Matéria SALÁRIO INDIRETO: STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES
Recorrente GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA (GVT LTDA)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/12/2008

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento, não há que se falar em nulidade oriunda de uma suposta falta de fundamentação dos fatos geradores incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais.

PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS PLAN). NATUREZA SALARIAL. DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL. CARACTERÍSTICAS PLANOS AFASTAM O RISCO.

Na concepção conceitual, a opção para compra de ações (“stock options”) é mera expectativa de direito do trabalhador, consistindo em um regime de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos segurados contribuintes individuais ou empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento - na medida que o sucesso da empresa implica também valorização das ações no mercado -, não tendo inicialmente caráter salarial e possuindo natureza de contrato mercantil, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso do contrato de trabalho.

Ocorrendo o desvirtuamento do “stock options” em sua concepção de mero contrato mercantil, seja pela correlação com o desempenho para manutenção de talentos no quadro funcional, seja pela intenção de afastar (ou minimizar) os riscos atribuídos ao próprio negócio, ficará configurada uma remuneração indireta na forma de salário-utilidade.

Está em conformidade com a legislação tributária e previdenciária o procedimento fiscal que efetivou o lançamento do ganho real, obtido pela diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado no momento da compra das ações.

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

No momento em que houve a outorga da opção de ações aos beneficiários, ocorreu a transferência da titularidade das ações e o fato gerador da contribuição previdenciária, ainda que não tenha havido a efetiva venda a terceiros, pois naquela oportunidade o mesmo integralizou a efetiva opção das ações sobre o preço de exercício com o valor inferior ao preço de mercado, representando um ganho direto para os segurados empregados e contribuintes individuais.

ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. PREVISÃO LEGAL.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Fisco pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

A escrituração contábil da Recorrente não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço.

MULTA DE MORA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR.

O lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP 449/2008, aplica-se a multa de mora nos percentuais da época (redação anterior do artigo 35, inciso II da Lei 8.212/1991), limitando-se ao percentual máximo de 75%.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial para que seja aplicada a multa nos termos da redação anterior do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, limitando-se ao percentual máximo de 75% previsto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, vencida a conselheira Luciana de Souza Espíndola Reis que votou pela manutenção da multa aplicada e os conselheiros Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues que davam provimento parcial também para redução da base de cálculo. O conselheiro Thiago Taborda Simões apresentará declaração de voto.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente

Ronaldo de Lima Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Luciana de Souza Espíndola Reis, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Thiago Taborda Simões.

Relatório

Trata-se de lançamento fiscal decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, concernente à parcela patronal, incluindo as contribuições para o financiamento das prestações concedidas em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/GILRAT). O período de lançamento dos créditos previdenciários é de 08/2007 a 12/2008.

O Relatório Fiscal (fls. 83/106) informa os seguintes fatos acerca do lançamento:

“[...] FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

8. A presente exação refere-se às contribuições sociais decorrentes das remunerações pagas a empregados, conforme fundamentação legal anexa ao auto de infração.

10. O auto de infração foi composto pelo levantamento denominado Stock Options, abreviado como "SO".

STOCK OPTIONS PLAN. NATUREZA JURÍDICA

11. Stock Options Plan (ou Plano de Opções de Ações) é uma expressão que designa o benefício concedido pelas empresas a seus empregados, administradores e colaboradores, pelo qual estes trabalhadores obtêm direito a adquirir certa quantidade de ações da empresa ou do grupo em que trabalham, mediante preço preestabelecido (por vezes muito abaixo de seu valor de mercado), desde que cumpridos certos requisitos ou condições como, por exemplo, ter vencido um determinado período de tempo após a sua concessão (carência ou tempo de maturação das opções). As condições para a concessão (vesting conditions) e o tempo de maturação variam bastante conforme disposto nos contratos de Opções de Ações de cada empresa cedente, podendo também vir atreladas a metas globais, individuais, e até mesmo a desempenho proporcional em relação aos principais concorrentes do segmento em que a empresa atua.

(...)

20. No Brasil as legislações trabalhista e previdenciária não são explícitas a respeito das Stock Options, face à incipiência do assunto. No direito positivo brasileiro, apenas a Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), no art. 168, §3º, trata da autorização para a outorga das opções de ações: (...)

21. Sob o aspecto contábil, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) emitiu recentemente o pronunciamento Técnico "CPC 10 Pagamento Baseado em Ação", visando convergência às Normas Internacionais de Contabilidade IFRS 2 (IASB BV 2010) que estabelecem procedimentos para reconhecimento e divulgação, nas demonstrações contábeis, das transações com pagamentos baseados em ações.

22. Esta regulamentação, aprovada pela Deliberação nº 562/08 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pela Resolução nº 1.149/09 do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), por ter foco nas demonstrações destinadas a acionistas e investidores e refletir normas internacionais de contabilidade, somente tangencia os aspectos legais trabalhistas e tributários.

Contudo, das diretrizes estabelecidas, notadamente nos itens 10 a 15 do referido pronunciamento (cópia no anexo II), é possível inferir o caráter sinalagmático de contraprestação pelos serviços prestados que constitui a essência deste pagamento. (...)

PLANO DE OPÇÕES DE AÇÕES NO GRUPO GVT

33. O “Contrato de Concessão de Opções de Compra de Ações da GVT (Holding) S/A” traz, dentre outras, as seguintes informações relevantes:

33.1. Estabelece condições de preço e formas de pagamento, bem como declara que o Plano é uma forma de investimento oneroso, sujeito aos riscos do mercado de capitais e que as opções somente podem ser exercidas mediante pagamento ou compensação do Preço de Exercício.

33.2. Acrescenta que o Plano é de natureza exclusivamente societária e não cria qualquer obrigação trabalhista ou previdenciária entre a companhia, suas subsidiárias e seus participantes.

33.3. Restringe o público participante aos empregados, administradores e diretores admitidos antes de 31 de dezembro de 2003, bem como aqueles admitidos após esta data, que ocupem posições chave na companhia.

33.4. Determina o período de maturação de 4 anos para que o participante possa exercer as opções, sendo que a cada data de aniversário da concessão, 25% das opções estarão disponíveis, condicionadas também ao anúncio de encerramento de Oferta Pública Inicial na Bovespa ou de um evento extraordinário (havendo Oferta Pública Inicial, o exercício fica suspenso por 180 dias da data do anúncio de seu encerramento).

33.5. A cláusula 6.5 prevê duas formas para o Exercício das Opções. O participante deverá:

“a) autorizar a compensação do Preço de Exercício com o preço de venda da ação; ou b) efetuar o Pagamento do Preço do Exercício.”

33.6. A cláusula 7 versa sobre os efeitos do desligamento do participante, estabelecendo prazos para o exercício das opções disponíveis e tornando extintas as opções ainda indisponíveis. Em caso de licença do participante, a maturação das ações fica suspensa.

36. A GVT HOLDING S/A apresentou à fiscalização, em 24/10/2012, as Notas Explicativas dos anos de 2007 e 2008

(cópias no anexo V). Elas informam, no item 23 de ambas, o número de opções concedidas, os preços de exercício máximo e mínimo das opções e confirmam as demais condições já apresentadas no contrato do Plano de Opções de Ações, além de indicarem o método de aferição utilizado para o reconhecimento contábil das despesas decorrentes da disponibilização das opções.

37. O registro contábil das despesas de 2008 com o plano de opções de ações foi feito na GVT HOLDING S/A mediante lançamento único de R\$ 21.956.658,56, em 31/12/2008, a débito da conta 31310017 Stock Options e a crédito da conta de Patrimônio Líquido, 25210102 Stock Options. Segundo a GVT HOLDING S/A, sua avaliação foi efetuada pelo método de Black & Scholes para as opções concedidas na vigência da norma IFRS 2 e segundo seus valores intrínsecos na data da oferta pública, para aquelas opções concedidas anteriormente à norma contábil internacional. A despesa referente aos exercícios anteriores também foi lançada no dia 31/12/2008, nas mesmas contas, no valor de R\$ 59.245.892,47.

AFERIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

39. Tendo em vista a característica especial da remuneração utilidade ora analisada é necessário que se faça a aferição do valor da base de cálculo do tributo por meio de arbitramento previsto no art. 148 do CTN e §6º do art. 33 da Lei 8.212/91 (a fundamentação legal da aferição indireta encontra-se discriminada no anexo FLD Fundamentos Legais do Débito). A base de cálculo do tributo deve corresponder ao valor real da utilidade fornecida ao trabalhador.

40. O Relatório dos Peritos da Comissão Européia (anexo I) constatou que "(...) na maioria dos países, os planos de opções de ações para empregados são tributados quando a opção é exercida, ou seja, quando o preço de exercício é pago e se obtêm as ações. Habitualmente, não há qualquer problema de avaliação, pelo menos para as ações cotadas. O montante tributado é igual à diferença entre o valor de mercado, mais alto, das ações obtidas e o custo da sua obtenção (...)" (grifou-se)

41. Nesta ação fiscal foi utilizado um critério de aferição semelhante, contudo mais benéfico ao contribuinte, ou seja, considerou-se a remuneração como a diferença entre o valor médio de mercado no dia do exercício da opção pelo trabalhador e o valor pago pela opção.

42. A GVT HOLDING S/A apresentou à fiscalização, em 09/04/2012, planilha demonstrativa (anexo VI) das opções disponibilizadas e também exercidas pelos funcionários do GRUPO GVT no período fiscalizado, identificando os vínculos destes trabalhadores com a holding, suas controladas, preço de exercício da opção, tendo informado, ainda, o preço médio de mercado no respectivo dia do exercício. De acordo com a planilha fornecida, na GVT LTDA cerca de 600 trabalhadores exerceram suas opções. Efetuou-se a tabela do anexo X, que

exercício, quantidades de opções exercidas, valores de mercado e de exercício das opções, bem como o cálculo da remuneração individual de cada trabalhador. Conforme demonstrado na referida tabela, o valor da remuneração aferido (D) correspondeu à quantidade de opções exercidas (A), multiplicada pela diferença entre o valor médio de mercado no dia do exercício e o valor de exercício da opção (BC).

43. *As somas mensais das remunerações obtidas estão discriminadas no Relatório de Lançamentos (RL), parte integrante deste Processo.*

MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

45. *Alinha-se o presente lançamento a esta última corrente, sendo considerado o momento da ocorrência do fato gerador aquele em que a propriedade do bem (ação) passa à esfera patrimonial do trabalhador, ou seja, as competências em que foram efetivamente exercidas as opções. Esta forma de aferição é mais benéfica ao contribuinte, na medida em que considera o fato gerador ocorrido apenas no momento do pagamento e não na concessão do plano ou no implemento gradual da condição de serviço, resultando em menores acréscimos moratórios ao valor original do crédito.*

DOCUMENTO DE DECLARAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

46 *A Guia de recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) é o documento de declaração ao Fisco Federal das contribuições previdenciárias devidas pela empresa em cada competência (mês). Nas competências lançadas, a GVT LTDA entregou as seguintes GFIP que se encontravam válidas ao tempo do início desta ação fiscal:*

47. *Estas GFIP não incluem as remunerações concedidas aos funcionários por meio do benefício do Plano de Opções de Ações, motivo pelo qual é efetuado o presente lançamento fiscal.*

SOLIDARIEDADE PASSIVA

49.1. *A GVT HOLDING S/A e a GVT LTDA possuem interesse comum na situação que constitui os fatos geradores de contribuições previdenciárias lançadas no presente auto de infração, pois há prestação de serviços dos trabalhadores à GVT LTDA e sua contraprestação custeada pela controladora do grupo. São assim, solidariamente obrigadas à satisfação do presente crédito tributário.*

49.2. *A Lei nº 8.212, de 24/07/1991, no inciso IX do art. 30, dispõe: "as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei". Sendo assim, também pelo fato de a GVT LTDA ser empresa controlada da GVT HOLDING S/A e pertencerem a um grupo econômico, situação prevista na*

Lei 8.212/91, tornam-se solidariamente responsáveis pela satisfação de seus créditos tributários.

50. Por este motivo, é enviada cópia deste Processo Administrativo Fiscal (PAF) à solidária GVT HOLDING S/A, acompanhada do Termo de Sujeição Passiva Solidária (TSPS). Não há solidariedade em relação às contribuições parafiscais destinadas às outras entidades e fundos, denominados "terceiros", sendo portanto lançadas apartadas, por meio do PAF nº 11624.720.211/201293. [...]"

02 e 421) A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 26/11/2012 (fls.

síntese, que:

1. **Preliminarmente**, seja declarada a nulidade do Auto de Infração epigrafado, ante: (i) a inexistência de legislação brasileira que autorize a tributação dos valores referentes ao plano de "Stock Options"; (ii) a ilegalidade do método de apuração da base de cálculo pela fiscalização, sem fundamentação legal, redundando na impossibilidade de arbitramento, haja vista a inexistência de omissões ou de recusa de atendimento à fiscalização ou de apresentação de informações que não mereçam fé; (iii) a carência de fundamentação legal para a determinação do aspecto temporal do fato gerador criado pela fiscalização; (iv) o descabimento de representação para fins penais, a demandar a existência de omissão de informação e declaração falsa pelo contribuinte, o que não houve no caso;
2. **No mérito**, seja julgada improcedente a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração epigrafado, com a extinção do crédito tributário lançado e o arquivamento do processo fiscal instaurado, pois: (i) o conceito e o objeto da opção de ações ("Stock Options") não se confunde com salário de contribuição, amoldando-se ao disposto no artigo 28, §9º, item 7 da Lei nº 8.212/91 (ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário); (ii) o TST, os TRTs, bem como a doutrina já se posicionaram no sentido de que os valores referentes às "Stock Options" não configuram salário; (iii) o plano de "Stock Plans" não é contraprestação por serviços prestados ou pagamento pelo trabalho, pois não há relação de causalidade ou sinalgmacidade com o trabalho; (iv) o "Stock Options Plans" tem como característica inequívoca a álea/risco; (v) os ganhos decorrentes do plano de "Stock Options" são inequivocamente eventuais e não habituais; (vi) o Plano de "Stock Options" é concedido por mera liberalidade da empresa;
3. Sucessivamente, ainda que se entenda devido algum valor pelas Impugnantes, a multa aplicada pela RFB deve ser afastada, em observância ao artigo 100 do CTN.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Campo Grande/MS – por meio do Acórdão nº 04-33.784 da 3ª Turma da DRJ/CGE (fls. 551/578) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que ele encontra-se revestido

das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

A Notificada apresentou recurso voluntário, manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados e no mais efetua repetição das alegações da peça de impugnação, registrando os seguintes termos:

1. **Preliminarmente**, seja declarada a nulidade do Auto de Infração que deu origem ao presente processo, ante (1) a inexistência de legislação brasileira que autorize a tributação dos valores referentes ao plano de "Stock Options"; (2) a ilegalidade do método de apuração da base de cálculo pela fiscalização, sem fundamentação legal, redundando na impossibilidade de arbitramento, haja vista a inexistência de omissões ou de recusa de atendimento à fiscalização ou de apresentação de informações que não mereçam fé; (3) a carência de fundamentação legal para a determinação do aspecto temporal do fato gerador criado pela fiscalização;
2. **No mérito**, seja julgada improcedente a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração, com a extinção do crédito tributário lançado e o arquivamento do processo fiscal instaurado, pois (1) o conceito e o objeto da opção de ações ("Stock Options") não se confunde com salário de contribuição, amoldando-se ao disposto no artigo 28, §9º, item 7 da Lei nº 8.212/91 (ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário); (2) o TST, os TRTs, bem como a doutrina já se posicionaram no sentido de que os valores referentes às "Stock Options" não configuram salário; (3) o plano de "Stock Options" não é contraprestação por serviços prestados ou pagamento pelo trabalho, pois não há relação de causalidade ou sinalagmacidade com o trabalho; (4) o "Stock Options Plan" tem como característica inequívoca a álea/risco; (5) os ganhos decorrentes do plano de "Stock Options" são inequivocamente eventuais e não habituais; (6) o Plano de "Stock Options" é concedido por mera liberalidade da empresa;
3. **Sucessivamente**, ainda que se entenda devido algum valor pelas Recorrentes *in casu*, *ad argumentandum tantum*, a multa aplicada pela RFB deve ser afastada, em observância ao artigo 100 do CTN.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Maringá/PR informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao CARF para processamento e julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Recurso tempestivo. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO:

A Recorrente alega nulidade do lançamento fiscal em decorrência da ausência de previsão legal do fato gerador e da carência de fundamentação legal para a determinação do aspecto temporal do fato gerador, essa alegação não será catada pelas razões a seguir delineadas.

O lançamento fiscal considerou como base de cálculo as remunerações concedidas aos funcionários por meio do benefício do Plano de Opções de Ações (“stock options Plan”), plano de compra de ações, caracterizando-o como um ganho habitual em forma de utilidades (salário-utilidade).

De acordo com o art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991, em conformidade com os dispositivos constitucionais (artigo 201, §11), o salário de contribuição deverá incluir no ganho do trabalhador, para efeito de incidência da contribuição previdenciária, não só a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título durante o mês, mas também os ganhos habituais em forma de utilidades.

Assim, a remuneração do trabalhador também abarca a concessão de benefícios ou ganhos habituais em forma de utilidades, ganhos indiretos, que suportaram a incidência da contribuição previdenciária, desde que tenham natureza de rendimento do trabalho. Impende destacar que não é o *nomen iuris* conferido a uma parcela que irá definir a sua natureza, mas é relevante aferir se o pagamento segue as regras previstas em lei para neutralizar o efeito remuneratório.

Na espécie, ao analisar o Relatório Fiscal, observa-se que este descreve não apenas o que entendeu ser o “ganho” ou “pagamento” feito pela Recorrente aos segurados empregados, diretores e administradores admitidos antes de 31/12/2003, bem como àqueles admitidos após esta data que ocupavam posições-chave na Companhia e nas subsidiárias, como detalha a constituição do plano de opção por ações, e, em que momento, passou a constituir salário de contribuição (base de cálculo da contribuição social previdenciária).

Nesse caminho, cumpre esclarecer que a controvérsia da Recorrente, quanto ao mérito da incidência de contribuições sobre o “stock options”, não implica, de forma automática, considerar a nulidade do lançamento pela ausência de configuração do fato gerador ou do salário de contribuição. Em outras palavras, neste momento, não vislumbramos qualquer nulidade do lançamento fiscal, capitaneada pela Recorrente, em decorrência de uma suposta ausência de previsão legal do fato gerador ou de uma suposta carência de fundamentação legal para a determinação do aspecto temporal do fato gerador.

O Relatório Fiscal delineou o fato gerador das contribuições sociais lançadas, registrou a legislação aplicada, estabeleceu tanto a regra matriz do plano de opções de ações no grupo GVT (Global Village Telecom) como o momento da ocorrência do fato gerador. Além disso, foram delineados os seguintes fatos:

1. o que entendeu ser o “pagamento” ou benefício concedido aos segurados, sendo que o mesmo configuraria um salário utilidade e não se encontraria no rol de exclusão do salário de contribuição;
2. quando o pagamento ocorreu por meio dos ganhos habituais, descrevendo as competências e os beneficiários (Anexos VI e X);
3. qual o dispositivo legal que fundamenta o lançamento fiscal, bem como os motivos que o levaram a inclusão do “stock options” no conceito de salário de contribuição.

Destaca-se que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa, ausência de fundamentação, nem tampouco existe qualquer nulidade na decisão de primeira instância. A Recorrente foi devidamente intimada a apresentar os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária, tendo o débito sido lavrado, com base nesses próprios documentos, por entender o Fisco possuir caráter remuneratório a opção pela compra de ações quando verificada a intenção de remunerar indiretamente o trabalhador, cognominada de salário utilidade.

Com outras palavras, verifica-se que o lançamento fiscal ora analisado atende aos pressupostos essenciais para sua lavratura, contendo de forma clara os elementos necessários para a sua configuração e caracterização. Com isso, não há que se falar em vícios no lançamento fiscal, eis que estão estabelecidos de forma transparente nos autos (fls. 01/457) todos os seus requisitos legais, conforme preconizam o art. 142 do CTN e o art. 10 do Decreto 70.235/1972, tais como: local e data da lavratura; caracterização da ocorrência da situação fática da obrigação tributária (fato gerador); determinação da matéria tributável; montante da contribuição previdenciária devida; identificação do sujeito passivo; determinação da exigência tributária e intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 dias; disposição legal infringida e aplicação das penalidades cabíveis; dentre outros.

Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Decreto 70.235/1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Logo, essas alegações da Recorrente de nulidade do lançamento fiscal são genéricas, ineficientes e inócuas, não se permitindo configurar qualquer nulidade e não serão acatadas.

DO MÉRITO:

Da definição do stock options e sua natureza de contrato mercantil ou de remuneração (salário-utilidade)

O Plano de Opção de Compra de Ações (Stock Option Plan) é definido como um programa de longo prazo que faculta aos trabalhadores adquirirem ações da empresa, tornando-se, assim, acionistas da própria empresa na qual eles exercem suas atividades laborais. Essa opção por ações irá proporcionar ao beneficiário o direito de compra de ações por um valor pré-determinado, após um período de carência previamente determinado (permanência na empresa), e a possibilidade de vendê-las no mercado de capitais auferindo lucro, assim como, se a empresa efetivamente obtiver resultados financeiros positivos, poderão ser atribuídos os dividendos (lucros) ao beneficiário.

No ordenamento jurídico brasileiro, a opção de compra de ações esta prevista no § 3º do artigo 168 da Lei 6.404/1976, *in verbis*:

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

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

Na toada da controvérsia instaurada, o ponto principal a ser definido cinge-se a natureza jurídica do plano de opções de compra de ações e seus reflexos na remuneração dos trabalhadores beneficiados pela sua concessão. E, para elucidar a definição do plano de opção de compra de ações, citaremos o texto da lavra de CALVO, Adriana Carrera¹, que assim aborda a matéria:

[...] 1. Introdução

Nas últimas décadas, o sistema de remuneração adotado pelas empresas brasileiras modificou-se drasticamente, devido à transferência de investimentos de empresas estrangeiras para o

¹ A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho – “employee stock option plans”. Clubjus, Brasília-DF, 25 ago. 2007. DO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 11/02/2015 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 16/03/2015 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Assinado digitalmente em 23/02/2015 por THIAGO TABORDA SIMOES
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Brasil, principalmente da área de tecnologia. Tal fato alterou o nosso cenário empresarial e influenciou diretamente a nossa política de recursos humanos.

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

No início, estes programas foram implementados no Brasil com o intuito de manter os benefícios que os expatriados possuíam quando eram empregados da matriz da empresa no exterior. Posteriormente, passou a ser comum a oferta destes benefícios não somente aos empregados estrangeiros, como também aos novos gerentes contratados no Brasil. Mais tarde, passou a ser estendido também aos demais empregados brasileiros da empresa.

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

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

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

2. O plano de opção de compra de ações

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

Em geral, o plano de “stock options” contém os seguintes elementos: (1) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção (“exercise price”); (2) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções (“vesting”) e; (3) termo de opção – prazo máximo para o

exercício da opção de compra da ação (“expiration date”). O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado. (g.n.)

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

Quanto ao prazo de carência é definido como um número mínimo de tempo de serviço na empresa, que costuma variar de 3 (três) a 5 (cinco) anos. A prática de mercado é de um prazo máximo de termo de opção que varia de 5 (cinco) a 10 (dez) anos da data da concessão da opção de compra. [...] (este texto foi extraído e capitaneado no voto proferido pela Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira; Acórdão 2401-003.044 da 4ª Câmara da 1ª Turma da 2ª Seção deste Conselho; julgado em 2013; processo 10980.724030/2011-33)

Diante desse texto de ADRIANA CARREIRA CALVO e baseado exclusivamente no aspecto doutrinário do termo “stock options” (análise conceitual do termo), percebe-se que a mera opção de subscrição de ações da empresa (“stock options”) para o qual o titular trabalha, no meu entender, configuraria uma venda de ações, guardando características de um contrato mercantil (natureza mercantil) e não tendo caráter salarial, desde que a compra de ações seja acompanhada tanto do seu efetivo custo como da assunção dos seus riscos operacionais, estes evidenciados pelo risco de mercado², pelo risco de liquidez³.

Além desses riscos tipicamente operacionais, a compra de ações nos moldes de um contrato mercantil também deverá suportar o risco envolvendo operações em derivativos dos contratos futuros⁴, este risco é constatado com frequência nos planos de opções de compra de ações, e o risco envolvendo operações a termo⁵.

² Risco de Mercado é associado à flutuação dos preços de um ativo (título público ou ação, por exemplo), devido às alterações políticas, econômicas, internacionais, entre outras. É a possibilidade de ocorrerem mudanças no valor do seu investimento associadas à notícia ou acontecimento que diz respeito direta ou indiretamente à aplicação que você escolheu.

O risco de mercado é associado às oscilações dos preços dos ativos e esta oscilação é conhecida no mercado financeiro como volatilidade, ou seja, a oscilação de preço de um ativo em relação à sua média.

³ O risco de liquidez surge da dificuldade em se conseguir encontrar compradores potenciais de um determinado ativo no momento e no preço desejado. Ocorre quando um ativo está com baixo volume de negócios e apresenta grandes diferenças entre o preço que o comprador está disposto a pagar (oferta de compra) e aquele pelo qual o vendedor gostaria de vender (oferta de venda).

Quando é necessário vender algum ativo num mercado ilíquido, tende a ser difícil conseguir realizar a venda sem sacrificar o preço do ativo transacionado.

⁴ Para os contratos futuros, de opções sobre disponível e de opções sobre futuro, destacam-se os seguintes riscos atrelados aos respectivos negócios: (i) valor das posições em aberto é atualizado diariamente, de acordo com os preços de ajuste do dia estabelecidos conforme as regras da BM&F e atuando como comprador no mercado futuro, o cliente corre o risco de, se houver uma queda de preços, ter alterado negativamente o valor atualizado da sua posição; (ii) a manutenção de posições travadas ou opostas numa mesma corretora, tanto no mercado de opções como no mercado futuro, sob certas circunstâncias, não elimina os riscos de mercado de seu carregamento e atuando como titular no mercado de opções, o cliente corre de riscos de como titular de uma opção de compra: perder o valor do prêmio pago ou parte dele, caso o preço de mercado do ativo objeto da opção não supere seu preço de exercício durante a vigência do contrato, em como titular de uma opção de venda: perder o valor do prêmio pago, ou parte dele, caso o preço de mercado do ativo objeto da opção supere seu preço de exercício durante a vigência do contrato.

⁵ Por se tratar de uma operação financeira de alavancagem, os clientes que efetuam operações a termo estão sujeitos a perdas superiores às garantias depositadas para a operação, ficando o cliente responsável por novos aportes de capital para o cumprimento das obrigações.

Esse entendimento também foi capitaneado no voto proferido pela Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (Acórdão 2401-003.044 da 4ª Câmara da 1ª Turma da 2ª Seção deste Conselho; julgado em 2013; processo 10980.724030/2011-33), nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

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

*“Alguns empregadores oferecem aos seus empregados o direito de adquirir ações da companhia por um custo abaixo do mercado (stock option). Uma vez adquiridas voluntariamente pelo trabalhador, será possível a venda quando da valorização de seu valor econômico. **Esse exercício de opção de compra de ações da empresa empregadora envolve riscos, pois o empregado poderá ganhar ou perder com a operação.** Por isso entendemos que “ganho” eventualmente obtido pelo trabalhador **com a venda das ações de sua empregadora não tem natureza***

salarial, pois é espécie de operação financeira no mercado de ações. Ademais, pago em razão do negócio, e não da prestação de serviços.” [...]”

Ocorre que, na espécie constante dos autos, a forma de concessão de opção de subscrição de ações da Recorrente, cognominada de “stock options”, não se encontra em perfeita consonância com a concepção conceitual ou doutrinária descrita acima, pelas seguintes razões fáticas:

1. na busca de manter os “ditos empregados talentosos” em seu quadro funcional, a opção de compra somente era concedida para os segurados que prestavam serviços à Recorrente, sendo que tal opção impossibilitava a sua transferência a terceiros (cláusula 8 do contrato de concessão de opções de compra de ações da GVT – HOLDING - S/A). Assim, essa opção de compra de ações somente era concedida aos segurados empregados, diretores e administradores admitidos **antes de 31/12/2003**, bem como àqueles admitidos após esta data que **ocupavam posições-chave na Companhia e nas subsidiárias** (alínea “E” do contrato). Isso permitiu que a empresa somente ofertasse o plano aos que entende ter interesse em manter no seu quadro funcional, bem como isso viabilizou a contraprestação por serviços prestados à Recorrente no momento que se estabeleceu uma relação de causalidade entre a concessão de opções de compra de ações e a permanência do trabalhador no seu corpo funcional;
2. no plano ofertado pela Recorrente havia elementos de fidelização do prestador do serviços com as suas atividades desenvolvidas, já que fora estabelecido a indicação de prazo para o exercício do direito à compra, ou seja, era necessário estar com um vínculo em determinada data, para poder exercer o direito de compra, relacionando diretamente a opção como contrapartida pela prestação de serviços. Isso também configura a relação de causalidade (sinalgmaticidade) com o trabalho;
3. no plano de opção de compra da ações, havia condições e limitações estabelecidas de forma unilateral pela Recorrente, sem a participação dos segurados, nos seguintes termos: “3.1. *Sujeitos aos termos e às limitações do Plano, e ao exclusivo critério de Companhia, novas Opções poderão ser outorgadas mediante a emissão de um termo de Oferta de Opções ao Participante, no qual constará o número de Opções, Período de Maturação e Preço de Exercício das Opções*”; “4.2. *Ao aderir ao Plano e ao assinar este Contrato os Participante declara estar ciente e concordar com todas as condições de preço e as formas de pagamento disponíveis para exercício das Opções (...)*”; “8.1. *As Opções concedidas ao PARTICIPANTE, não poderão ser vendidas, trocadas, transferidas ou cedidas ou de qualquer outra maneira alienadas a qualquer tempo pelo PARTICIPANTE, que não nas hipóteses específicas previstas no Plano por força de sucessão hereditária. 8.2. Da mesma forma, fica vedada a constituição de quaisquer gravames sobre as Opções Concedidas ao PARTICIPANTE, não podendo ser penhoradas, empenhadas, hipotecadas ou oneradas de qualquer forma*”. Essas cláusulas

descharacterizam a suposta liberalidade, alegada na peça recursal, da compra e venda das ações concedidas pela Recorrente;

4. a ausência de risco para o trabalhador, o que afasta a concepção conceitual de contrato mercantil, eis que a Recorrente (empresa) estabeleceu a opção de compra das ações por valores abaixo do valor de mercado. Isso permitiu a compra de quase a totalidade das ações por R\$6,15 e o restante por R\$18,00 tendo o valor de mercado na data da compra oscilado entre R\$23,51 a R\$40,50; conforme tabela abaixo.

Competência	Valor mercado na data compra (R\$)	Valor de compra (R\$)
08/2007	32,85	6,15
09/2007	39,00	6,15
10/2007	37,60	6,15
11/2007	37,70	6,15
12/2007	35,75	6,15
01/2008	36,80	6,15
02/2008	36,99	6,15
03/2008	33,10	6,15
04/2008	40,50	6,15
05/2008	38,83	6,15
06/2008	39,00	6,15
07/2008	39,50	6,15
08/2008	37,30	6,15
09/2008	28,79	6,15 e 18,00
10/2008	23,51	6,15 e 18,00 (3 segurados)
11/2008	26,63	6,15 e 18,00 (1 segurado)
12/2008	25,37	6,15 e 18,00 (1 segurado)
Informações extraídas do Anexo X - GVT Ltda - Planilha Remuneração		

Esse quadro fático, delineado nos itens 1 a 4 acima, acompanhado da sua tabela, permite identificar a ausência de riscos inerentes ao negócio mobiliário na compra de ações – consubstanciado pelo risco de mercado, pelo risco de liquidez e pelo risco envolvendo operações em derivativos dos contratos futuros –, já que a opção pela compra sempre beneficiará o trabalhador pelo exercício de suas atividades laborais na empresa, e, por

consectário lógico, isso irá constituir uma simples forma de remunerar indiretamente os empregados na forma de salário-utilidade.

De mais a mais, entende-se que a definição do termo “stock options” (opção de compra de ações), configurado pelo contrato de concessão de opções de compra de ações da GVT – HOLDING - S/A, não pode ser confundida com os seus efeitos ocorridos na relação laboral estabelecida entre a Recorrente e os seus trabalhadores, até porque o conceito é o que está dentro e efeito é aquilo que se projeta para fora desse contrato, de maneira que é impossível confundir um com o outro. Sendo o salário de contribuição, na espécie, uma questão de fato gerada pelos ganhos habituais destinados a retribuir o trabalho – ganhos estes ocorridos no momento da subscrição das ações –, não guarda maior interesse, na configuração do fato gerador da contribuição social previdenciária, apenas o conceito doutrinário de “stock options”, sendo muito mais relevante o estudo de seus efeitos na concessão de opção de compra de ações pela Recorrente para os trabalhadores.

Como já afirmado, é plenamente possível a existência de um plano de opção de compra de ações (“stock option plan”) que não gere nenhum efeito direto dentro da relação laboral, mas isso irá acontecer quando a subscrição e a transferência de titularidade das ações possuem natureza exclusivamente de contrato mercantil nos moldes do § 3º do artigo 168 da Lei 6.404/1976, fato este não evidenciado nos autos. Esse entendimento ganha relevo no fato de que as relações estabelecidas pela Companhia (Recorrente) na alienação de suas ações, sobretudo em sociedade aberta, deverão possuir natureza de sociedade de capital, em que o importante é tão somente o capital investido pelos sócios na empresa.

No caso dos autos, não se está presumindo o ganho habitual concedido pela Recorrente aos seus trabalhadores, haja vista que somente ocorreu o lançamento no momento da efetiva subscrição e transferência de titularidade das ações da empresa para os seus trabalhadores, sendo que isso ocasionou um ganho oriundo da aquisição de um bem por valor simbólico, este determinado exclusivamente pela Recorrente e não pelo valor de mercado mobiliário nem pelo valor de custo.

A Recorrente tenta descaracterizar a natureza salarial dos benefícios concedidos por meio da opção de compra de ações (“stock options”) alegando que são pagos por mera liberalidade da empresa e sem habitualidade (ganhos eventuais), uma vez que a concessão à compra de ações era desvinculada da prestação de serviço e da remuneração dos segurados. Ocorre que tal entendimento não pode prevalecer.

A meu ver, a habitualidade (não eventualidade) não fica caracterizada apenas pelo pagamento em tempo certo, de forma mensal, bimestral, semestral, ou anual, mas pela garantia do recebimento a cada implemento de condição por parte do trabalhador. Tanto ficou configurada a habitualidade que a Recorrente disponibilizou a opção de compra das ações com um período completo de maturação de 4 (quatro) anos, sendo que 25% das opções estarão disponíveis a cada aniversário da data de concessão (cláusula 5.2 do Contrato de Concessão de Opções de Compra de Ações). E, após o término do respectivo período de maturação indicado na oferta de opções, essas opções de compra de ações (“stock options”) estariam disponíveis e poderiam ser exercidas, total ou parcialmente, pelos segurados empregados, diretores e administradores admitidos antes de 31/12/2003, bem como àqueles admitidos após esta data que ocupem posições-chave na Companhia e nas subsidiárias, e a outras pessoas físicas ou jurídicas expressamente indicadas pelo Conselho de Administração (cláusula 5.3). Portanto, a habitualidade, no presente caso, resta caracterizada em decorrência da própria política de concessão e do período de maturação engendrado pela Recorrente, materializando-se na disponibilidade da compra de ações pelos segurados por valor inferior ao valor de mercado, e,

por consectário lógico, gerando um ganho no momento do exercício da opção de compra, viabilizado pelo ato de subscrição e integralização das ações.

Dessa forma, a opção de compra de ações (“stock options”), da forma como foi concedida pela Recorrente, é instrumento de incentivo para a permanência dos segurados nos quadros funcionais da Recorrente, bem como afastou (ou minimizou) os riscos atribuídos ao próprio negócio mobiliário, e, por consectário lógico, isso gerou um ganho habitual sob a forma de utilidade, o que flagrantemente constitui uma remuneração vinculada ao salário, nos termos do art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991.

Lei 8.212/1991:

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

*I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, **os ganhos habituais sob a forma de utilidades** e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

(...)

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

A remuneração paga ou creditada por meio de folha de pagamento, ou qualquer outro documento contábil, é apenas uma das formas de salário de contribuição (base de cálculo) para incidência da contribuição social previdenciária, mas não é única maneira de se constatar a totalidade dos rendimentos auferidos pelos segurados empregados e contribuintes individuais. Conforme se infere da redação do art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991, o salário de contribuição estabelecido no bojo desse artigo prevê outras formas de configurar os rendimentos destinados a retribuir o trabalho, abarcando inclusive **os ganhos habituais sob a forma de utilidades** (salário-utilidade). Esse raciocínio tem aplicação à hipótese em que se apura os ganhos habituais destinados a retribuir os trabalhadores, oriundos do desvirtuamento da mera opção de compra de ações, pois onde houver o mesmo fundamento fático haverá a incidência da mesma regra jurídica, conforme a máxima: onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi idem jus*).

O entendimento delineado acima está em conformidade ao art. 201, § 11, da CF/1988, já que os ganhos habituais dos empregados, **a qualquer título**, serão incorporados ao salário para efeito de incidência da contribuição social previdenciária.

Com isso – no que diz respeito ao argumento de que a subscrição das ações concedidas aos trabalhadores não seria salário de contribuição e deveria enquadrar-se como ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário –, essa alegação da

Recorrente não será acatada, eis que o Fisco configurou o fato gerador da contribuição previdenciária, a teor do art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991 c/c o art. 201, §11⁶, da Constituição Federal de 1988.

É importante esclarecer que as cláusulas firmadas no contrato de concessão de opções de compra de ações da GVT – HOLDING - S/A não têm o condão de afastar a incidência da lei, pois pouco importa que neste contrato esteja previsto expressamente que o plano é de natureza exclusivamente societária e não cria qualquer obrigação trabalhista ou previdenciária entre a Companhia, suas subsidiárias e os Participantes, se o contrário resulta da legislação previdenciária (Lei 8.212/1991). Isso está em consonância com o art. 126 do Código Tributário Nacional (CTN) – Lei 5.172/1966 –, *in verbis*:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas a responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Do momento da ocorrência do Fato Gerador

A Recorrente argumenta que não houve pagamento ou mesmo ganho, e, portanto, a opção de compra de ações (“stock options”) não poderia constituir salário de contribuição, sendo indevido o lançamento fiscal.

Tal alegação não será acatada, eis que o tipo tributário delineado pelo legislador para a configuração do salário de contribuição, base de cálculo da incidência da contribuição previdenciária, comporta uma remuneração com tipo misto cumulativo⁷ – bastando a presença de uma forma de rendimentos para que se legitime a incidência da contribuição previdenciária –, incluindo os **ganhos habituais sob a forma de utilidades** (salário-utilidade) destinados a retribuir o trabalho, a teor do art. 28, inciso I, da Lei 8.212/1991 c/c o art. 201, §11, da Constituição Federal de 1988.

Nesse caminhar, no momento em que houve o direito de opção (com a efetiva outorga) pela ações, materializando-se pelo ato de subscrição e de integralização das ações, ocorreu, sim, o fato gerador – ainda que não tenha havido a efetiva venda a terceiros –, pois, naquela oportunidade, os segurados empregados e contribuintes individuais integralizaram a efetiva compra das ações sobre o preço de exercício – com o valor inferior ao preço de mercado da compra das ações –, e, por consequência, isso representou um ganho direto ao trabalhador na forma de salário-utilidade. Esse ato de subscrição e de integralização das ações delineia uma situação jurídica nos moldes do art. 116, inciso II, combinado com o art. 117, ambos do Código Tributário Nacional (CTN).

Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

*Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, **considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:***

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

⁶ Artigo 201, §11, CF/1988: 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.

⁷ Tipo misto cumulativo: o legislador descreve mais de uma forma de se averiguar a base de cálculo do tributo, no caso em tela o salário de contribuição. Se o sujeito passivo incorrer em mais de uma forma de rendimentos, dentro do mesmo contexto fático, irá incidir a tributação para cada fato ou núcleo praticado.

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

Conforme demonstrado no item anterior – consubstanciado pela diferença entre o contrato mercantil e a remuneração –, houve o desvirtuamento do “stock options” em sua natureza inicial (conceitual), qual seja, mera operação mercantil, razão pela qual o Fisco procedeu ao lançamento do rendimento real dos trabalhadores (diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado no momento da opção pela compra das ações). Se não tivesse ocorrido o desvirtuamento da concepção conceitual da “stock options”, não se poderia materializar a ocorrência do fato gerador em todos os seus aspectos (material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo), posto que não restaria configurada a remuneração indireta (salário-utilidade).

Cumpra esclarecer, novamente, que o simples ganho conceitual pela outorga de ações não constitui salário de contribuição, vez tratar-se de operação mercantil. Contudo, na forma como foi materializada pela Recorrente, afastando os riscos inerentes ao negócio jurídico, comuns nas compras de ações, isso representou, na realidade, um ganho na forma de salário-utilidade (remuneração indireta).

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

A Recorrente alega revisão ou cancelamento do lançamento fiscal, pois apresentou todas informações possíveis, não incorrendo em negativa de cumprir qualquer determinação feita pelo Fisco, não sendo cabível o arbitramento efetuado.

Tal alegação é infundada, eis que o Fisco cumpriu a legislação de regência, ensejando o lançamento de ofício, com a utilização da base de cálculo decorrente de aferição indireta. Esta decorre de um ato necessário e devidamente motivado, conforme registro no Relatório Fiscal – itens “33, 34, 37 e 39 a 43” (fls. 83/106) –, visto que a auditoria fiscal demonstrou que a escrituração contábil da Recorrente não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, ou seja ela deixou de realizar a escrituração contábil de uma parte da remuneração dos segurados, esta concedida por meio de benefícios oriundos do Plano de Opções de Ações (“stock options plan”) que ocasionou uma diferença entre o valor pago pelos segurados e o valor do bem concedido pela Recorrente.

Essa demonstração de que não houve o registro contábil do movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço ficou assentada no Relatório Fiscal nos seguintes termos (fls. 83/106):

“[...] 34. Passa-se à análise do Contrato:

34.1. Conforme alínea “a” da cláusula 6.5, o participante autorizaria a venda da ação e receberia diretamente a diferença entre o preço de venda e o preço de exercício da ação. Segundo a CVT, somente a forma de exercício prevista em “b” foi utilizada, tendo em vista a não-onerosidade da forma prevista na alínea “a” (o trabalhador não precisaria dispendar numerário para a compra da ação), o que caracterizaria a remuneração.

34.2. É necessário fazer considerações sobre esta interpretação incorreta. Como já analisado no item 29.2.3 deste relatório, a onerosidade por si não é fator impeditivo para a configuração salarial. Trata-se de onerosidade parcial, pois não é pago pelo trabalhador o valor integral do bem, mas apenas parte dele. **A outra parte, que se configura salário, é subsidiada pela empresa. No exemplo citado anteriormente, uma ação vale R\$ 36 e o trabalhador paga apenas R\$ 6. Onde está a onerosidade? Apenas nos R\$ 6. Os restantes R\$ 30 são arcados pela empresa, pelo seu custo de oportunidade.** Consequentemente, não há diferença ontológica entre as duas formas de exercício, apenas procedimental. Tanto o Exercício da Opção procedido na forma da alínea “a” como da “b” configuram-se remuneração, pela diferença entre o valor pago e o valor do bem. (g.n.)

(...)

AFERIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

39. **Tendo em vista a característica especial da remuneração-utilidade ora analisada é necessário que se faça a aferição do valor da base de cálculo do tributo por meio de arbitramento previsto no art. 148 do CTN e §6º, art. 33, da Lei 8.212/91 (a fundamentação legal da aferição indireta encontra-se discriminada no anexo FLD - Fundamentos Legais do Débito). A base de cálculo do tributo deve corresponder ao valor real da utilidade fornecida ao trabalhador. (g.n.)**

(...)

40. O Relatório dos Peritos da Comissão Europeia 8 (anexo I) constatou que “(...) na maioria dos países, os planos de opções de ações para empregados são tributados quando a opção é exercida, ou seja, quando o preço de exercício é pago e se obtêm as ações. Habitualmente, não há qualquer problema de avaliação, pelo menos para as ações cotadas. **O montante tributado é igual à diferença entre o valor de mercado, mais alto, das ações obtidas e o custo da sua obtenção (...)**” (grifou-se)

41. Nesta ação fiscal foi utilizado um critério de aferição semelhante, contudo mais benéfico ao contribuinte, ou seja, **considerou-se a remuneração como a diferença entre o valor médio de mercado no dia do exercício da opção pelo trabalhador e o valor pago pela opção.** (g.n.)

42. A GVT HOLDING S/A apresentou à fiscalização, em 09/04/2012, planilha demonstrativa (anexo VI) das opções disponibilizadas e também exercidas pelos funcionários do GRUPO GVT no período fiscalizado, identificando os vínculos destes trabalhadores com a holding, suas controladas, preço de exercício da opção, tendo informado, ainda, o preço médio de mercado no respectivo dia do exercício. De acordo com a planilha fornecida, na GVT LTDA cerca de 600 trabalhadores exerceram suas opções. Efetuou-se a tabela do anexo X, que indica os nomes, CPF, PIS/NIT dos trabalhadores, datas de exercício, quantidades de opções exercidas, valores de mercado e de exercício das opções, bem como o cálculo da remuneração individual de cada trabalhador. Conforme demonstrado na referida tabela, o valor da remuneração aferido (D) correspondeu à quantidade de opções exercidas (A), multiplicada pela diferença entre o valor médio de mercado no dia do exercício e o valor de exercício da opção (B-C).

43. As somas mensais das remunerações obtidas estão discriminadas no Relatório de Lançamentos (RL), parte integrante deste Processo. [...]” (Relatório Fiscal)

Nesses itens “33, 34, 37 e 39 a 43”, constata-se que é incontroverso que a contabilidade da Recorrente não registrou o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, bem como a totalidade de suas despesas, já que o Fisco demonstrou que ocorreu a escrituração contábil em conta de despesa (conta 31310017 – Stock Options) e não ocorreu a devida escrituração em conta de remuneração, nos seguintes termos:

“[...] 37. O registro contábil das despesas de 2008 com o plano de opções de ações foi feito na GVT HOLDING S/A mediante lançamento único de R\$ 21.956.658,56, em 31/12/2008, a débito da conta 31310017 – Stock Options e a crédito da conta de Patrimônio Líquido, 25210102 – Stock Options. Segundo a GVT HOLDING S/A, sua avaliação foi efetuada pelo método de Black & Scholes para as opções concedidas na vigência da norma IFRS 2 e segundo seus valores intrínsecos na data da oferta pública, para aquelas opções concedidas anteriormente à norma contábil internacional. A despesa referente aos exercícios anteriores também foi lançada no dia 31/12/2008, nas mesmas contas, no valor de R\$ 59.245.892,47. [...]”

Com efeito, vê-se que a eficácia probatória dos livros e documentos contábeis, analisados pela auditoria fiscal, opera-se contra a Recorrente, eis que esses documentos cotejados entre a folha de pagamento e as declarações prestadas pela própria empresa evidenciaram que a sua contabilidade não registrou o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço e, por consectário lógico, isso permitiu a utilização do procedimento de aferição indireta, a teor das regras previstas nos §§ 1º, 3º e 6º do art. 33 da Lei 8.212/1991 combinadas com a regra do art. 148 do CTN.

Logo, a contribuição social previdenciária apurada pela técnica de aferição indireta é adequada, razoável e proporcional, não merecendo ser reformada.

Assim, o lançamento fiscal ora analisado está amparado no art. 33, §§ 3º e 6º, da Lei 8.212/1991 e no art. 148 do CTN, encontrando-se lavrado dentro da legalidade.

Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

.....

Lei 8.212/1991:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 1º. É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º. A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário. (g.n.)

Sobre as alíquotas aplicadas pelo Fisco, foram feitas dentro dos liames legais e estão devidamente discriminadas no item 07 do Relatório fiscal e a base de cálculo das contribuições previdenciárias foi apurada por meio da técnica de aferição indireta

(arbitramento), o qual não previu a incidência de contribuições sociais sobre verbas de natureza indenizatória, mas tão somente sobre a diferença entre o valor pago pelos segurados e o valor do bem concedido pela Recorrente, conforme o Discriminativo do Débito (DD) e o Relatório de Lançamento (RL). Assim, não cabe razão à Recorrente, quando afirma que as contribuições incidiram sobre rubricas de natureza indenizatórias e eventuais (não habituais).

Portanto, o procedimento de aferição indireta utilizado pela auditoria fiscal, para a apuração da contribuição previdenciária, foi corretamente aplicado, pois a auditoria fiscal demonstrou que a escrituração contábil da Recorrente não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, podendo o Fisco inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

Em decorrência dos princípios da autotutela e da legalidade objetiva, no que tange à multa aplicada de 75% sobre as contribuições devidas até a competência 11/2008, entendo que deverá ser aplicada a legislação vigente à época do fato gerador.

A questão a ser enfrentada é a retroatividade benéfica para redução ou mesmo exclusão das multas aplicadas através de lançamentos fiscais de contribuições previdenciárias na vigência da Medida Provisória (MP) 449, de 03/12/2008, convertida na Lei 11.941/2009, mas nos casos em que os fatos geradores ocorreram antes de sua edição. É que a medida provisória revogou o art. 35 da Lei 8.212/1991 que trazia as regras de aplicação das multas de mora, inclusive no caso de lançamento fiscal, e em substituição adotou a regra que já existia para os demais tributos federais, que é a multa de ofício de, no mínimo, 75% do valor devido.

Para tanto, deve-se examinar cada um dos dispositivos legais que tenham relação com a matéria. Prefiro começar com a regra vigente à época dos fatos geradores (art. 35 da Lei 8.212/1991⁸).

De fato, a multa inserida como acréscimo legal nos lançamentos tinha natureza moratória – era punido o atraso no pagamento das contribuições previdenciárias,

⁸ Lei 8.212/1991:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

- a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;
- b) quatorze por cento, no mês seguinte;
- c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

- a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;
- b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;
- c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;
- d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

- a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).
- b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).
- c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).
- d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

independentemente de a cobrança ser decorrente do procedimento de ofício. Mesmo que o contribuinte não tivesse realizado qualquer pagamento espontâneo, sendo portanto necessária a constituição do crédito tributário por meio de lançamento, ainda assim a multa era de mora. A redação do dispositivo legal, em especial os trechos por mim destacados, é muito claro nesse sentido. **Não se punia a falta de espontaneidade, mas tão somente o atraso no pagamento – a mora.**

Contemporâneo à essa regra especial aplicável apenas às contribuições previdenciárias já vigia, desde 27/12/1996, o art. 44 da Lei 9.430/1996, aplicável a todos os demais tributos federais:

Lei 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

É certo que esse possível conflito de normas é apenas aparente, pois como se sabe a norma especial prevalece sobre a geral, sendo isso um dos critérios para a solução dessa controvérsia. Para os fatos geradores de contribuições previdenciárias ocorridos até a MP nº 449 aplicava-se exclusivamente o art. 35 da Lei 8.212/1991.

Portanto, a sistemática dos artigos 44 e 61 da Lei 9.430/1996, para a qual multas de ofício e de mora são excludentes entre si, não se aplica às contribuições previdenciárias. Quando a destempo mas espontâneo o pagamento aplica-se a multa de mora e, caso contrário, seja necessário um procedimento de ofício para apuração do valor devido e cobrança através de lançamento então a multa é de ofício. Enquanto na primeira se pune o atraso no pagamento, na segunda multa, a falta de espontaneidade.

Logo, repete-se: **no caso das contribuições previdenciárias somente o atraso era punido e nenhuma dessas regras se aplicava; portanto, não vejo como se aplicar, sem observância da regra especial que era prevista no art. 35 da Lei 8.212/1991, a multa de ofício aos lançamentos de fatos geradores ocorridos antes da vigência da Medida Provisória (MP) 449.**

Embora os fatos geradores tenham ocorridos antes, o lançamento foi realizado na vigência da MP 449. Por sua vez, o Código Tributário Nacional (CTN) estabelece que o lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Ainda dentro desse contexto, pela legislação da época da ocorrência do fato gerador, seriam duas multas distintas a serem aplicadas pela Auditoria-Fiscal:

1. uma relativa ao descumprimento da obrigação acessória – capitulada no Código de Fundamento Legal (CFL) 68 –, com base o art. 32, IV e § 5º, da Lei 8.212/1991, no total de 100% do valor devido, relativo às contribuições não declaradas, limitada em função do número de segurados;
2. outra pelo descumprimento da obrigação principal, correspondente, inicialmente, à multa de mora de 24% prevista no art. 35, II, alínea “a”, da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 9.876/1999. Tal artigo traz expresso os percentuais da multa moratória a serem aplicados aos débitos previdenciários.

Essa sistemática de aplicação da multa decorrente de obrigação principal sofreu alteração por meio do disposto nos arts. 35 e 35-A, ambos da Lei 8.212/1991, acrescentados pela Lei 11.941/2009.

Lei 8.212/1991:

*Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, **serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430**, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009). (g,n.)*

Lei 9.430/1996:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

Em decorrência da disposição acima, percebe-se que a multa prevista no art. 61 da Lei 9.430/96, se aplica aos casos de contribuições que, embora tenham sido **espontaneamente declaradas** pelo sujeito passivo, deixaram de ser recolhidas no prazo previsto na legislação. Esta multa, portanto, se aplica aos casos de recolhimento em atraso, **que não é o caso do presente processo.**

Por outro lado, a regra do art. 35-A da Lei 8.212/1991 (acrescentado pela Lei 11.941/2009) aplica-se aos **lançamentos de ofício**, que é o caso do presente processo, em que o sujeito passivo deixou de declarar fatos geradores das contribuições previdenciárias e

consequentemente de recolhê-los, com o percentual 75%, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/1996.

Lei 8.212/1991:

*Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, **aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.** (g.n.)*

Assim, não havendo o recolhimento da obrigação principal não declarada em GFIP, passou a ser devida a incidência da multa de ofício de 75% sobre o valor não recolhido, como segue:

Lei 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Entretanto, não há espaço jurídico para aplicação do art. 35-A da Lei 8.212/1991 em sua integralidade, eis que o critério jurídico a ser adotado é do art. 144 do CTN (*tempus regit actum*: o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada). Dessa forma, entendo que, para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP 449/2008, aplica-se a multa de mora nos percentuais da época (redação anterior do artigo 35, inciso II, da Lei 8.212/1991), limitando a multa ao patamar de 75% previsto no art. 44 da Lei 9.430/1996.

Embora a multa prevista no art. 35 da Lei 8.212/1991 (antes da alteração promovida pela Lei 11.941/2009) seja mais benéfica na atual situação em que se encontra a presente autuação, caso esta venha a ser executada judicialmente, poderá ser reajustada para o patamar de até 100% do valor principal. Neste caso, considerando que a multa prevista pelo art. 44 da Lei 9.430/1996 limita-se ao percentual de 75% do valor principal e adotando a regra interpretativa constante do art. 106 do CTN, deve ser aplicado o percentual de 75% caso a multa prevista no art. 35 da Lei 8.212/1991 (antes da alteração promovida pela Lei 11.941/2009) supere o seu patamar.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER** do **recurso voluntário** e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para reconhecer que, com relação aos fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP 449/2008, seja aplicada a multa de mora nos termos da redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/1991, limitando-se ao percentual máximo de 75% previsto no art. 44 da Lei 9.430/1996, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.

Declaração de Voto

Conselheiro Thiago Taborda Simões - Relator

Início com meus cumprimentos ao relator pelo forte e consistente voto, como é habitual de sua lavra. Peço vênia para dele divergir em parte, com a certeza de contribuirmos juntos para a convicção da Turma em tão relevante matéria.

Para tanto, entendo necessário revisitar o conjunto normativo que positiva a sistemática de incidência das contribuições sociais previdenciárias, delimitando sua hipótese.

Em seguida analisaremos a natureza jurídica do plano de opção de compra de ações (ou no inglês SOP – stock options plan)⁹.

Ao final, serão avaliadas as particularidades do caso concreto, buscando a verificação da subsunção e conseqüente avaliação da sustentabilidade do crédito lançado.

DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA A REGRA-MATRIZ DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Na forma prescrita pelos artigos 149¹⁰ e 195, I, “a” da Constituição Federal¹¹ a União é a pessoa jurídica competente para instituir as contribuições sociais, concedendo-lhe a faculdade de tributar o empregador, a empresa ou a entidade a ela equiparada.

Para tanto, o legislador constituinte, firmou como limite constitucional para a base de cálculo 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.

Estas são normas de estrutura, autorizadoras para que a União tribute dentro de tais limites. Sua finalidade é a garantia dos direitos fundamentais do contribuinte. Não cabe confundi-las com a regra-matriz de incidência tributária mesma.

Nesse sentido ensina Roque Antonio Carrazza:

⁹ Pedimos licença para adotar determinadas nomenclaturas na língua inglesa, vez que a origem e grande parte dos conceitos vinculados ao tema derivam do direito norte-americano, introdutor do instituto.

¹⁰ “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

¹¹ “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;

“Noutro falar, a competência tributária é a habilitação ou, se preferirmos, a faculdade potencial que a Constituição confere a determinadas pessoas (as pessoas jurídicas de direito público interno) para que, por meio de lei, tributem¹².”

ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL X RMIT

Por arquétipo constitucional entende-se a regra-matriz de incidência possível dos tributos, contida de moda expressa ou indireta na Carta Política. Trata-se, portanto, da delegação de competência tributária aos entes tributantes para instituição dos tipos, de forma geral e abstrata.

A sobreposição do arquétipo constitucional da contribuição patronal com sua regra-matriz de incidência legal aponta *materialidades residuais*, presentes na primeira, mas não exercida na segunda. Nada obsta essa prática, pois como exposto a *facultatividade* é característica inerente à competência.

Assim no exercício dessa competência delegada, o legislador ordinário houve por bem não esgotar todo o campo da materialidade tributária possível para instituição da contribuição social sobre a folha salarial.

As materialidades deixadas de lado são aquelas referentes às remunerações pagas aos empregados que não em contraprestação pelo trabalho (art. 22, I, Lei nº 8.212/1991), bem como aquelas pagas de maneira eventual (art. 28, § 9º, “e”, “7”, Lei nº 8.212/1991).

Podemos dizer que o arquétipo constitucional alberga as *materialidades potenciais* colocadas pelo constituinte à disposição do legislador ordinário para instituição dos tributos. Essas materialidades potenciais podem ser ou não exercidas, no todo ou em parte. No caso em análise, este exercício restringiu-se à tributação das remunerações pagas em *contraprestação pelo trabalho* dos empregados da pessoa jurídica, *de maneira habitual*. Configura-se neste ponto a *competência tributária exercida*.

No confronto da competência potencial com a competência exercida, identificamos as materialidades residuais, correspondentes ao comportamento do contribuinte de pagar remuneração, que não constitui fato gerador da contribuição social patronal.

Pela necessária relação de inerência existente entre a materialidade normativa e seu critério quantitativo, identificamos os valores pagos aos empregados do contribuinte que não se incluem na base de cálculo do tipo em análise:

ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL

Antecedente		Conseqüente		
Critério material	Pagar dinheiro a empregado	Critério quantitativo	Base de cálculo	Valor pago
Critério espacial	Território nacional		Alíquota	20%
Critério temporal	Momento do pagamento	Critério pessoal	Sujeito ativo	União
			Sujeito passivo	Empregador

REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA LEGAL

Antecedente		Conseqüente		
Critério material	Pagar remuneração a segurado em contra-prestação pelo trabalho, de maneira habitual	Critério quantitativo	Base de cálculo	Remuneração paga
Critério espacial	Território nacional		Alíquota	20%
Critério temporal	Momento do pagamento	Critério pessoal	Sujeito ativo	União
			Sujeito passivo	Empregador

VISUALIZAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO



DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O exercício de tal faculdade potencial se deu com a vigência na norma insculpida no artigo 22, I, da Lei nº 8.212/1991:

“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.”

É dizer que a União, apesar de ter competência para instituir contribuições sociais sobre 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, optou por discriminar algumas parcelas dessa base de cálculo potencial. Vejamos:

- Não se refere a todos os trabalhadores, mas sim **aos segurados empregados e trabalhadores avulsos.**
- Não se refere a todos os rendimentos, mas sim **aos rendimentos destinados a retribuir o trabalho.**
- E, por fim, não se refere a todos os rendimentos destinados a retribuir o trabalho, mas sim **àqueles que são percebidos de forma habitual.**

Sobre os pontos, importante se faz melhor análise do critério habitualidade.

DO CONTEÚDO DO ART. 28, § 9º, DA LEI Nº 8.212/91

Demonstrada a hipótese de incidência das contribuições sociais sobre a folha de salários, a análise do caso concreto também demanda estudo das hipóteses de isenção previstas pela Lei nº 8.212/91.

O art. 22, § 2º, da Lei nº 8.212/91¹³ exclui da base-de-cálculo da contribuição previdenciária patronal as importâncias arroladas no § 9º do artigo 28 dessa lei. O item 7 da alínea “e” desse parágrafo isenta de tributação previdenciária as importâncias recebidas como **ganhos eventuais**:

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

(...) e) as importâncias:

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

O enunciado não especifica a natureza jurídica da importância; identifica a isenção tão-somente pela eventualidade. **Todas as importâncias pagas de forma eventual são isentas de contribuição previdenciária, independentemente da sua natureza jurídica. Não**

interessa, pois, à verificação da isenção a natureza da importância paga, mas, tão-somente, se fora paga sem periodicidade e expectativa de reiteração.

A isenção não age sobre as importâncias não-remuneratórias. Esses valores são desonerados pela não-incidência, na medida em que a obrigação tributária pressupõe o pagamento ou crédito de remuneração. A isenção se interessa pelas importâncias que impõe a incidência, mas que, por escolha legislativa, são excluídas da base-de-cálculo do tributo.

O ato de pagar ou creditar remuneração enseja a incidência, **mas nem todas as remunerações pagas ou creditadas, contudo, integram a base-de-cálculo da contribuição.** Essa condição, observadas as outras hipóteses de isenção previstas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, é reservada apenas às remunerações habituais, ou seja, periódicas e expectadas.

Outra interpretação esvaziaria o sentido e eficácia do item 7 da alínea “e” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, porque é impossível a aplicação de regra de isenção sobre importância não-incidente. As importâncias isentas são, em dado momento, incidentes; a desoneração atua sobre a base-de-cálculo destruindo parcialmente a regra-matriz de incidência tributárias:

“Por esse motivo, a título exemplificativo e levando em conta que a contribuição ao PIS e à COFINS apresentam como critério material da hipótese normativa o fato de auferir receitas”, tendo como base de cálculo exatamente o montante destas, qualquer supressão acaba por mutilar a regra-matriz de incidência tributária. É o que fazem, por exemplo, o art. 1º, § 3º, IV, da Lei nº 10.637/02, e o art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 10.833/03: atacam o critério quantitativo da norma que determina a tributação, atingindo, mais especificamente, a base de cálculo. Essas mesmas leis, entretanto, prescrevem que as receitas não-operacionais, decorrentes da venda do ativo imobilizado e permanente, não integram a base de cálculo dos gravames examinados (art. 1º, § 3º, IV, da Lei nº 10.637/02, e o art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 10.833/03, respectivamente).

Ao relacionar as espécies de receitas que são excluídas da base de cálculo tributária, referidas leis acabaram por instituir verdadeira isenção, mediante mutilação parcial do critério quantitativo da regra-matriz de incidência.”¹⁴

Igual sentido, outrossim, são as lições de José Souto Maior Borges¹⁵ e Alfredo Augusto Becker¹⁶, que, utilizando-se de outros métodos, descrevem a isenção como a exclusão de parcela incidente da base-de-cálculo do tributo constituído.

Dessa investigação, podemos extrair algumas conclusões que serão úteis na definição do caso concreto:

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3ª Ed. São Paulo: Noeses. 2009, p. 594.

¹⁵ BORGES, José Souto Maior. Isenções Tributárias. São Paulo: Sugestões Literárias. 1969, p. 190.

¹⁶ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva. 1972, p. 277.

- O item 07 da alínea *e* do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91 é norma de isenção;
- A isenção enunciada atinge todas as importâncias pagas ou creditadas de forma eventual, **incluindo-se as remunerações**.

Não obstante se utilizar da eventualidade para identificar a importância isenta, o legislador se omitiu na definição do seu sentido, transferindo à doutrina e à jurisprudência essa tarefa.

Para Mannrich¹⁷, o fato é eventual quando não é esperado (previsível), e/ou quando esperado não se reitera de forma periódica. Enquanto o hábito pressupõe a previsibilidade e a periodicidade, o evento (eventual) exige a imprevisibilidade e/ou a aleatoriedade do fato.

A importância paga sem expectativa (previsibilidade) ou sem reiteração determinada (periodicidade) **se caracteriza, portanto, como eventual, não integrando a base-de-cálculo da contribuição previdenciária, inobstante a natureza jurídica remuneratória**. Exige-se para a aplicação do item 07 da alínea *e* do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, portanto, que a remuneração não seja esperada pelo remunerado (segurado), e/ou que não seja paga ou creditada com periodicidade.

O Tribunal Superior do Trabalho – TST modelou esses critérios através da Súmula nº 291, que julgou habitual a remuneração recebida **ininterruptamente** pelo período mínimo de um ano. Para o TST, portanto, a habitualidade se caracteriza pela periodicidade mínima de doze vezes ao ano:

“A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a 6 (seis) meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.”

Ou seja, para aquele Tribunal, as remunerações pagas ou creditadas sem previsibilidade e/ou reiteração, ou seja, em periodicidade inferior a doze vezes ao ano (Súmula nº 291 do TST) são isentas de contribuição previdenciária, porque, na condição de eventuais, se amoldam à desoneração prevista no item 07 da alínea *e* do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, posição que acompanho.

Stock Options – natureza jurídica

¹⁷ MANNRICH, Nelson. Marketing de Incentivo: A questão da natureza jurídica do prêmio. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. (Org.). *Direito Tributário Homêagem a Paulo Barros de Carvalho*. São Paulo: QuarterLatin, 2008, p. 519. Documento digitalmente em 11/02/2015 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 11/02/2015 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 16/03/2015 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Assinado digitalmente em 23/02/2015 por THIAGO TABORDA SIMOES
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O *Stock Options Plan - SOP* é instituto jurídico inicialmente criado nos Estados Unidos na década de 60¹⁸. No Brasil, a utilização do instrumento adquire relevância na última década, sobretudo pela ação de companhias multinacionais.

No mercado de capitais, as opções de compra de ações apresentam-se de duas maneiras: a) opções de venda (*put options*); ou b) opções de compra (*call options*). A essas se identificam as *employee stock options - ESO*, ou opções de compra de ações para empregados, objeto ora analisado¹⁹.

O objetivo do SOP é entregar ao colaborador da companhia, empregado ou não, um direito, consistente na faculdade de adquirir, a título oneroso, ações da mesma sob um valor pré-fixado (preço de exercício – *strike price*), ao fim de determinado lapso temporal (*lock-up* ou *vesting*).

Essa curta definição contém inúmeros elementos de relevância. Analisemos:

- *Entregar algo*: nota-se que empregamos o verbo *entregar* ao invés de *dar* ou *vender*. O discrimen entre as duas categorias é naturalmente a onerosidade, que só está presente na segunda. As opções de compra por ações são negociadas de maneira onerosa no ambiente de bolsa. Nada obsta, entretanto, que o empregador opte por concedê-las a título gratuito, com as consequentes implicações jurídicas dessa opção.
- *Um direito*: As opções de compra de ações são um direito, do qual o beneficiário passa a ser titular. A contraparte dessa relação jurídica é o próprio empregador, que se obriga a vender o bem pelo valor contratualmente pré-fixado. Esse direito é mensurável conforme padrões praticados pelo mercado a que se refere.
- *Facultatividade*: o beneficiário, colaborador titular do direito de opção de compra de ações, detém a *faculdade* de exercê-la. Em não desejando, queda-se inerte, e transcorrido o prazo contratual de exercício, o direito morre.

Evidencia-se aspecto relevante: o direito subjetivo objeto do contrato pode nunca materializar-se em seu conteúdo econômico, permanecendo latente até sua extinção. Por essa razão, entendemos imperativo condicionar o fato gerador em concreto da obrigação tributária ao substrato econômico do contexto, qual seja, o ganho de capital auferido pelo beneficiário. Entender o contrário é admitir a incidência sobre um ganho potencial, o que vai de encontro ao princípio da Equidade na participação do Custeio, informador da espécie tributária em análise.

¹⁸ TAKATA, Marcos Shigueo. A Nova Contabilidade Relativa às Stock Options – Sua Relação e Reflexo ou não no Direito Tributário. In Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 2º Volume. São Paulo: Dialética, 2011. p. 153.

¹⁹ A doutrina não é uniforme em relação à categorização das ESP como *call options*, vez que seus contornos não são taxativamente padronizados, havendo maior margem para flexibilização dos preços, prazos e condições.

- *Onerosidade*: é característica da SOP a onerosidade, elemento essencial para configuração da natureza mercantil do negócio jurídico. Alertamos para o seguinte ponto: não se confunde a onerosidade referente ao preço pago pela opção (se existente, que é facultativa à discricionariedade do empregador), com a onerosidade do conteúdo da opção, que é o próprio direito à participação acionária. Esta última é vinculada ao arquétipo do SOP, sem a qual deixa de ser um contrato mercantil para transforma-se em remuneração decorrente da relação laboral.
- *Preço de exercício (strike price)*: é o valor a ser pago pelo colaborador pela aquisição das ações, após o período de *lock-up*. Tem como referência a cotação oficial da ação no dia da outorga da opção. Regra geral, o preço de exercício é menor que a cotação oficial. Por exemplo, ações negociadas na bolsa de valores a R\$10,00 que são optadas por R\$8,00 no SOP. Nada obsta que o valor fosse idêntico, ou até superior, o que não é impossível, porém improvável em função da inutilidade dessa hipótese para os fins pretendidos pelas partes.

Essa diferença monetária é juridicamente relevante, pois que pode representar uma vantagem concedida pela empresa ao colaborador. Em nosso entender essa vantagem, uma vez materializada financeiramente, não se conforma com o arquétipo do contrato mercantil, vez que não haveria propósito negocial para o desconto que não decorrente do contrato de trabalho²⁰.

Ao lado da PLR, o instituto da SOP é provavelmente o mais eficaz meio de integração capital/trabalho de que dispõem as companhias. Representa, de parte do acionista, a **disposição voluntária** de parcela do seu patrimônio para entregá-la aos colaboradores; e nestes, o cultivo do sentimento de participação, de persecução conjunta do objetivo empresarial final, o lucro e a valorização da companhia.

O reflexo imediato da implementação bem sucedida do programa é o alinhamento dos interesses e expectativas no meio ambiente de trabalho. De fato, se antes o simples exercício individual da função era suficiente para o recebimento da remuneração, a introdução de uma nova perspectiva de ganho (decorrente da valorização do valor da companhia) promove a gênese de dois elementos de enorme potencial produtivo: o engajamento e a cooperação. Nesse sentido tivemos a oportunidade de pontuar:

Isso permite o nascimento no ambiente laboral do que os franceses chamam de *morale*. *Morale* (ou *esprit de corps*) é o sentimento comum de companheirismo, entusiasmo e devoção de um grupo a uma causa comum, independente das adversidades opostas:

*An American general defined morale as "when a soldier thinks his army is the best in the world, his regiment the best in the army, his company the best in the regiment, his squad the best in the company, and that he himself is the best blanket-blank soldier man in the outfit."*²¹

²⁰ CARF, PAF 15889.000245/2010-46, Acórdão 2301-003.597, 3ª Câmara/1ªTO, Declaração de Voto do Conselheiro Mauro José Silva.

²¹ Knickerbocker, H.R. (1941). [Is Tomorrow Hitler's? 200 Questions On the Battle of Mankind](#). Reynal & Hitchcock, p.96.

Documento digitalizado em 11/02/2015 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 11/02/2015 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 16/03/2015 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Ass

Morale is the capacity of a group of people to pull together persistently and consistently in pursuit of a common purpose".²²

Trata-se de rompimento do paradigma anterior, minando a bipolarização orgânica capital/trabalho, e tornando a atitude individualista inconveniente não só para o todo, mas para o próprio indivíduo.

Não nos enganemos também em pensar que o acionista entrega parcela do fruto do capital por altruísmo. Pelo contrário, essa disposição voluntária do patrimônio visa unicamente aumentar o tamanho da sua parcela, gerada pelo esforço extra dos colaboradores que dela participam. Trata-se de um gesto altruísta, tendo por trás uma vontade egoísta, e como consequência prática um resultado duplamente positivo.

Constrói-se assim com a PLR o que GIBBONS chamou de ganha-ganha (win-win game)²³ relação na qual todas as partes envolvidas saem satisfeitas, e onde a adesão emocional (satisfação) garante o comprometimento. O resultado é o fomento do *sprit de corps* e o ganho financeiro recíproco.

São evidentes no contexto da PLR as notas que colorem o capitalismo humanista²⁴, teoria analítica do modelo capitalista conjugado com os direitos sociais. Sua proposta é a compreensão das forças e relações produtivas considerando, além da mera expectativa de lucro, a fraternidade entre os homens. O direito, como sistema normativo direcionador de conduta, assume a função de introduzir mecanismos capazes de facilitar esse processo²⁵.

A citação comparativa revela pertinência. Tanto a PLR quanto o SOP baseiam-se nos mesmos princípios, visando promover o alinhamento e o engajamento dos atores laborais por meio de um sistema meritocrático, além de ser um instrumento de retenção de talentos pelo prazo de *lock-up*. A opção por essa técnica de gestão foi tão largamente utilizada nos Estados Unidos que hoje o pagamento de stock options representa a maior parte do pacote de “remuneração” dos executivos no mercado americano.

Sistemática

A lógica do SOP é simples. Parte do “pacote de remuneração”²⁶ do colaborador é composta por SO, que então passa a deter, além dos vencimentos regulares, um potencial ganho variável.

O pacote financeiro do colaborador passa a ser vinculado ao desempenho da companhia no mercado de capitais, criando motivação para que todos persigam o melhor resultado. Desse modo, os efeitos da celebração desse negócio jurídico são:

²² [Alexander H. Leighton](#), *Human Relations in a Changing World: Observations on the Uses of the Social Sciences* (1949).

²³ GIBBONS, R. *Game theory for applied economists*. Princeton University Press. 1992.

²⁴ BALERA, Wagner e SAYEG, Ricardo. O capitalismo humanista. Editora KBR.

²⁵ BALERA, Wagner. SIMÕES, Thiago Taborda. Participação nos Lucros e nos Resultados – Natureza Jurídica e incidência previdenciária. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 85.

²⁶ O jargão “pacote de remuneração” é impróprio para definir o conteúdo semântico do enunciado, já que nem tudo que se paga aos colaboradores é remuneração, nos termos da legislação brasileira, tais como as ajudas de custo, os prêmios por liberalidade e outras verbas de natureza não contraprestatória.

- i. aumento de produtividade em função da expectativa de ganho.
- ii. retenção dos empregados em função da desvantagem financeira motivada pela perda do direito às opções.

Vemos que o pagamento é vinculado a uma *condição suspensiva de ocorrência aleatória*. Não existe segurança quanto à materialização financeira do conteúdo do ativo, que é, até o momento do exercício e da apuração do ganho de capital, apenas *potencial*. Assim é forçoso concluir que:

- i. é ganho absolutamente incerto.
- ii. é ganho absolutamente latente, até o momento da alienação das opções compradas.

Risco

É evidente que a relação jurídica instaurada entre as partes apresenta risco aos colaboradores. A resultante da equação entabulada depende de variáveis externas que não apenas o desempenho individual ou coletivo, ou da condução eficiente do negócio. Essas variáveis são diversas, tais como: a flutuação do mercado de capitais, a especulação, o câmbio, a balança comercial, a gestão do poder executivo, a concorrência, a política fiscal do governo, entre inúmeras.

Essas incontroláveis forças externas evidenciam a álea como elemento informador da relação, conferindo-lhe a natureza de relação não linear²⁷.

“Aplica-se a esse cenário o que Edward Lorenz chamou de Teoria do Caos²⁸. O caos instaura-se quando as operações de um sistema são não lineares. Diferente das operações lineares, que admitem um e apenas um resultado (2+2=4), nas operações não lineares as possibilidades de resultado das operações são inúmeras.”

Qualquer colaborador que opte firmar esse negócio jurídico deve considerar esse fator antes da decisão. Mas qual é a efetiva contingência em jogo? O que de fato está em risco?

A resposta é: pode existir RISCO DE PERDA ou RISCO DE NÃO GANHAR:

- O RISCO DE PERDA ocorre quando o colaborador efetivamente perde, desembolsa dinheiro, que se esvai do seu patrimônio, em decorrência do contrato mercantil celebrado. Essa hipótese não levanta maiores discussões quanto à presença da álea.
- O RISCO DE NÃO GANHAR é aquele na hipótese de não haver desembolso financeiro por parte do colaborador. Neste contexto, a pior hipótese possível é não haver ganho.

A variável diferencial entre as hipóteses depende do modelo de formatação do plano, relativamente ao que de fato gera a onerosidade do contrato. Nesse contexto, RISCO

²⁷ SIMÕES, Thiago Taborda. Contribuições Sociais – Aspectos Tributários e Previdenciários. São Paulo: Noeses, 2013. p. 76.

²⁸ LORENZ, Edward N. A Essência do Caos. Tradução de Cláudia Bentes David. Brasília: Editora UNB, 1996.

e ONEROSIDADE estão geneticamente ligados, pois a segunda é justamente a causa do primeiro.

Existem dois momentos de onerosidade potencial em um SOP:

- i. o primeiro é no momento da outorga das opções.
- ii. o segundo é momento do exercício, transcorrido o *lock-up*.

Ocorre que nos processos até então julgados neste Conselho, nas duas Câmaras especializadas em contribuições previdenciárias, todos os processos referiam-se a planos que não optaram pela primeira hipótese de onerosidade. Isso porque, no contexto dos SOP, não é prática do mercado VENDER a opção, mas sim DOÁ-LA.

Opções de compra de ações são figuras jurídicas regularmente comercializadas no mercado de capitais. Como qualquer ativo, elas tem preço.

Em uma situação regular de mercado, o negócio jurídico de *option trading* é uma relação sinalagmática, que envolve direitos e prestações recíprocas. Ao comprador, o direito de exercer a opção e comprar as ações nas condições pré-fixadas. Ao vendedor, a obrigação de honrar o direito facultativo de exercício e entregar as ações pelo preço pré-fixado.

Obviamente nessa relação a companhia não suporta o encargo por benevolência ou solidariedade, mas mediante o pagamento de um preço. As opções de ações são ativos que passam a ser incorporados ao patrimônio do comprador, que deve por elas pagar dinheiro à companhia concedente.

Quero com isso dizer que mesmo as *employee stock options* **são ou deveriam ser valoradas no momento da outorga**, de modo que **a concessão a título gratuito pela companhia enquadra-se na categoria de concessão de utilidade**, com os consequentes reflexos tributários.

Nesse sentido, ensina a melhor doutrina:

*“O salário-utilidade é uma prestação fornecida gratuitamente ao empregado. A utilidade não deixa de ter um aspecto de compensação econômica pelo trabalho prestado, ainda que seja fornecida gratuitamente. [...]”*²⁹

*“[...] nem toda utilidade é salário. Utilidade é todo bem do qual o empregado possa servir-se; [...]”*³⁰

Contextualizando essas proposições no tema do risco, a onerosidade no momento “i” está sempre presente, seja pecuniária, seja por via de concessão de utilidade.

Assim, se o *market price* no momento do exercício for menor que o *strike price*, o preço de exercício, obviamente a opção não será exercida, e nenhum ganho será

²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas. 24ª Edição Ver. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1063.

Documento assinado digitalmente por THIAGO TABORDA SIMOES em 16/03/2015 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Ass

Autenticado digitalmente em 23/02/2015 por THIAGO TABORDA SIMOES

Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

realizado. Nesse caso, o colaborador sofreu uma indireta PERDA, seja do preço pago pela opção, seja da utilidade concedida.

Com isso quero dizer que **mesmo na hipótese do RISCO DE NAO GANHAR, existe risco indireto de perda** para o colaborador.

Com relação ao segundo momento de onerosidade pontencial, o momento do exercício, findo o prazo de *lock-up*, a situação é mais simples. Se o *market price* for maior que o *strike price*, a opção é exercida, configurando a onerosidade, de modo que o colaborador auferirá ganho de capital com a venda das ações no mercado de capitais. Caso o *market price* seja menor que o *strike price*, logicamente a opção não será exercida, e o prejuízo fica mensurado pelo preço pago pela opção, ou, na sua ausência, o valor da utilidade concedida.

Atualmente o mercado dá várias demonstrações que o risco de perda das SO é uma realidade:

Outorga	Exercício	Venda
Expectativa de direito (lock-up)	Disponibilidade Jurídica	Disponibilidade Econômica
Pré-fixação do valor a ser pago no momento do exercício com base no valor atual, sendo possível a concessão de desconto sobre tal valor	Momento da opção. Aquisição (ou não) pelo empregado no valor pré-fixado no momento da outorga, sem levar em conta o valor de mercado, que pode ser maior ou menor em comparação ao valor da opção	Realização. Momento em que o empregado que optou pelo exercício vende a ação adquirida.

Exemplo 1³¹

Outorga 05/01/2012	Exercício 05/01/2015	Venda
Expectativa de direito (lock-up)	Disponibilidade Jurídica	Disponibilidade Econômica
Valor de mercado: R\$ 10,00 Valor de opção fixado: R\$ 9,00 Diferença verificada: R\$ 1,00	Valor de mercado: R\$ 20,00 Valor de opção exercido: R\$ 9,00 Diferença: + R\$ 11,00	

Exemplo 2³²: Petrobrás S/A

³¹ Fictício.

³² Dados da empresa Petrobrás S/A. MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/02/2015 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 16/03/2015 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Ass

Processo nº 11624.720210/2012-49
Acórdão n.º 2402-004.480

S2-C4T2
Fl. 22

Outorga 05/01/2012	Exercício 05/01/2015	Venda
Expectativa de direito (Vesting)	Disponibilidade Jurídica	Disponibilidade Econômica
Valor de mercado: R\$ 21,11 Valor de opção fixado: R\$ 9,00 Diferença verificada: R\$ 12,11	Valor de mercado: R\$ 8,61 Valor de opção exercido: R\$ 9,00 Diferença: - R\$ 0,39	

Exemplo 3³³: OGX S/A

Outorga 05/01/2012	Exercício 05/01/2015	Venda
Expectativa de direito (Vesting)	Disponibilidade Jurídica	Disponibilidade Econômica
Valor de mercado: R\$ 13,60 Valor de opção fixado: R\$ 9,00 Diferença verificada: R\$ 4,60	Valor de mercado: R\$ 0,08 Valor de opção exercido: R\$ 9,00 Diferença: - R\$ 8,92	

Risco relativo ao custo de oportunidade

Existe um outro risco a que o colaborador se expõe quando participa de um SOP. Refere-se ao que se deixa de ganhar em função da escolha realizada, que representa o custo de oportunidade.

O custo de oportunidade é um termo usado em economia para indicar o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada, ou seja, o custo, até mesmo social, causado pela renúncia do ente econômico, bem como os benefícios que poderiam ser obtidos a partir desta oportunidade renunciada ou, ainda, a mais alta renda gerada em alguma aplicação alternativa.

O custo de oportunidade foi definido como uma expressão "da relação básica entre escassez e escolha". São custos implícitos, relativos aos insumos que pertencem à empresa e que não envolvem desembolso monetário. Esses custos são estimados a partir do que poderia ser ganho no melhor uso alternativo (por isso são também chamados custos alternativos ou custos implícitos). Os custos econômicos incluem, para além do custo monetário

http://exame.abril.com.br/mercados/cotacoes-bovespa/acoes/PETR4/historico?start_date=2015-01-02&end_date=2015-01-06 - Consultado em 06/01/2014.

³³ Dados da empresa OGX S/A.

Valores de mercado extraídos da página da "Exame.com":

Documento assinado digitalmente em 11/02/2015 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 16/03/2015 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Assinado digitalmente em 23/02/2015 por THIAGO TABORDA SIMOES

http://exame.abril.com.br/mercados/cotacoes-bovespa/acoes/OGXP3/historico?start_date=2012-01-05&end_date=2012-01-06 - Consultado em 06/01/2014.

explícito, os custos de oportunidade que ocorrem pelo facto dos recursos poderem ser usados de formas alternativas.

Em outras palavras: **O custo de oportunidade representa o valor associado a melhor alternativa não escolhida.** Ao se tomar determinada escolha, deixa-se de lado as demais possibilidades, pois são excludentes, (escolher uma é recusar outras). À alternativa escolhida, associa-se como "custo de oportunidade" o maior benefício NÃO obtido das possibilidades NÃO escolhidas, isto é, "a escolha de determinada opção impede o usufruto dos benefícios que as outras opções poderiam proporcionar". O mais alto valor associado aos benefícios não escolhidos, pode ser entendido como um custo da opção escolhida, custo chamado "de oportunidade"³⁴.

A opção do executivo (a maior parte dos SOP são destinados a eles) por fazer parte de uma companhia importa a renúncia a outras oportunidades disponíveis no mercado. Regra geral o principal fator considerado na escolha é o "pacote de remuneração". No caso das companhias que adotam o modelo de "remuneração" por SO, esse ganho potencial é obviamente considerado³⁵.

Com efeito o pacote de remuneração de um CEO de uma multinacional no Brasil pode apresentar até 60% de remuneração variável. Se isso não é for considerado risco, desconheço o que é.

É necessário entender que o núcleo de todo o conceito de SO é **dividir com o colaborador o risco empresarial**, oferecendo-lhe uma abnegação financeira direta em troca de um potencial ganho extraordinário condicionado ao resultado positivo da companhia.

Fato gerador e base de cálculo

Compreendido o conceito e alcance do SOP, passo a delimitar o espectro de incidência das contribuições sociais sobre os valores pagos aos colaboradores.

Resumindo meu entendimento sobre a hipótese de incidência das contribuições sociais prevista no art. 22, a subsunção pressupõe a presença das seguintes notas no fato imponiblel:

- pagamento de remuneração pelo empregador;
- em contraprestação *pelo* trabalho (e não *para* o trabalho);
- com habitualidade (regra de isenção).

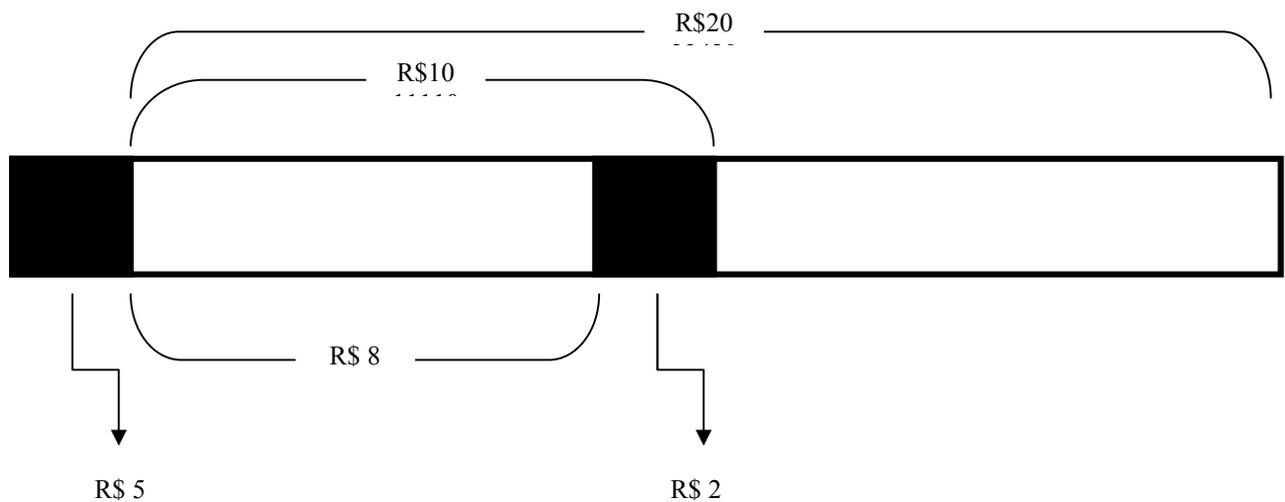
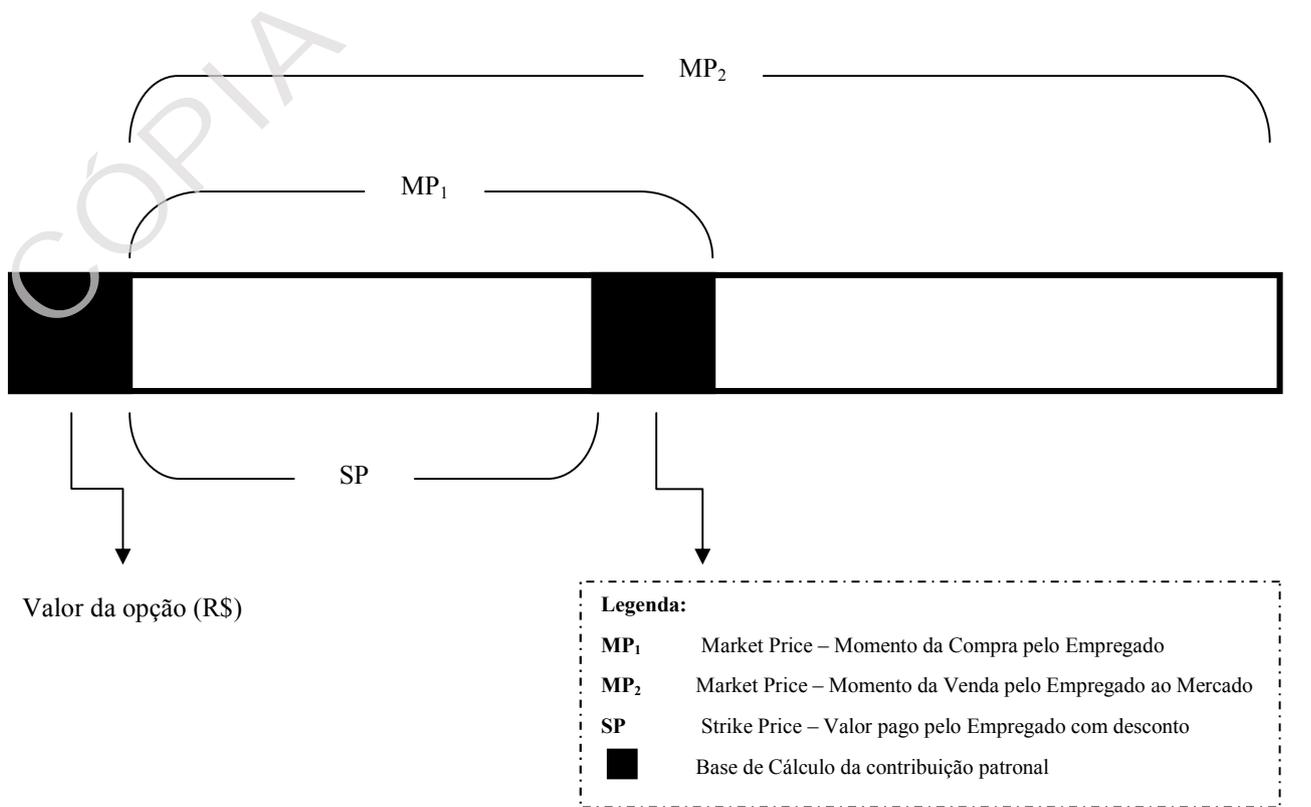
A omissão de um de qualquer dos três requisitos indigitados importa na não-incidência.

³⁴ http://pt.wikipedia.org/wiki/Custo_de_oportunidade

³⁵ Desde 2006, um grupo de 200 gerentes e diretores ganhou a chance de trocar parte de seus bônus anuais por opções de ações a um preço prefixado. Para cada real investido por eles, a AmBev colocou outros 2. **Aos executivos, cabia apenas a escolha: receber uma pequena fortuna anual ou esperar cinco anos para receber um montante muito maior — caso os papéis se valorizassem, é claro.** A espera termina no início de 2011 e as chances de ganho parecem promissoras — as ações da companhia passaram de 80 reais, em abril de 2006, para 180 reais, em agosto deste ano, numa valorização de 120%. Quem preferir poderá aguardar até 2016 e, quem sabe, ganhar ainda mais. "Nosso histórico mostra que vale a pena esperar", diz Carolina Guerra, gerente de remuneração da AmBev.

<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/975/noticias/o-bonus-esta-la-na-frente>

Para aplicar essas premissas no contexto do SOP, é necessário visualizar as diversas naturezas valorativas que a dinâmica do plano oferece:



- MP1: trata-se do valor de mercado da ação no momento da concessão da opção. Não é fato gerador da contribuição social, pois dentro dele estão valores que não são pagos ao colaborador, mas comprados por ele.
- SP: é o preço de exercício, o valor que é pago pelo colaborador na compra da ação. Não é fato gerador de contribuição social. Não representa remuneração, nem qualquer outro tipo de entrada de valores no seu patrimônio, mas saída.
- MP2: valor de mercado da ação no momento do exercício. Não é fato gerador de contribuição social, pois a) parte do seu valor é paga pelo colaborador; e b) parte do valor é paga pelo mercado.
- $[(MP1) - (SP)]$: diferença entre o valor mercado da ação no momento da concessão e o preço de exercício. É fato gerador de contribuição social. Nenhuma companhia distribui gratuitamente descontos aos compradores das ações. Trata-se de uma UTILIDADE recebida PELO TRABALHO, que pode ser facilmente valorada por operação aritmética. Esse fato gerador, é, entretanto, diferido até o momento da realização do ganho de capital, momento até quando é apenas EXPECTATIVA DE DIREITO.
- Valor da opção: é o valor de mercado da opção, no momento da concessão. Se não for cobrada, é fato gerador de contribuição social. Também é um ganho na forma de UTILIDADE recebida PELO TRABALHO, pois é um ativo entregue pelo empregador no contexto de um contrato de trabalho. Deve ser valorada pela metodologia da aferição indireta com base em parâmetros de valoração utilizados pelo mercado³⁶.

³⁶ Valuation models

Main article: [Valuation of options](#)

The value of an option can be estimated using a variety of quantitative techniques based on the concept of [risk neutral](#) pricing and using [stochastic calculus](#). The most basic model is the [Black–Scholes](#) model. More sophisticated models are used to model the [volatility smile](#). These models are implemented using a variety of numerical techniques. In general, standard option valuation models depend on the following factors:

- The current market price of the underlying security,
- the [strike price](#) of the option, particularly in relation to the current market price of the underlying (in the money vs. out of the money),
- the cost of holding a position in the underlying security, including interest and dividends,
- the time to [expiration](#) together with any restrictions on when exercise may occur, and
- an estimate of the future [volatility](#) of the underlying security's price over the life of the option.

More advanced models can require additional factors, such as an estimate of how volatility changes over time and for various underlying price levels, or the dynamics of stochastic interest rates.

The following are some of the principal valuation techniques used in practice to evaluate option contracts.

Black–Scholes

Main article: [Black–Scholes](#)

Following early work by [Louis Bachelier](#) and later work by [Robert C. Merton](#), [Fischer Black](#) and [Myron Scholes](#) made a major breakthrough by deriving a differential equation that must be satisfied by the price of any derivative dependent on a non-dividend-paying stock. By employing the technique of constructing a risk neutral portfolio that replicates the returns of holding an option, Black and Scholes produced a closed-form solution for a European option's theoretical price. At the same time, the model generates [hedge parameters](#) necessary for

Momento do fato gerador

Inobstante a evidência dos inúmeros momentos economicamente relevantes existentes na dinâmica do SOP, apenas um importa à incidência. É imperativo para fins de coerência com os pressupostos de direito colocados neste voto a determinação exata desse momento, pois o conteúdo econômico da relação jurídica é condicionado pelo tempo.

O regime tributário impõe obediência ao princípio da legalidade estrita, tipicidade cerrada ou *numerus clausus*³⁷, de modo que a subsunção ocorre apenas quando o fato imponible reflete **todas** as notas previstas na hipótese. A teoria da regra-matriz de incidência³⁸ determina a instauração da relação jurídica tributária apenas quando demonstrado o preenchimento dos critérios previstos no antecedente e consequente normativo (material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo).

O critério quantitativo, composto pela base de cálculo e alíquota, é o que se impõe com maior força. A base de cálculo afirma, confirma ou infirma a materialidade do suposto³⁹. Confirma quando concorda; afirma quando o elucida; e infirma quando com ele concorre e contra ele prevalece. A base de cálculo é o núcleo do tipo tributário.

Analisando novamente o esquema trazido acima, concluo que o momento da ocorrência do fato imponible é o da apuração do ganho de capital decorrente da venda das ações adquiridas pelo exercício da opção.

Outorga	Exercício	Venda
05/01/2012	05/01/2015	

effective risk management of option holdings. While the ideas behind the Black–Scholes model were groundbreaking and eventually led to [Scholes](#) and [Merton](#) receiving the [Swedish Central Bank's](#) associated [Prize for Achievement in Economics](#) (a.k.a., the [Nobel Prize](#) in Economics), the application of the model in actual options trading is clumsy because of the assumptions of continuous trading, constant volatility, and a constant interest rate. Nevertheless, the Black–Scholes model is still one of the most important methods and foundations for the existing financial market in which the result is within the reasonable range.

Stochastic volatility models

Main article: [Heston model](#)

Since the market crash of 1987, it has been observed that market [implied volatility](#) for options of lower strike prices are typically higher than for higher strike prices, suggesting that volatility is stochastic, varying both for time and for the price level of the underlying security. [Stochastic volatility](#) models have been developed including one developed by [S.L. Heston](#). One principal advantage of the Heston model is that it can be solved in closed-form, while other stochastic volatility models require complex numerical methods.

[https://en.wikipedia.org/wiki/Option_\(finance\)#Valuation_models](https://en.wikipedia.org/wiki/Option_(finance)#Valuation_models)

³⁷ Citação Roque

³⁸ referencia ao livro do PBC. Não é necessário citar trecho.

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 395: “Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo”.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 3. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Lejus, 2002. p. 330: “Núcleo – Na composição da hipótese de incidência o elemento mais importante é o núcleo. É a natureza do núcleo que permite distinguir as distintas naturezas jurídicas dos negócios jurídicos. Também é o núcleo que confere gênero jurídico ao tributo. Nas regras jurídicas de tributação, o núcleo da hipótese de incidência é sempre a base de cálculo”.

Expectativa de direito

Disponibilidade Jurídica

Disponibilidade Econômica

(lock-up)

Essa conclusão baseia nas seguintes premissas:

- i. No período de *lock-up*, ladeado pela outorga e exercício, trata-se de mera expectativa de direito.
- ii. Após o exercício da opção e antes da venda das ações, existe apenas a disponibilidade jurídica do recurso, que é intributável por via de contribuições sociais.

Assim, apenas com a venda ocorre a disponibilidade econômica do ativo ao contribuinte, momento em que está materializada a base de cálculo. Entender o contrário é admitir um *fato gerador potencial*, o que não encontra amparo no ordenamento.

Caso concreto

No caso em julgamento, detalhadamente exposto pelo Ilustre Relator, verifico presentes pressupostos de incidência e de não incidência, parte na qual, com toda a vênia, divirjo.

Diferente dos precedentes julgados por este Conselho, o plano questionado não se apresenta “poluído” com excessivas interferências por parte do empregador suficientes para descaracterizar sua natureza jurídica, considerando que:

- i. Não houve vinculação a metas ou desempenho do colaborador;
- ii. O valor das ações objeto da outorga não foi insignificante;
- iii. Não ocorreram alterações dos contratos firmados para diluir o risco do colaborador;
- iv. Não houve empréstimos aos colaboradores para viabilizar a aquisição das ações.

Não me estenderei repisando desnecessárias questões factuais já muito bem colocadas pelo voto do Relator, pelo que, em linha com as premissas ora colocadas, concluo:

- i. O fato imponível gerador de contribuições sociais ocorreu no momento da venda, no mercado de capitais, das ações adquiridas por meio do exercício das opções;

