



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

Processo nº 15889.000245/2010-46
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.597 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2013
Matéria Contribuição Previdenciária - Stock Options
Recorrente COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

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

A legislação determina que considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

No presente caso, a matéria em questão foi apresentada após o recurso e não demonstra que o lançamento foi contrário à verdade material ou possua grande margem de dúvida, motivo para seu não conhecimento.

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

Salário de Contribuição, para o contribuinte individual, é a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês.

No presente caso a concessão de “*stock options*” aos segurados contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo devem integrar o salário de contribuição, pois foram concedidos pelo trabalho do segurado, integraram-se ao patrimônio do segurado e não podem ser conceituados como oriundos de negócio mercantil, pois ausente risco.

MULTA. RETROATIVIDADE

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) Por voto de qualidade: a) em não conhecer da preliminar apresentada por memoriais, após a apresentação de recurso voluntário, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em conhecer da questão; b) em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Manoel Coelho Arruda Júnior, Adriano Gonzáles Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em dar provimento ao recurso; II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, até 11/2008, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada. Redator: Marcelo Oliveira. Declaração de voto: Mauro José Silva. Sustentação oral: André Ricardo L. Silva. OAB: 156.827/SP (sujeito passivo) e Raquel Godoy (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira – Presidente e Redator Designado

(assinado digitalmente)

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (presidente da turma), Damião Cordeiro de Moraes, Bernadete de Oliveira Barros, Manoel Coelho Arruda Junior, Mauro José Silva e Adriano Gonzales Silvério.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração nº 37.297.981-5, o qual exige contribuições previdenciárias a cargo da empresa, incidente sobre os valores negociados nas operações de compra de ações pelos executivos da Recorrente, por meio de Plano de Opção de Compra de Ações (“stock options”), caracterizados como remuneração diferida paga a contribuintes individuais, durante o período de 11/2006 a 12/2009.

Informa o relatório fiscal que os acionistas da recorrente aprovaram, ao celebrar a Ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária, realizada em 30 de agosto de 2005, as diretrizes para a elaboração e a estruturação, pelo Conselho de Administração e Diretoria da Sociedade, do plano de outorga de opção de compra de ações a executivos da empresa.

A partir dessa assembléia foram realizadas, posteriormente, diversas reuniões ordinárias e extraordinárias, nas quais foram celebradas Atas que, ao observar as diretrizes da Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários nº 562/2008, aprovaram a integralização e o aumento de capital devido à emissão de ações vendidas aos diretores executivos da Recorrente, por meio do Plano de Opção de Compra de Ações, conforme se depreende das fls. 70/136.

Nesse sentido, salienta o relatório fiscal que, embora o parágrafo 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404/76 discipline a opção de compra de ações da empresa pelos administradores ou empregados, como instituto típico de direito comercial, essa modalidade de negócio empresarial entre a empresa e os seus funcionários constitui forma de remuneração indireta passível de tributação pela contribuição previdenciária:

“8. Assim, em análise a ATAS de Reunião do Conselho de Administração da Companhia, constata-se o resultado de efetiva Remuneração em operações de compra de ações pelos executivos elegíveis da Cia., já que, entre outros, são tratados textualmente como ‘remuneração com base em ações’, integralizadas por valor preestabelecido e ainda, como será demonstrado oportunamente.

8.1- Nesse sentido, as Diretrizes de Elaboração e Estruturação de Plano de Opção de Compra de Ações encontra-se anexado à Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 30.08.2005 (JUCESP 292.802/05-5), tendo como objetivo, verbis:

(a) estimular a expansão, o êxito e os objetivos sociais da COMPANHIA e os interesses de seus acionistas, permitindo aos executivos e empregados de alto nível adquirir ações da COMPANHIA, nos termos e condições previstas nos PLANOS, incentivando desta forma a integração de tais executivos e empregados na COMPANHIA.

(b) possibilitar à COMPANHIA a obtenção e a manutenção dos serviços de executivos e empregados de alto nível, oferecendo a tais executivos e empregados uma vantagem adicional e

oportunidade de se tornarem acionistas da COMPANHIA, nos termos, nas condições e no modo previstos nos PLANOS.”

Como fundamento de que o mencionado plano teria caráter remuneratório, o relatório fiscal enaltece que a Deliberação CVM nº 562/2008, a qual aprova o Pronunciamento Técnico CPC 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, trata a opção de compra de ações pelo segurado, como despesa adicional de remuneração. Nesse diapasão, destacou o seguinte trecho do citado diploma:

“Em geral, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são concedidos aos empregados como parte da remuneração destes, adicionalmente ao salário e outros benefícios concedidos. Normalmente não é possível mensurar de forma direta cada componente específico do pacote de remuneração dos empregados, bem como não é possível mensurar o valor justo do pacote como um todo. Portanto, é necessário mensurar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados. Além disso, ações e opções de ações são concedidas como parte de um acordo de pagamento de bônus ao invés de o serem como parte da remuneração básica dos empregados, ou seja, trata-se de incentivo para permanecerem empregados na entidade ou de recompensa por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade. Ao beneficiar empregados com a concessão de ações ou opções de ações adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios adicionais. Em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados como o valor justo dos serviços recebidos.”

Dentro desse contexto, a fiscalização aponta ainda para o fato de que as orientações da empresa ERNST & YOUNG, responsável pela auditoria contábil sobre a contabilidade da Recorrente, sugere que houve pagamento de seus diretores executivos por meio do Plano de Opção de Compra de Ações, consoante se denota dos trechos extraídos do Relatório Fiscal:

“8.2 - Veja-se também, as disposições constantes de Relatório elaborado por ERNST & YOUNG Auditores Independentes S.S. (CRC 2SP015199/0-6): a) Nota Explicativas 2 (pág. 27 do Relatório dos Auditores Independentes) "Dentre as principais alterações nas normas contábeis, estão sendo destacadas abaixo aquelas que, numa análise preliminar efetuada pela Administração, podem vir a impactar as demonstrações financeiras da Companhia e suas controladas:

"Remuneração de executivos e empregados da Companhia, com base em opções de compra de ações. A companhia divulgou na nota explicativa 21, os termos do Plano de Opção e os possíveis efeitos contábeis existentes na data das informações trimestrais.”

Diante desse cenário, a fiscalização conclui no sentido de que o Plano de Opção de Compra de Ações constitui fato gerador da contribuição previdenciária:

“8.4 - Como se vê, esses elementos se apresentam como provas indiciárias”, provas circunstanciais que analisadas em conjunto

levam forçosamente à convicção de que houve fato gerador de contribuições previdenciárias, eis que o "benefício" concedido é forma de retribuição por serviços prestados.

(...)

12.4- No caso em tela, temos os dois elementos requeridos pela Hipótese de Incidência que provam a ocorrência do Fato Gerador:

a) o Crédito Jurídico ocorreu com a outorga pela companhia aos executivos elegíveis, em 22/09/2005, da opção de compra futura de 4.302.780 ações ao preço fixo de R\$ 6,11 por ação;

b) a Prestação de Serviço à companhia pelos executivos elegíveis ocorreu no período compreendido entre a outorga do direito à opção de compra e o efetivo exercício do direito com a integralização e recebimento das ações, o que ocorreu em 2006, 2007 e 2009 conforme registrado em atas de assembleias e na contabilidade da companhia."

Por ter sido constatada a ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação tributária, as contribuições previdenciárias devidas foram apuradas da seguinte forma:

"13 - Caracterizado o fato gerador e dado à falta de informação dos valores pagos, a fiscalização deve guiar-se por critérios razoáveis e aceitos tecnicamente, escorando-se em princípios, em especial, o da supremacia do interesse público, o da razoabilidade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva.

13.1- Nessas condições, o critério utilizado para determinar o valor da remuneração, que constitui a base de cálculo da contribuição, é o seguinte:

13.2- A Base de Cálculo, valor da remuneração dos executivos elegíveis, apresenta dois componentes de custo para a empresa, que ocorrem em dois momentos distintos:

a) no momento da outorga do direito de opção de compra aos executivos elegíveis, o "custo de oportunidade" incorrido ao não vender o direito de compra futura de ações por R\$ 6,11 no mercado de opções;

b) quando do exercício do direito de opção de compra pelos executivos elegíveis, o "custo de oportunidade", incorrido ao não vender no mercado as ações subscritas ao valor de R\$ 6,11 cada uma.

13.3- No caso em apreço, o valor de Remuneração corresponde à soma dos dois custos de oportunidade acima, diferença entre o valor de mercado da ação na data da subscrição e integralização e o valor R\$ 6,11 por ação, definido anteriormente na outorga da opção de compra."

Em suma, a fiscalização apurou como base de cálculo das contribuições o correspondente entre diferença do valor da ação no mercado e o valor pago pela ação na data da integralização.

Devidamente intimado do lançamento o sujeito passivo apresentou sua impugnação alegando, em síntese, que o Plano de Opção de Compra de Ações por se caracterizar como típico negócio jurídico de natureza eminentemente comercial, não tem por finalidade remunerar os executivos aos seus serviços pela contraprestação de serviços, o que afastaria a hipótese de incidência da contribuição previdenciária lançada.

A instância *a quo* julgou improcedente a impugnação, mantendo-se, assim, integralmente o lançamento.

Objetivando a reforma da decisão o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário a esse Conselho, por meio do qual reitera os argumentos já despendidos anteriormente.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário e os autos subiram a esse E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

O recurso reúne as condições de admissibilidade e dele conheço.

Preliminarmente

Em sede de memoriais e da tribuna o patrono do sujeito passivo alegou que haveria nulidade na autuação, uma vez que a fiscalização previdenciária tomou como base de cálculo das contribuições a data do exercício da opção, assim considerada aquelas registradas em atas de assembléia anexadas aos autos, as quais relatam que o acionista estaria integralizando em moeda corrente nacional as ações adquiridas naquele momento.

Para tanto, anexou em memoriais cópia da fiscalização empreendida pela Receita Federal do Brasil com vistas a exigir o imposto de renda devido na operação, na qual teria sido verificado que o efetivo pagamento pelas ações não teria se dado nas datas registradas em atas.

Entendo que a matéria merece ser conhecida, ainda que nessa fase processual, haja vista tratar de matéria que a meu ver é cognoscível de ofício, pois trata com requisito essencial do ato de lançamento que é a verificação do fato gerador, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Mérito

Da narrativa dos fatos acima articulados, verifica-se que o tema objeto de discussão no presente processo administrativo reside, basicamente, na legitimidade da cobrança da contribuição previdenciária incidente sobre os valores envolvidos na operação de “stock options”, realizada entre a Recorrente e os seus segurados elegíveis, segundo o regramento do plano de opção de compra de ações.

Conforme será mais à frente analisada e conceituada detidamente, essa operação trata-se, em breves linhas, de negócio jurídico no qual a empresa outorga aos seus segurados o direito de opção de compra de ações da própria companhia por preço pré-estabelecido.

Embora essa transação se apresente, à primeira vista, como negócio jurídico típico de relação comercial, o Fisco, todavia, entende que a oferta da empresa de opção de compra de ações aos seus funcionários, constitui-se em forma de remuneração indireta que visa incentivar e estimular a produtividade.

Segundo a ótica do fisco a diferença apurada entre o valor das ações emitidas por meio do “stock options” e o seu valor real de mercado no dia em que foi exercida a opção é considerada parcela passível de contribuição previdenciária, já que se trata de remuneração diferida, a ser percebida no futuro, ou seja, no momento em que os papéis forem vendidos pelos empregados.

Por outro lado, a recorrente defende-se argumentando no sentido de que o plano de opção de compra de ações fornecido aos segurados a seus serviços, não se enquadraria no conceito de remuneração previsto no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, pois não haveria qualquer tipo de pagamento de valores pecuniários em contraprestação de serviços, bem como a certeza do retorno financeiro na venda das ações.

Além disso, a recorrente enaltece que o instituto jurídico em tela, cuida-se de negócio cuja natureza é estritamente de cunho comercial, concretizado no âmbito das relações de direito civil e financeiro, motivo pelo qual não haveria que se falar na incidência da contribuição previdenciária.

Como se vê, o exame da matéria sob julgamento, impõe, necessariamente, a análise e a compreensão do instituto jurídico conhecido como “stock options”, o qual foi paulatinamente importado dos Estados Unidos da América.

Sendo este o ponto de partida para o deslinde da questão que envolve a incidência ou não da contribuição previdenciária sobre a operação, passo a examinar o seu conceito e respectiva natureza jurídica.

Historicamente, o denominado “stock options” ou plano de opção de compra de ações, teve a sua origem em meados da década de 1960, nos Estados Unidos da América, onde as empresas passaram a utilizar esse mecanismo como ferramenta útil e hábil para alinhar e fortalecer os interesses dos empregados aos da empresa em um só objetivo em comum.

A estratégia adotada pelas organizações americanas, portanto, foi, à toda evidência, tornar parcela dos empregados em proprietários da empresa, o que certamente surte efeito psicológico significativo no comprometimento pela realização dos objetivos sociais da companhia.

Essa idéia foi bem sintetizada no artigo “A nova contabilidade relativa às stock options – sua relação e reflexo ou não no direito tributário” da autoria de Marcos Shigueo Takata, publicado na obra *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, Editora Dialética, *in verbis*:

“4.1. (...). A Teoria da Agência procura mecanismos de redução dessa assimetria informacional, alinhando os interesses do agente aos do principal, (acionistas ou proprietários). E um mecanismo bastante útil e eficaz é o incentivo concedido ao agente, mediante stock options, para que ele também se torne ‘dono’ da empresa, estimulando-o ao comprometimento com a maximização do valor da empresa, e assim ao alinhamento de seus interesses aos do principal, com a eliminação ou redução da assimetria informacional entre ambos.

4.2. Uma grande vantagem nesse mecanismo de redução de assimetria informacional e de alinhamento de interesse é a de que a companhia não incorre em dispêndios de caixa (stock options) para esse fim.”

Segundo o entendimento acima exposto, o mecanismo do plano de opção de compra de ações foi desenvolvido com vistas a permitir que o “agente” torne-se “dono da empresa” e, assim, envolva-se com a sociedade de modo a maximizar o seu valor, alinhando interesses mútuos.

Não se pode negar que a incorporação dessa estratégia também rende bons resultados na produtividade dos então empregados que ao exercerem a opção de compra de ações passam a ser acionistas da empresa. E, com razão, já que esse novel acionista não mais fica mais adstrito à mera relação então vigente, qual seja, a de prestar serviços mediante remuneração, mas a de comungar com a sociedade em interesses que lhes são próprios e naturais, com vistas a obter lucro e, assim, auferir dividendos.

Segundo ainda o citado autor, devido à escala crescente dessa prática de negociação no território americano, a Agência Reguladora daquele país *Accounting Principles Board* (APB), órgão antecessor do atual *Financial Accounting Standard Board* (FASB), foi a primeira instituição a regulamentar, em nível legal, a matéria, por meio da norma APB 25, que passou a prever o método de reconhecimento contábil dessa operação.

De acordo com a regra nela prevista, a Agência Americana determinou que a contabilização da “stock options” seria realizada registrando-se o valor da diferença entre o valor de mercado das ações e o preço de exercício da opção de compra. Todavia, se o valor da opção dessa compra fosse o mesmo praticado no mercado, a empresa estaria desobrigada a efetuar o mencionado reconhecimento contábil. De lá para cá, foram editadas diversas medidas naquele estado estrangeiro visando normatizar a matéria em seu território.

No Brasil, esse tema começou a ser objeto de regulamentação após o advento da Lei nº 11.638/2007, que, ao introduzir a regra no inciso VI no artigo 187 da Lei por Sociedade por Ações, dispôs a seguinte regra:

“Artigo 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

(...)

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

Ainda que não se trate especificamente de “stock options”, essa legislação foi a primeira a disciplinar a forma de contabilização dos investimentos de empregados e administradores na empresa.

A partir daí, foi editada a Deliberação CVM nº 562/2008, a qual aprovou o Pronunciamento Técnico CPC nº 10, dispondo sobre o tratamento contábil a ser dado aos planos de opção de compra de ações, conforme se depreende do trecho abaixo extraído do preâmbulo do sumário do referido pronunciamento:

“As entidades frequentemente outorgam ações ou opções de ações para seus empregados ou outras partes. Planos de Ações e de Opções de Ações constituem uma característica comum da remuneração de diretores, executivos e muitos outros empregados. Algumas entidades emitem ações ou opções de

ações para pagamento de seus fornecedores e prestadores de serviços profissionais.”

Da leitura da Introdução do CPC, verifica-se que o termo “stock options” no Brasil é classificado, contabilmente, em duas espécies, a saber: (i) aquela em que a empresa concede ao funcionário o direito da opção de compra das ações, por meio de plano estruturado; e (ii) aquela em que a instituição outorga as suas ações ao empregado.

No artigo “Tratamento dos Planos de *Stock Options* Após o CPC 10”, publicado na obra Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A – Alterações das Leis nº 11.638/07 e nº 11.941/09, Editora Quartier Latin, Leonardo José Muniz de Almeida e Maurício Pereira Faro, classificam o “stock options” em duas modalidades, quais sejam: i) o clássico; e ii) o “phantom stock option”. Afirmam os autores:

“No stock option clássico, a empresa outorga ao empregado a opção de adquirir determinada quantidade de ações por um preço pré-fixado. O exercício da opção fica condicionado ao transcurso de determinado prazo de maturação das ações. Após esse prazo o beneficiado pode exercer sua opção e adquirir, por meio de um negócio de compra e venda, as ações pelo preço originalmente oferecido pela companhia. Ele passará, então, a ser proprietário das ações. Uma vez adquiridas as ações nestes termos, cabe ao participante avaliar a conveniência e o melhor momento para vendê-las no mercado. Caso o valor de mercado das ações seja superior ao valor de exercício, o empregado pode auferir vantagem econômica caso opte por vendê-las, inclusive para a própria empresa. Nesse caso, o resultado positivo auferido pelo empregado será tributado pelo Imposto de Renda como ganho de capital.

No phantom stock option, tal como no plano stock options convencional, a empresa outorga ao empregado a opção de adquirir uma certa quantidade de ações por valor pré-fixado, após cumprido um período de maturação. Entretanto, diferentemente da modalidade clássica, o exercício da opção não é feito com a compra das ações. Nesse caso, a empresa emissora das ações paga ao empregado a diferença entre o valor de mercado das ações e o valor de outorga das mesmas, antecipando uma potencial revenda que o participante faria das ações outorgadas. Esse valor pago ao participante é geralmente considerado como remuneração (tem natureza salarial, no caso de ele ser um empregado) e é tributado pelo Imposto de Renda como rendimento, segundo a tabela progressiva.”

Como se vê, a diferença básica entre as duas classificações reside no fato de que, enquanto na “stock option” clássica a empresa não desembolsa qualquer valor, uma vez que as ações são emitidas preferencialmente ao administrador ou empregado a valor pré-fixado, na “phantom stock option” as ações são emitidas com valor pré-fixado, porém a empresa paga, ao administrador ou empregado, a diferença verificada entre o valor de mercado das ações e o valor de outorga.

Analisando a clássica operação de “stock option”, é imperioso salientar que, embora o CPC 10 classifique, em geral, “stock options” como espécie de despesas de remuneração, para efeitos de lançamento contábil, em termos jurídicos, o plano de opção de compra de ações, dado o modo pelo qual é instrumentalizado e a finalidade a que se destina, não se enquadra no conceito de remuneração.

Vale ressaltar que há discussão em torno do reconhecimento contábil da “stock options” como despesas de remuneração. Marcos Shigueo Takata, no artigo acima mencionado, revela:

“Sem prejuízo do Direito Contábil posto, ainda há discussão doutrinária sobre tratar o reconhecimento contábil das stock options como despesa da empresa. Sobre isso, iremos abordar mais detidamente no outro tópico. Houve muita discussão a respeito, inclusive quanto à não contabilização das stock options (e não somente quanto a tratar como despesa da empresa o registro contábil), envolvendo inclusive o Congresso norte-americano, para que não houvesse o registro contábil “sugerido” pelo FASB. A discussão era (e ainda é) de quem deveria arcar com os ônus do “pagamento baseado em ações” (stock options) – se a empresa (acionistas).

10.2 Em resumo, o argumento contrário ao registro contábil é centrado seguinte. O fato de que na outorga de stock options aos executivos não há desembolso de caixa pela empresa, mas apenas o custo de oportunidade para ela, na medida em que ela receberá (se exercidas as stock options) menos do que ela poderia obter se colocasse as ações (distribuições), no exercício das stock options, i. e., menos do que valeriam as ações. E, por outro lado, os ônus dos acionistas são evidentes, pois é fato que há diluição da participação deles, com a “entrada” de novos acionistas, com o exercício das stock options, e que se dá por valor inferior ao que as ações valem nesse momento.”

Sem prejuízo dos posicionamentos acima citados, entendo que a regulamentação contábil não interfere na natureza jurídica do instituto, bem como no seu tratamento perante as contribuições previdenciárias.

Como visto, o *stock option plan* é aquele que possibilita a um sujeito de comprar, caso decida exercer essa faculdade, numa data futura, ações de uma empresa, por um preço determinado.

A contribuição previdenciária, nos moldes estabelecidos pelo artigo 195, inciso I, “a” da Constituição Federal e, para o caso concreto, no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, incide quando há pagamento de remuneração a segurado que preste serviços sem vínculo empregatício. Destaco lições de Paulo de Barros de Carvalho em sua obra *Direito Tributário, Linguagem e Método*, Noeses, 2ª ed., pag. 719:

“São dois, portanto, os fatos susceptíveis de sofrerem a incidência da contribuição previdenciária prevista no art. 195, I, “a”, da Constituição: (i) pagamento de folha de salários em razão de serviços prestados na vigência de relação de emprego; e (ii) pagamento de remuneração ao trabalhador que preste serviços sem vínculo empregatício.”

Embora o conceito de remuneração seja amplo, de modo a abranger o pagamento a qualquer título para recompensar o serviço prestado pelo segurado, não há como admitir, pelo próprio conceito do “*stock option plan*”, na sua modalidade tradicional, tal como a verificada nos autos, seja considerado remuneração, haja vista que a relação jurídica fixada entre os sujeitos de direito, quais sejam, empresa e segurado é diametralmente oposta àquela albergada pelas contribuições.

A relação jurídica objeto das contribuições é aquela em que a empresa tem o dever de pagar remuneração e o direito de exigir a prestação de serviços, sendo que o segurado tem o dever de prestar os serviços e o direito de receber a remuneração devida. No entanto, no âmbito do plano de opção de compra de ações, o segurado tem o direito de comprar ou não as ações e, caso opte por exercê-lo, efetuará o pagamento à empresa proporcionalmente ao volume de ações adquiridas, ao preço fixado no plano.

Nessa situação, a empresa tem o direito de receber o pagamento pelas ações e dever de entregá-las ao segurado, enquanto que este terá o dever de pagar pelas ações e o direito a recebê-las em sua órbita patrimonial.

É importante salientar que, da perspectiva do segurado, essa transação não é vista como recompensa do seu trabalho prestado, pois, embora compre as ações a preço pré-estabelecido e em valor menor ao que é negociado no mercado, não deixa de se submeter ao risco do negócio, ou seja, não só de não obter a rentabilidade esperada, como também perder o que investiu.

Ademais, não posso deixar de manifestar a minha preocupação com a forma como foi determinada a base de cálculo das contribuições previdenciárias no caso concreto, a qual resultou da diferença existente entre o valor da ação no mercado, no momento em que foi exercida a opção de compra e o valor de aquisição pelos segurados.

O problema dessa sistemática é que além de, na minha visão, não ter ocorrido o fato gerador das contribuições, a base de cálculo é especulativa, pois além de não confirmar a relação jurídica tributária, já que essa não ocorreu, toma por base uma expectativa futura de ganho, o qual pode ou não ocorrer, já que depende de posterior alienação das ações por parte do segurado e que estas sejam avaliadas no mercado por valor acima daquele pago quando da aquisição.

Outro dado importante a ser avaliado é que o aumento ou a diminuição da diferença enquadrada como “remuneração” não está atrelada à prestação de serviços do segurado, mas sim à cotação das ações no mercado, o que demonstra a completa interdependência das relações jurídicas outrora analisadas. E, o valor recebido na venda, não é pago pela empresa, mas por terceiro que adquiriu as ações.

O Professor Fábio Ulhoa Coelho, em sua obra Curso de Direito Comercial, vol. 2., Saraiva, pag. 170, demonstra minudentemente o negócio jurídico entabulado entre as partes na órbita do “*stock options plan*”:

“(...) Trata-se de negócio jurídico, pelo qual a companhia se obriga, a partir da declaração de vontade do executivo beneficiário (exercício da opção) e pagamento por este preço, a entregar-lhe ações de sua emissão, em quantidade e espécie previamente definidas no instrumento de opção.”

De fato, o plano de opção de compra de ações aqui analisado é uma relação jurídica típica de direito civil, a qual tem por objeto permitir que o segurado exerça ou não uma faculdade de adquirir ações da empresa, após ultrapassado o período de carência e mediante o pagamento de preço, não envolvendo a troca de prestação de serviços por remuneração, embora ocorrido no curso da relação de trabalho.

No Recurso Especial nº 1.185.685-SP, a 1ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, reproduzindo o Professor Roque Antonio Carrazza, assim se posicionou:

“As vantagens atribuídas aos beneficiários, longe de tipificarem compensações pelo trabalho realizado, são concedidas no interesse e de acordo com as conveniências do empregador. (...) Os benefícios do trabalhador, que não correspondem a contraprestações sinalagmáticas da relação existente entre ele e a empresa não representam remuneração do trabalho, circunstância que nos reconduz à proposição, acima formulada, de que não integram a base de cálculo in concreto das contribuições previdenciárias”.(CARRAZZA, Roque Antônio. fls. 2583/2585, e-STJ)”

Aprofundando nessa temática e em atenção ao caso desses autos, enquanto o plano de opção de compra de ações, quando exercido o direito de compra, teve por objeto uma obrigação de dar, uma vez que o segurado entregou dinheiro em troca de ações, a relação jurídica inserida no contexto das contribuições previdenciárias, tem por natureza contraprestacional uma obrigação de fazer.

Tal fato revela que as relações jurídicas são completamente distintas e interdependentes, não havendo qualquer conexão entre ambas.

Esse é, aliás, o entendimento que vem sendo albergado pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, conforme se depreende do aresto a seguir transcrito. Confira:

“OPTION PLANS. NATUREZA SALARIAL. Não se configura a natureza salarial da parcela quando a vantagem percebida está desvinculada da força de trabalho disponibilizada e se insere no poder deliberativo do empregado, não se visualizando as ofensas aos arts. 457 e 458 da CLT. Os arestos colacionados revelam-se

inservíveis, nos termos da Súmula nº 296 do TST e do art. 896 da CLT. Recurso não conhecido.

Voto

1.4 - STOCK OPTION PLANS. NATUREZA SALARIAL

Sustenta o reclamante a natureza salarial do benefício, alegando que a opção de compra de ações é um benefício que faz parte da estratégia de remuneração da empresa. Aponta violação aos arts. 457 e 458 da CLT e indica arestos para confronto. O Regional consignou às fls. 891:

"A opção pela compra de ações é um benefício, o qual faz parte da estratégia de remuneração da empresa, a qual, porém, não tem o escopo de remunerar os serviços prestados, já que eventual benefício efetivo a empregado está na razão direta do aumento do valor das ações da empresa. Em outras palavras, esse título não é salário, pois, não está vinculado a efetiva prestação dos serviços. O fato de o autor ter tido sucesso com tais ações (fls. 791) não implica em dizer que essa parcela seja de cunho salarial. Esse lucro é derivado dos valores de mercado das ações da reclamada e não se vinculam diretamente ou indiretamente a força de trabalho disponibilizada pelo reclamante à reclamada."

Não se configura a natureza salarial da parcela quando a vantagem percebida está desvinculada da força de trabalho disponibilizada e se insere no poder deliberativo do empregado, não se visualizando as ofensas aos arts. 457 e 458 da CLT.

Nesse sentido escreve Sérgio Pinto Martins, em artigo sobre a natureza do stock options no direito do trabalho, publicado no repertório IOB de jurisprudência nº 16/01, página 304:

"Natureza jurídica da opção de compra de ações é mercantil, embora feita durante contrato de trabalho, pois representa mera compra e venda de ações. Envolve a opção um ganho financeiro, sendo até um investimento feito pelo empregado nas ações da empresa. Por se tratar de risco do negócio, em que as ações ora estão valorizadas, ora perdem seu valor, o empregado pode ter prejuízo com a operação. É uma situação aleatória, que nada tem a ver com o empregador em si, mas com o mercado de ações."

Igualmente Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, em artigo publicado na Revista IOB, nº 199-janeiro/2006, filia-se à corrente que destaca a natureza mercantil da opção de compra de ações.

Com efeito, segundo escreve:

"A Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976, artigo 168, § 3º) prevê a possibilidade de os empregados participarem das ações da empresa por meio de plano de opção de compra de ações, negociados no mercado de capitais, por um dado preço e em certo período. O contrato de opção de compra de ações negociados no mercado de capitais tem natureza jurídica mercantil e, por conseguinte, não integra o contrato de trabalho.

Atribui ao empregado a opção de aquisição de lotes de ação, dentro de um prazo predeterminado, por meio de pagamento de um preço pré-fixado. O proveito obtido pelo empregado com a venda de ações não se confunde com o salário. Nesse caso o empregado adquire uma personalidade mista de assalariado e capitalista."

Já os arestos colacionados às fls. 993/994 revelam-se inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296 do TST, pois o primeiro refere-se ao prêmio-produtividade e o segundo trata dos "bichos" pagos em função do desempenho da equipe de futebol, hipóteses distintas da discutida nos autos. O aresto de fls. 995 é originário de Turma do TST, sendo inservível, na esteira do art. 896 da CLT.

Não conheço. Brasília, 15 de março de 2006."

(Processo nº TST-RR-3273/1998-064-02-007; CJ AIRR-3273/1998-064-02-40.1; Ministro Relator: Barros Levenhagen)

Diante desse panorama, não se pode falar em incidência das contribuições previdenciárias sobre o plano de opção de compra de ações da recorrente, pois não há, nesse caso, pagamento de valores pelo empregador ao segurado a título de contraprestação de serviços, não restando, assim, configurada a hipótese de remuneração, nos termos do artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91.

Multa

Segundo as novas disposições legais, a multa de mora que antes respeitava a gradação prevista na redação original do artigo 35, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passou a ser prevista no caput desse mesmo artigo, mas agora limitada a 20% (vinte por cento), uma vez que submetida às disposições do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Incabível a comparação da multa prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, já que este dispositivo veicula multa de ofício, a qual não existia na legislação previdenciária à época do lançamento e, de acordo com o 106 do Código Tributário Nacional deve ser verificado o fato punido.

Ora se o fato "atraso" aqui apurado era punido com multa moratória, consequentemente, com a alteração da ordem jurídica, só pode lhe ser aplicada, se for o caso, a novel multa moratória, prevista no caput do artigo 35 *caput* acima citado.

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

Ante o exposto, VOTO no sentido de CONHECER o recurso voluntário e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)

Adriano Gonzales Silvério – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Oliveira, Redator Designado.

Com todo respeito ao nobre Relator, divirjo de suas conclusões e apresento o voto vencedor quanto:

1. Ao conhecimento da preliminar apresentada por memoriais, após a apresentação do recurso; e
2. No mérito, sobre a conceituação da natureza jurídica da concessão de *stock options*, pois a conceituo, diversamente do que decidiu o excelso Relator, como parcela que integra o Salário de Contribuição.

Quanto ao conhecimento da preliminar, o Relator afirma em seu voto que:

“Em sede de memoriais e da tribuna o patrono do sujeito passivo alegou que haveria nulidade na autuação, uma vez que a fiscalização previdenciária tomou como base de cálculo das contribuições a data do exercício da opção, assim considerada aquelas registradas em atas de assembléia anexadas aos autos, as quais relatam que o acionista estaria integralizando em moeda corrente nacional as ações adquiridas naquele momento.”

A Legislação possui regra para análise e conhecimento.

Decreto 70.235/1972:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

...

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

...

II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial.

A legislação, portanto, define que os limites do litígio são definidos na impugnação, pois as matérias que não foram expressamente contestadas considerar-se-ão não impugnadas.

O sujeito passivo, depois do recurso especial, já na tribuna, no momento do julgamento, apresenta contestação de que – como define o Relator – a base de cálculo está equivocada, pois a data da sua conceituação não foi a correta.

Somos flexíveis em interpretar o Art. 17, do Decreto 70.235/1972, acima, para buscar a verdade material, quando esta for clara, ou apresente um grau de dúvida relevante quanto à correção do lançamento.

Essa restrição quanto à aceitação de argumentos – como determina a legislação - ocorre para que o trâmite processual transcorra da forma correta, com análise em todas as esferas de decisão, pois, ao apreciarmos argumento que não foi impugnado estamos definindo a ausência de análise nas Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil.

Soma-se a esse fato a definição de que o argumento da recorrente – em nosso entender e nesse caso - não demonstra que a verdade material foi prejudicada, nem se conceitua como dúvida relevante quanto à correção do lançamento.

Portanto, não conheço da alegação.

Quanto ao mérito, o litígio em questão, conforme muito bem definido pelo nobre relator, possui seu cerne na questão da caracterização, ou não, dos valores pagos como “stock options” em Salário de Contribuição (SC), para contribuintes individuais.

A definição legal de SC está presente na legislação.

Lei 8.212/1991:

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

...

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

...

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

...

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

Portanto, para a definição do SC deve-se definir no que consiste o termo remuneração.

Remuneração – para o contribuinte individual - conforme o presente caso, é definida como:

1. Todo e qualquer pagamento ou crédito feito ao segurado;
2. Em decorrência da prestação de serviço, pelo trabalho, pela prestação de serviços, de forma direta ou indireta; e
3. Em dinheiro ou sob a forma de utilidades.

São elementos característicos da remuneração, dos contribuintes individuais, como no caso em questão:

- 1. Pagamento pelo trabalho ou para o trabalho:** deve-se distinguir "o que é pago pelo trabalho e o que é pago para o trabalho";
- 2. Integração ao patrimônio do trabalhador:** deve-se verificar quais parcelas representam ganhos para o trabalhador, para integrarem a remuneração. A análise deve sempre partir do ponto de vista do aumento patrimonial do trabalhador. *Geralmente, os pagamentos indiretos representam vantagens materiais ou imateriais proporcionadas pelo empregador, com o objetivo de aumentar a remuneração do trabalhador, a sua satisfação, a preservação da mão-de-obra e a melhoria nas relações de trabalho, visando um aumento de produtividade;*
- 3. Irrelevância do título:** a Lei 8.212/91 não dá importância ao título da remuneração, quando dispõe, em seus artigos 22 e 28, "... remunerações pagas ou creditadas a qualquer título". *Significa que importa a natureza do pagamento, e não o nome dado. Se for um ganho decorrente do trabalho, é remuneração e integra o salário-de-contribuição.*

Feitas essas considerações, necessitamos analisar o que são "stock options (SO)".

SO são operações financeiras nas quais são **comercializadas** opções de compra de ações de empresas, por um preço pré-estabelecido, que deverão ser exercidas em certo prazo.

Ou seja, o comprador adquire, paga, por um direito de comprar a ação por um certo e definido preço, após um certo período.

Caso a soma do valor gasto com o direito, mais o valor definido seja menor do que o valor da ação na data estipulada, o comprador da SO pode exercer seu direito e obter um ganho financeiro, seja pela venda da ação, seja pelo aumento de patrimônio, na manutenção da ação.

Ao contrário, caso, por exemplo, na data estipulada e definida, as ações apresentem valor inferior ao definido somado ao que foi pago pelo direito de compra, a opção de compra não é exercida, pois gerará prejuízo, já que será pago valor maior do que o exercido pelo mercado naquela data.

Lucro ou prejuízo, sim, são características que podem ocorrer em um negócio mercantil.

Para as empresas há interesse nas SO, pois estreita a relação entre empresa e segurado.

Para o segurado a facilidade reside em transacionar diretamente com a empresa, ser parte na variação do valor das ações, realizar aplicação financeira, auxiliar no aumento do valor patrimonial da empresa.

Portanto, para que as SO não tenham caráter remuneratório há requisitos a serem cumpridos, como a incerteza, o risco, comum nas aplicações financeiras, sejam quais forem.

No presente caso, as regras de mercado não foram seguidas, não se trata de investimento do segurado, pois as SO não foram adquiridas, mas sim outorgadas, concedidas, dadas, como deixa claro o documento intitulado “Diretrizes de Elaboração e Estruturação de Plano de Opção de Compra de Ações”, assim como deixa claro qualquer documento nos autos sobre o pagamento de tais direitos pelos segurados citados.

Portanto, há o primeiro ganho dos segurados, não pagar, ser isento em adquirir um direito, que é, aliás, negociado pelas empresas de capital aberto e devidamente tributado, pelo Fisco.

Outro ponto interessante, que evidencia o **ganho**, é que o valor futuro definido não pode, como no plano em questão, ser menor do que o valor atual, na data da concessão, pois nenhuma empresa de capital aberto tem como meta a perda do valor de suas ações.

Em constando essa característica, como no presente caso, há prova de um benefício dado, com a anulação do risco, seja por receber gratuitamente a SO, seja pela ausência de lógica de uma empresa apontar que o valor da ação pode vir a ser menor do que o valor ofertado ao segurado para adquirir no futuro.

O próprio Relator, em seu voto, traz definições que nos levam a conceituar – no presente caso – o benefício como salário de contribuição, vejamos:

“A partir daí, foi editada a Deliberação CVM nº 562/2008, a qual aprovou o Pronunciamento Técnico CPC nº 10, dispondo sobre o tratamento contábil a ser dado aos planos de opção de compra de ações, conforme se depreende do trecho abaixo extraído do preâmbulo do sumário do referido pronunciamento:

*“As entidades frequentemente outorgam ações ou opções de ações para seus empregados ou outras partes. Planos de Ações e de Opções de Ações constituem uma característica comum da **REMUNERAÇÃO** de diretores, executivos e muitos outros empregados. Algumas entidades emitem ações ou opções de ações para pagamento de seus fornecedores e prestadores de serviços profissionais.”*

...

*“No stock option clássico, a empresa outorga ao empregado a opção de adquirir determinada quantidade de ações por um preço pré-fixado. O exercício da opção fica condicionado ao transcurso de determinado prazo de maturação das ações. Após esse prazo o beneficiado pode exercer sua opção e adquirir, por meio de um negócio de compra e venda, as ações pelo preço originalmente oferecido pela companhia. Ele passará, então, a ser proprietário das ações. Uma vez adquiridas as ações nestes termos, cabe ao participante avaliar a conveniência e o melhor momento para vendê-las no mercado. Caso o valor de mercado das ações seja superior ao valor de exercício, **O EMPREGADO PODE AUFERIR VANTAGEM ECONÔMICA** caso opte por vendê-las, inclusive para a própria empresa. Nesse caso, o resultado positivo auferido pelo empregado será tributado pelo Imposto de Renda como ganho de capital.*

*No phantom stock option, tal como no plano stock options convencional, a empresa outorga ao empregado a opção de adquirir uma certa quantidade de ações por valor pré-fixado, após cumprido um período de maturação. Entretanto, diferentemente da modalidade clássica, o exercício da opção não é feito com a compra das ações. Nesse caso, a empresa emissora das ações paga ao empregado a diferença entre o valor de mercado das ações e o valor de outorga das mesmas, antecipando uma potencial revenda que o participante faria das ações outorgadas. **ESSE VALOR PAGO AO PARTICIPANTE É GERALMENTE CONSIDERADO COMO REMUNERAÇÃO** (tem natureza salarial, no caso de ele ser um empregado) e é tributado pelo Imposto de Renda como rendimento, segundo a tabela progressiva.”*

Notemos que – nos textos acima – o próprio Relator traz definições de que o as *stock options* são vantagens, remuneração, ganho econômico, o que só reforça nosso entendimento de que o valor do benefício deve integrar o Salário de Contribuição.

Devemos ressaltar que estamos tratando de remuneração de contribuintes individuais, não empregados, assim, as características do salário de contribuição para os contribuintes individuais estão presentes, pois:

1. O benefício foi concedido **pelo trabalho**, já que é concedido de forma favorecida somente àqueles que possuem relação de prestação de serviços para o sujeito passivo;
2. **Integraram-se ao patrimônio do trabalhador**, pois representaram ganhos para o trabalhador, integrando sua remuneração, já que propiciaram o aumento do patrimônio do trabalhador;
3. **Irrelevante seu título**, pois o que *importa é a natureza jurídica do pagamento/benefício, já que é um ganho decorrente do trabalho*;
4. **Não pode se conceituar como negócio mercantil**, pois não há risco algum, característica inerente a esse tipo de negócio;

Por todo exposto, a meu ver, estão claras as características que definem a remuneração a contribuintes individuais, devendo ser mantido o lançamento.

CONCLUSÃO:

Em razão do exposto, preliminarmente, voto em não conhecer do argumento apresentado e, no mérito, voto em negar provimento ao recurso, nos termos do voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Declaração de Voto

Conselheiro Mauro José Silva,

Apresentamos nossas considerações sobre alguns aspectos relacionados à matéria apresentada pela recorrente ou que consideramos como de ordem pública.

Stock options plan . Natureza remuneratória.

As *stock options*, ou opções de compras de ações, estão previstas na Lei da S/A, Lei 6.404/76, em seu art. 168, parágrafo 3º:

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

(...)

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

Como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) tem poderes para disciplinar, normatizar e fiscalizar a atuação dos diversos integrantes do mercado de valores mobiliários (art. 8º da Lei 6.385/76), é absolutamente relevante sua compreensão do funcionamento e da natureza das *stock options*.

Para a CVM¹, a definição de *stock options plan* está estreitamente associada a uma forma de remuneração:

Na configuração mais comum, a opção de ações dá ao empregado o direito de comprar um certo número de ações da companhia a um preço fixo por um certo número de anos. O preço pelo qual a opção é concedida é usualmente o preço de mercado na data em que as opções são concedidas. A lógica deste benefício é a expectativa que o preço das ações subirá e os empregados poderão comprá-la pelo exercício (compra) a um preço mais baixo que foi referenciado no momento da concessão e vendê-lo pelo preço corrente do mercado, por exemplo.

¹ Cf. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007. Brasília, 14 fev. 2007, item 25.3. Autenticado digitalmente em 08/04/2014 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 08/04/2014 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 14/04/2014 por ADRIANO GONZALES SILVERIO, Assinado digitalmente em 09/04/2014 por MAURO JOSE SILVA
Impresso em 22/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A concessão de ações aos empregados é considerada uma forma flexível de remuneração que pretende atrair e motivar os empregados concedendo uma parte do futuro crescimento da companhia. Essa forma também faz sentido para companhias abertas que pretendem manter uma forma contínua de remuneração e participação dos empregados na administração da companhia. A idéia geral é o benefício do aumento da produtividade e retenção de talentos adicionado à relativamente pequena diluição do capital através da concessão das opções em ações. O efeito positivo da remuneração aos empregados através da concessão de opções depende, em larga medida, da criação de um comprometimento real e significativo com os destinos da companhia. (destaques nossos)

A CVM², ao apresentar a definição de *stock options*, insiste em apontar a natureza remuneratória do incentivo:

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

Da definição adotada pela CVM, o destacamos algumas características das *stock options*:

1. Representam "o direito de comprar um certo número de ações da companhia a um preço fixo por um certo número de anos";
2. O preço pelo qual a opção é concedida é usualmente o preço de mercado na data em que as opções são concedidas;
3. Tem por objetivo um aumento de produtividade; E
4. São usadas para remunerar executivos e funcionários;

A despeito da posição da CVM que associa *stock options plan* a uma forma de remuneração, tanto de executivos (não empregados) como de empregados, faremos a seguir uma análise se, de fato, o benefício se amolda ao conceito de remuneração. Para tanto devemos separar a noção de remuneração dos empregados daquela aplicável aos diretores (executivos) não empregados.

Para o caso, interessa apenas a noção de remuneração a diretores não empregados.

Noção de remuneração de prestadores de serviços não empregados

Não sendo os diretores e/ou executivos empregados, sua relação com a empresa não está regida pela legislação trabalhista. Logo, o conceito de remuneração para os chamados contribuintes individuais não está adstrito ao conteúdo da CLT por força do art. 110 do CTN, como no caso dos empregados. Por conta disso, fomos buscar outras disposições de nosso direito positivo que tratem, genericamente, de remuneração e encontramos o art. 74 da Lei 8.383/91, *in verbis*:

Art. 74. Integrarão a remuneração dos beneficiários:

I - a contraprestação de arrendamento mercantil ou o aluguel ou, quando for o caso, os respectivos encargos de depreciação, atualizados monetariamente até a data do balanço:

a) de veículo utilizado no transporte de administradores, diretores, gerentes e seus assessores ou de terceiros em relação à pessoa jurídica;

b) de imóvel cedido para uso de qualquer pessoa dentre as referidas na alínea precedente;

II - as despesas com benefícios e vantagens concedidos pela empresa a administradores, diretores, gerentes e seus assessores, pagos diretamente ou através da contratação de terceiros, tais como:

a) a aquisição de alimentos ou quaisquer outros bens para utilização pelo beneficiário fora do estabelecimento da empresa;

b) os pagamentos relativos a clubes e assemelhados;

c) o salário e respectivos encargos sociais de empregados postos à disposição ou cedidos, pela empresa, a administradores, diretores, gerentes e seus assessores ou de terceiros;

d) a conservação, o custeio e a manutenção dos bens referidos no item I.

1º A empresa identificará os beneficiários das despesas e adicionará aos respectivos salários os valores a elas correspondentes.

(...)

A lei, portanto, no caso de administradores, gerentes e seus assessores inclui na remuneração todo e qualquer benefício ou vantagem concedido pela empresa. assim, o benefício representado pelo *stock options plan* está perfeitamente enquadrado na noção de remuneração dos prestadores de serviço não empregados.

Compreendendo a necessidade de ampliarmos a dialética sobre o tema, listamos alguns argumentos comuns àqueles que tentam demonstrar a natureza não remuneratória dos *stock options plan*:

1. É uma operação mercantil e não submetida ao direito trabalhista; e
2. O empregado ou prestador de serviço submete-se a um risco, podendo inclusive perder.

Para considerar os *stock options plan* como uma operação mercantil devemos indagar, inicialmente, qual seria esse mercado. Tratando-se de um direito derivado de um valor mobiliário, a ação, a resposta óbvia é: se for uma operação mercantil, será uma operação no mercado de valores mobiliários. Sendo assim, tem alta relevância a natureza atribuída pelo órgão regulador de tal mercado, a CVM, aos *stock options plan*. Como já vimos, a CVM, nos itens 25.2 e 25.3 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 é enfática ao afirmar que se trata de uma forma de remuneração de executivos e empregados e não uma simples "operação de mercado". Porém, mais relevante para afastarmos o argumento de que os *stock options plan* são uma operação mercantil é indagarmos como foi feita a oferta das *stock options*. Ou seja, devemos indagar se as *stock options* foram oferecidas ao público em geral, incluindo os empregados e diretores, ou foi oferecida somente aos empregados e diretores. Se foi oferecida ao público em geral, submetendo-se às regras do mercado e a aquisição das *stock options* pelos empregados e diretores foi feita nas mesmas condições do público em geral, será, sem dúvida uma operação mercantil. Porém, se foi oferecida somente aos empregados e diretores ou se empregados e diretores desfrutaram de condições especiais, fica afastada a natureza de operação mercantil, posto que não foi feita para o "mercado" e sim para um grupo de pessoas específico que possuía relação de emprego ou prestava serviços para a ofertante.

Em outras palavras, emerge naturalmente a estreita relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço, como empregado ou como diretor.

Nesse sentido temos as conclusões de Andrea Gonçalves Silva³:

“Nesse contexto, é incontroverso que a oferta de planos de stock options a trabalhadores decorre da relação de trabalho travada entre a empresa e o profissional, de sorte que os planos são ofertados a empregados e prestadores de serviços da companhia, e não a clientes, simpatizantes da empresa, ou qualquer outro grupo de pessoas. E mais, é por se tratar de um incentivo econômico estritamente ligado ao contrato de trabalho que, em caso de rompimento desse contrato antes do vesting date, extingue-se a expectativa de direito que o trabalhador detinha, e a opção que o plano garantia não poderá ser exercida.”

O empregado ou prestador de serviço submete-se a algum risco quando incluído num *stock options plan*? Geralmente, num *stock options plan* é concedido ao empregado ou prestador de serviço o direito de comprar um certo número de ações da companhia a um preço fixo a partir de uma certa data. Normalmente, esse direito é concedido de forma gratuita. Se na data em que for possível fazer a compra das ações o preço fixado na opção de compra for inferior ao preço de mercado, então concretiza-se um benefício para aquele que possui a opção de compra. Se, por outro lado, o preço de mercado for inferior ao preço constante da opção de compra, obviamente, o empregado ou prestador de serviço não irá realizar a compra. Teria o empregado ou prestador de serviço perdido algum dinheiro nessa última hipótese? Não, pois a opção de compra foi-lhe concedida gratuitamente. Não perdeu nada, apenas deixou de ganhar. É óbvio que só corre risco aquele que pode perder algo. Deixar de ganhar não representa risco. Não podemos confundir o período que antecede a compra das ações com o período posterior à compra destas. Até o momento da compra das ações o empregado ou prestador de serviço não corre risco algum. Se no momento da opção o valor de exercício desta for inferior ao valor da ação no mercado terá grande benefício, sendo que tal benefício foi-lhe concedido em virtude de sua prestação de serviço por um período de tempo na empresa, com nítido caráter contraprestativo e com habitualidade presente na prestação de serviços num período de tempo.

³ Cf. SILVA, Andrea Gonçalves Silva. *Stock options plan como uma forma de remuneração flexível*. Dissertação (Mestrado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 123.

Um exemplo ajuda a entender. A empresa E concede, em 20XX, a um grupo de empregados e diretores um *stock options plan* que consiste em poder adquirir ações da empresa daqui a dois anos pelo preço atual das ações no mercado, R\$10,00. Nenhum valor é cobrado dos prestadores de serviço para receberem a *stock option* e somente poderá exercer a opção aquele que se mantiver ligado a empresa durante todo o transcorrer dos dois anos. Transcorrido tal período, a ação da empresa E está cotada a R\$ 13,00 no mercado. Obviamente todos que possuem a *stock option* irão exercer sua opção e adquirir a ação da empresa E por R\$10,00, pois vislumbram vendê-las por R\$ 13,00 com ganho imediato de R\$3,00 por ação. O esforço de trabalho e dedicação dos prestadores de serviço durante dois anos foi recompensado com um bom ganho. Nesse momento esgota-se a relação trabalhista ou relativa a prestação de serviço. Naquele momento, se avaliarmos o patrimônio de cada prestador de serviço ele terá sido aumentado no valor correspondente a R\$ 3,00 por ação graças à sua prestação de serviços à empresa E durante os últimos dois anos. O que acontecer a partir desse momento deve-se a uma decisão pessoal do empregado ou prestador de serviço. Se alguns deles decidem não vender de imediato as ações adquiridas para mantê-las e aguardar uma maior valorização, é uma decisão que, de fato envolve risco, mas que em nada se relaciona com o momento anterior. Se alguns prestadores mantiverem as ações e estas, um ano depois, forem negociadas no mercado por R\$ 8,00, tais empregados terão, por decisão pessoal, perdido parte de seu patrimônio. Ou seja, deixaram de realizar um ganho imediato e concreto de R\$3,00 - ganho este totalmente relacionado à prestação de serviço na empresa E - e amargaram uma perda de R\$ 2,00. Porém, tal perda é resultada de uma operação autônoma e posterior ao encerramento do *stock options plan*. A partir do momento que exerceu direito de compra, o prestador de serviço, que podia realizar um ganho imediato de R \$3,00, passou para a condição de acionista correndo todos os riscos destes. Aqueles que optaram por manter as ações poderiam, por outro lado, ter obtido um resultado positivo com isso, pois a ação poderia ter sido valorizada para, por exemplo, R\$ 16,00. Novamente esse ganho em nada se relacionaria com a prestação de serviços na empresa E e sim, com uma decisão pessoal como investidor.

Como muito bem apontou Andrea Gonçalves Silva, os argumentos que atribuem risco para o empregado nos *stock options plan* confundem qual foi o ativo econômico concedido pela empresa ao prestador de serviço. Vejamos:

Uma análise apurada dos planos de stock options demonstra que o ativo econômico oferecido ao trabalhador pela empresa são as opções de compra de ações, e não as ações subjacentes a essas opções.

(...)

Outrossim, a opção de compra de ações não atrai risco ao salário fixo do trabalhador, nem ao seu patrimônio pessoal, uma vez que o empresa dá ao trabalhador um ativo econômico distinto das ações subjacentes ao plano. Observe-se que o risco que o obreiro pode vir a assumir será deflagrado após a entrega da contraprestação do empregador, caso o trabalhador decida exercer suas opções e permanecer como o titular das ações decorrentes do plano de stock options. Deve-se ressaltar que a decisão acerca do exercício das opções e do momento de venda das ações frutos dessas opções em nada se atrela ao contrato de trabalho, tratando-se de uma decisão pessoal do profissional que, nesse ínterim, atua enquanto investidor que livremente gere seu patrimônio pessoal, não como prestador de serviços.(destaques nossos)

Antes de passarmos para as especificidades do caso concreto, registramos que a natureza remuneratória dos valores pagos no bojo de *stock options plan* é reconhecida na maioria dos países da Europa e nos Estados Unidos.

Nesse sentido, o Relatório Final do grupo de Peritos da Comissão Europeia⁴ assim consignou em relação aos países europeus:

“Apesar da natureza algo indefinida dos planos de opções de ações para empregados, eles são considerados, na maioria dos sistemas fiscais, como rendimentos do trabalho.”

Nos Estados Unidos, a natureza remuneratória é amplamente reconhecida, havendo, entretanto, benefícios fiscais específicos para alguns tipos de *stock options plan*.⁵

A par disso, vamos às especificidades do caso concreto.

No caso presente, o Relator descreveu a operação da seguinte maneira:

“Nessa situação, a empresa tem o direito de receber o pagamento pelas ações e dever de entregá-las ao segurado, enquanto que este terá o dever de pagar pelas ações e o direito a recebê-las em sua órbita patrimonial.”

Porém, tal descrição não captura integralmente os deveres do prestador de serviço, empregado ou diretor, pois este deve manter-se vinculado à empresa e prestando seus serviços durante um certo período de tempo. Tanto assim, que se houver o desligamento da empresa o prestador perderá o direito de exercer a opção. O caráter sinalagmático ou contraprestativo da operação é nítido. Pensar diferente ofende ao bom senso, sendo portanto fato notório, pois nenhuma empresa no mundo capitalista ofereceria uma vantagem ao prestador de serviço permitindo que no dia seguinte este deixe seus quadros e continue podendo reivindicar o benefício futuro. É óbvio o sinalagma consistente na obrigação do prestador de serviços manter-se prestando serviços para a empresa durante um certo período de tempo e na obrigação da empresa de vender ações por um preço pré-estabelecido.

⁴ Cf. COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da empresa. *Opções de ações para empregados. O enquadramento jurídico e administrativo dos planos de opções de ações para empregados na UE. Relatório final do grupo de peritos*. jun. 2003, p. 31.

⁵ Cf. BICKLEY, James M. *Employee stock options: tax treatment and tax issues*. Washington: Congressional Research Service, jun. 2012, passim.

Por todo o exposto, assentada a natureza remuneratória do benefício advindo do *stock options plan* oferecido aos diretores, bem como afastada natureza de operação mercantil ou a ocorrência de risco para o beneficiário do plano, voto por negar provimento ao Recurso quanto ao mérito.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva