



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

Processo n° 16327.720628/2015-77
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2301-005.772 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de dezembro de 2018
Matéria STOCK OPTIONS
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
ITAÚ UNIBANCO HOLDING S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2010 a 30/11/2011

PRELIMINAR. NULIDADE DA AUTUAÇÃO POR ERRO NO CRITÉRIO DO LANÇAMENTO, POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO. INDEFERIMENTO.

Somente são nulos os Autos quando constatada a ocorrência do Art. 59 do Decreto n. 70.235/1972. Não se vislumbra a ocorrência de quaisquer dessas hipóteses. O Relatório Fiscal deixa claro que a data de ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias é definida como a data do exercício das opções pelo empregado. Preliminar indeferida.

STOCK OPTION PLANS. PLANO OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES REGRA. NATUREZA MERCANTIL E NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NECESSÁRIA A EXISTÊNCIA DO RISCO. INEXISTÊNCIA DE RISCO, DERVITUAMENTO DO INSTRUMENTO E CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA SALARIAL COM INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Nos casos de opção de compra de ações das empregadoras pelos empregados ou diretores sem apoio financeiro daquelas, mediante preço representativo ao de mercado, não considera-se remuneração, nem fato gerador de contribuições previdenciárias, pois representam apenas um ato negocial da esfera civil/empresarial. Portanto, as Stock Options têm natureza mercantil e, desta forma, não incide Contribuição Previdenciária.

Entretanto, para que isso ocorra, necessário que a Contribuinte demonstre que no seu plano o funcionário paga pelas opções de compra de ações, que as ações tenham preço de acordo com o mercado, sendo este sujeito às variações de mercado, havendo o risco do investimento, que é inteiramente do funcionário.

O recebimento da Opção de Compra de Ação de forma gratuita pelo funcionário elide o risco do negócio. Se não há risco no negócio, perde-se a

natureza mercantil da Stock Option, constatando a natureza salarial e a incidência dos reflexos.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. DEVIDO. SÚMULA 108 CARF.

Súmula 108 CARF: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

RECURSO DE OFÍCIO. PROVIMENTO. STOCK OPTIONS. AÇÕES COM CLÁUSULA RESTRITIVA DE VENDA IMEDIATA. LOCK UP. NATUREZA SALARIAL. DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR INDEPENDENTE SE AS AÇÕES FORAM VENDIDAS A TERCEIROS.

Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações sujeitas à cláusula lock up, caracterizam-se como remuneração, cabível, portanto, a incidência de contribuições previdenciárias.

O exercício de opção é um direito que ingressa no patrimônio jurídico do beneficiário em razão da relação de trabalho que ele mantém com a empresa. No momento em que recebe as ações, o beneficiário já está sendo remunerado, afinal, mesmo antes de serem revendidas, as ações crescem ao patrimônio do trabalhador e lhe trazem uma série de vantagens, tais como, o direito ao recebimento de dividendos e juros sobre o capital próprio, direito ao voto, podem ser alugadas para terceiros e transferíveis por herança.

O fato gerador é remunerar a prestação do trabalho o que foi feito com a entrega das ações, ainda que submetidas a um prazo de lock up. Não se justifica a exclusão das ações submetidas a lock up do lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: 1) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa, que entendiam não tributável o recebimento de ações decorrente de opções simples, e 2) por voto de qualidade, dar provimento ao recurso de ofício, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato, que negavam provimento. Designada para fazer o voto vencedor do recurso de ofício a conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes.

João Maurício Vital - Presidente em Exercício.

(assinado digitalmente)

Juliana Marteli Fais Feriato - Relatora.

(assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Redatora Designada

(assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Maurício Vital (Presidente em Exercício), Antônio Sávio Nastureles, Alexandre Evaristo Pinto, Mônica Renata Mello Ferreira Stoll (suplente convocada para substituir o conselheiro Reginaldo Paixão Emos), Wesley Rocha, Sheila Aires Cartaxo Gomes (suplente convocada para substituir o conselheiro João Bellini Junior), Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato. Ausentes justificadamente os conselheiros João Bellini Junior e Reginaldo Paixão Emos.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 2501/2529) e Recurso de Ofício interpostos em face da decisão da DRJ (fls. 2476/ 2491) proferida pela 9ª Turma da DRJ/RPO, Acórdão 14-60.090 de 13 de abril de 2016, que julgou procedente em parte a Impugnação apresentada pelo Contribuinte nas fls. 2357/2383 e manteve em parte o crédito tributário lançado, cuja Ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2010 a 30/11/2011

STOCK OPTIONS. BENEFÍCIO OFERECIDO COMO CONTRAPRESTAÇÃO AO TRABALHO. CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS COMPATÍVEIS COM SUA NATUREZA REMUNERATÓRIA.

O benefício oferecido aos trabalhadores representado pelas ações da empresa negociadas a preços inferiores aos praticados pelo mercado em decorrência da adesão ao plano de opções de ações (stock options), destina-se a remunerar os serviços prestados. As características próprias deste benefício não são incompatíveis com sua natureza remuneratória.

STOCK OPTIONS. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DA REMUNERAÇÃO.

A remuneração se consuma com a efetiva transferência aos trabalhadores das ações, desde que estas possam ser

comercializadas no mercado financeiro de imediato, sendo irrelevante a futura destinação dessas ações.

STOCK OPTIONS. AÇÕES COM CLÁUSULA RESTRITIVA DE VENDA IMEDIATA. LOCK UP. IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO CORRESPONDENTE, CALCULADO COM BASE NO VALOR DE MERCADO, QUANDO AINDA NÃO ERA POSSÍVEL A VENDA DESSAS AÇÕES.

Não integra a base de cálculo os valores apurados em decorrência do ganho decorrente da aquisição pelos trabalhadores de ações oferecidas pela empresa a preços inferiores aos praticados pelo mercado, quando tais ações não poderiam ser negociadas pelos trabalhadores naquele momento, por estarem sujeitas à cláusula lock up (restrição para venda imediata).

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

Após o lançamento, incidem juros sobre a multa de ofício, pois, esta integra o crédito tributário lançado, não havendo que se fazer distinção em relação à aplicação da regra contida no artigo 161 do Código Tributário Nacional - CTN.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Conforme consta do Auto de Infração (fl. 2345/2353) e do Termo de Verificação Fiscal de fls. 2278/23339, trata-se do DEBCAD n. 51.011.157-2 AIOP onde foram apurados valores referentes à contribuição devida à Seguridade Social, prevista no art. 22, III, da Lei 8.212/91, incidente sobre a remuneração paga a diretores executivos (contribuintes individuais), sob a forma de outorga de opções de ações (Stock Options) que dão direito à subscrição de ações da companhia, lançando-se o crédito tributário no valor de R\$ 32.386.599,57 (trinta e dois milhões, trezentos e oitenta e seis mil reais, quinhentos e noventa e nove reais e cinquenta e sete centavos).

Segundo o Termo de Verificação Fiscal:

- A companhia outorga a opção de compra de ação dela própria “gratuitamente”; sendo que o trabalhador somente adquire a opção após o prazo de carência, sem pagar qualquer preço pela opção (não há prêmio, como ocorre no mercado de stock options).
- O proprietário da ação pode negociar as ações adquiridas gratuitamente de forma livre no mercado, inclusive na mesma data de exercício, ou então em momento que julgar mais oportuno e vantajoso, salvo os casos em que a empresa impõe condições, em geral temporais, para alienação da ação adquirida.
- Segundo o Termo de Verificação Fiscal, a concessão das *stock options* não se dá de forma gratuita, visto que a empresa ganha o serviço prestado como pagamento do prêmio, tratando-se de uma remuneração-utilidade, sendo que o trabalhador, ao não desembolsar

quantia em dinheiro para adquirir a *stock option*, só corre o risco de ganhar e nunca de perder, sendo a *stock option* uma operação sem quaisquer riscos para o trabalhador.

- Há o reconhecimento pela Contribuinte, em documentos societários e informativos, do caráter remuneratório da outorga de opção de ações aos seus diretores, cuja finalidade principal é a retenção de determinados profissionais e a contratação de outros.
- O fato gerador da obrigação tributária principal, em se tratando de situação jurídica pendente de condição suspensiva (como é o caso das outorgas de opções de ações para trabalhadores), reputa-se perfeito e acabado desde o momento do implemento da condição, ou seja, é mensurável pelo valor justo da opção de compra, tomando como base o valor justo das opções outorgadas na data da mensuração (outorga), baseando-se nos preços de mercado, se disponíveis;
- Uma vez que não foram apresentados os valores justos das opções outorgadas, e que o preço de exercício não reflete esse valor, a base de cálculo foi aferida pelo valor intrínseco da operação, ou seja, pela diferença, na data do exercício, entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício pago pelo beneficiário da opção.

A base de cálculo do lançamento das contribuições apuradas foi calculada de acordo com o plano adotado, sendo que existem dois - Opção Simples e Opção de Sócios. Para o primeiro, a base de cálculo das contribuições apuradas (montante da remuneração paga), conforme consta no Termo de Verificação Fiscal e demonstrado nas planilhas de fls. 2.340/2.344, foi calculada multiplicando-se a quantidade de opções outorgadas e passíveis de exercício pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data de vencimento do prazo de carência.

Para o último plano, não há pagamento de preço de exercício pelo beneficiário, esse pagamento se traduz em uma obrigação de fazer (nas opções bonificadas o participante deve investir em ações da empresa parte ou a integralidade da participação líquida nos lucros e resultados que tiver recebido no ano anterior. Assim sendo, para essas opções, a base de cálculo é aferida e calculada multiplicando-se a quantidade exercida pelo valor de mercado da ação na data do exercício.

A Contribuinte apresenta Impugnação nas fls. 2357/2383 requerendo:

- Preliminar de Nulidade da Autuação pela utilização do arbitramento fictício da base de cálculo, em que a fiscalização considerou como sendo a diferença entre o valor de mercado da ação x preço de exercício previsto no Plano de Opção, justificando seu provimento pela falta de apresentação do valor justo da outorga durante a fiscalização;
- Que somente após o decurso dos prazos previstos e da satisfação das demais condições do Plano é que o titular da opção pode exercê-la, dependendo, ainda, das condições e perspectivas do mercado de

ações, pois o exercício das opções pode, afinal, acarretar para ele (como ocorre com qualquer investidor no mercado de ações) um ganho ou uma perda;

- Que os Planos de Opções de Compra de Ações não têm caráter Salarial ou Remuneratório, visto que no presente caso há risco sim na operação, que há previsão expressa acerca da indisponibilidade de 50% das ações pelo prazo de dois anos após o exercício; que o titular das opções, para exercê-las e adquirir as ações, realiza um investimento num mercado de risco, como é o mercado de capitais; que não se trata de salário ou remuneração o potencial ganho, pois o eventual ganho que possa ser obtido no mercado de ações (assim como eventual perda) não depende do trabalho prestado pelo titular da opção, sendo que o resultado positivo ou negativo decorrerá das oscilações do mercado e não da execução da sua função profissional;
- Inexistência de remuneração diante do mero exercício de um direito de compra de ações sendo indevida as atuações sobre as pessoas exerceram a opção ofertada, mas não venderam a ação, visto que não ocorreu o fato gerador;
- Não Incidência de Juros Sobre Multa de Ofício;

Nas fls. 2476/2491 a DRJ entende pela procedência parcial da Impugnação, cuja fundamentação:

- No Brasil, ainda não há legislação previdenciária específica que discipline as stock options para empregados. Isso talvez porque essa modalidade de pagamento adotada por algumas empresas brasileiras seja ainda relativamente recente;
- Os pagamentos realizados por meio das stock options para empregados possuem as seguintes peculiaridades: é diferido, isto é, não observa a periodicidade mensal; são pessoais e intransferíveis, não sendo possível negociar as opções recebidas; convive ao lado da parcela remuneratória fixa e mensal também paga aos trabalhadores; depende de manifestação de vontade do trabalhador mediante a prévia adesão ao plano da empresa; o trabalhador não desembolsa valores para aquisição do direito de comprar ações da empresa; não é extensível a todos trabalhadores da empresa, pelo contrário, somente aqueles considerados pela administração como mais talentosos foram agraciados com o benefício. Algumas das características reforçam sua natureza previdenciária como o fato de ser pessoal e intransferível e não ser estendido a todos os empregados, razão pela qual não há como enquadrá-lo em qualquer das exceções previstas no §9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991;
- Sobre a discussão do fato gerador, o Relatório Fiscal deixa claro que a data de ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias é definida como a data do exercício das opções pelo empregado;
- Sobre os valores do prêmio para a Base de Cálculo, o prêmio é um valor fixo pago pelo comprador para adquirir o direito de opção de

compra das ações, somente utilizado nas stock options mercantis, ativos financeiros derivativos, negociados em bolsa de valores ou em mercados de balcão, sendo que o arbitramento, com base na Lei nº 8.212/1991, art. 33, §3º, realizado pela fiscalização foi justificado conforme razão de fl. 2334 – “Uma vez que não foram apresentados os valores justos das opções outorgadas, e que o preço de exercício não reflete esse valor, aferimos a base de cálculo pelo valor intrínseco da operação, ou seja, pela diferença, na data do exercício, entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício pago pelo beneficiário da opção”;

- Sobre a alegação de que o Relatório Fiscal não contém qualquer fundamentação ou motivação para a autuação dos Planos de Opções Bonificadas destinado aos altos executivos, verifica que a fiscalização explica as duas opções sendo que nas opções bonificadas o participante deve investir em ações da empresa parte ou a integralidade da participação líquida nos lucros e resultados que tiver recebido no ano anterior e o fato de o participante ser obrigado a investir em ações da empresa uma parte da remuneração global recebida da própria empresa não afasta o plano de opções bonificadas do plano de opções simples;
- Sobre a alegação de que a possibilidade de outorga de opções de compra de ações está prevista na legislação brasileira, notadamente no art. 168, §3º, da Lei nº 6.404/1976, este fato não retira o caráter remuneratório previdenciário do pagamento recebido, sendo que a Seguridade Social é regida por legislação própria, mais especificamente a Lei nº 8.212/1991;
- As doutrinas e julgados da Justiça do Trabalho que afastam a natureza salarial das Stock Options não podem servir de fundamento para a pretensão;
- Sobre a alegação de que a opção de compra das ações é um risco, verifica-se que após o empregado ou diretor possuir o direito de venda das ações recebidas, cabe ao mesmo decidir pela venda ou manter a propriedade das ações, não tendo mais vínculo com a empresa, e o eventual ganho não é completamente desconectado com o trabalho prestado pelo titular da opção, pois o acionista irá trabalhar para melhorar o desempenho da empresa;
- Sobre a alegação da condição indisponibilidade de 50% das ações pelo prazo de dois anos após o exercício – lock up – a DRJ entendeu que estas ações devem ter tratamento distinto, por estarem presas à cláusula restritiva de venda. Sobre estas ações não se pode dizer que tenham sido transferidas ao beneficiário do plano de ações desde logo com os mesmos atributos das ações que poderiam ser negociadas sem restrição temporal;

- A constrição imposta pela cláusula lock up interfere de maneira determinante, de modo que não se pode afirmar que tenha ocorrida a remuneração ao mesmo tempo em que o beneficiário exerceu a opção de compra das ações. Isso porque somente após o vencimento da cláusula impeditiva da venda pode-se dizer que houve a transferência das ações ao trabalhador, com todos os benefícios que lhes são inerentes, sendo esta a situação considerada para a definição da remuneração sujeita à tributação. Desta maneira, os ganhos decorrentes das ações alcançadas pelo lock up deverão ser excluídos da base de cálculo das contribuições lançadas. Assim, a base de cálculo do lançamento deve ser reduzida em 50% (cinquenta por cento).
- Sobre os juros, observa que não houve a incidência de juros sobre a multa de ofício, mas somente sobre o valor principal, assim como, ainda que não se vislumbre na presente autuação a incidência de juros sobre a multa de ofício, a sua eventual cobrança em momento posterior, caso reconhecida a procedência do débito, encontra-se amparada pela legislação de regência.

Nas fls. 2501/2529, a Contribuinte apresenta seu Recurso Voluntário requerendo:

1. Nulidade da Autuação – erro no critério do lançamento. Ausência de motivação do lançamento, uma vez que a autoridade fiscal vinculou a retribuição da empresa pela prestação de serviços dos administradores a concessão gratuita das Stock Options, abdicando, a empresa, do prêmio, já que se tais opções fossem ofertadas em mercado, haveria essa cobrança em face do investidor. Em que pese a autoridade lançadora ter entendido pelo caráter remuneratório diante do fato de as ações serem concedidas de forma gratuita, houve a tributação no valor intrínseco da operação – diferença entre o valor do preço do exercício pago pelo executivo e o valor de mercado da ação que sequer foi vendida, de forma a se tributar a expectativa de direito, justificando a premissa com o argumento de que tal montante seria quantificável – Acórdão 2803-03.815 CARF da 3ª TE da 2ª Seção de 05/11/2014.
2. Ausência de motivação da autuação no que tange o plano de opções bonificadas;
3. Natureza societária dos planos de opções de compra de ações – os planos preveem condições associadas aos fatores de risco do mercado de ações, sendo que lei 6.404/76 (art. 168, §3º) permite a outorga, sendo matéria estatutária e o plano deve ser aprovado pela Assembleia Geral de Acionistas;
4. Do caráter não salarial ou remuneratório dos planos – as stock options não têm natureza salarial, consistem em programas, cuja a finalidade é incentivar os detentores de cargos de

- liderança e dentro das condições associadas aos fatores de risco, destaca-se a indisponibilidade de 50% das ações pelo prazo de dois anos após o exercício (oscilação e incerteza do mercado – investimento num mercado de risco, não havendo sustentação para a afirmação do Fisco de que se trata de verba salarial);
5. Inexistência de remuneração diante de mero exercício de um direito de compra de ações – ao autuar situações em que as pessoas exerceram a opção ofertada, mas não venderam a ação, o fiscal parte da premissa de que o fato gerador da contribuição previdenciária seria mera possibilidade de lucro na venda da ação no mercado, o que não encontra fundamento;
 6. Reconhecimento, pelo CARF, do caráter mercantil dos planos de stock options da Contribuinte – Acórdão 2401-003.890 de 11/02/2015 – sendo que o plano de opções de compra de ações nesta decisão do CARF é similar ao presente caso;
 7. Do plano de Opção de Compra de Ações Unibanco – Performance – Ações Bonificadas – esta outorga opções para aquisição de ações aos executivos altamente qualificados da contribuinte, com objetivo de atração e manutenção destes funcionários em seu quadro, sendo que para participar do programa, o executivo deve destinar o percentual de 50 a 100% do valor do seu Bônus Líquido para a aquisição de Ações próprias de emissão do Unibanco, a preço de mercado (sem subsídio algum da Contribuinte), assim como deverá manter as ações durante o prazo de 3 a 5 anos da data da opção outorgada, estando sujeito ao risco inerente à volatilidade da ação no mercado de capitais, encontra-se, portanto: onerosidade, risco e eventualidade – demonstrando ser contrato mercantil de risco;
 8. Efetiva possibilidade de perda de capital pelos beneficiários dos planos – termo de constatação da KPMG comprovou que a venda das ações nas datas permitidas pelo Plano resultaria em prejuízo ao executivo, conforme constata as simulações, que demonstrou que o plano da contribuinte é mera expectativa de direito, onerosa, eventual e sujeita ao risco da cotação das ações no mercado, afastando o caráter remuneratório da verba;
 9. Não incidência de juros sobre a multa de ofício;

Nas fls. 2735/3164 a Contribuinte junta dois Termos de Constatação elaborado pela KPMG sobre os planos de Stock Options ofertados pela mesma.

Embora intimada, a PGFN não apresentou Contrarrazões (fl. 2718).

Este é o relatório do processo.

Voto Vencido

Conselheira Relatora Juliana Marteli Fais Feriato

Admissibilidade

Conforme constata das fls. 2499, a Contribuinte teve acesso e intimação da decisão em 16/05/2016, iniciando-se o prazo de 30 dias para apresentação do recurso voluntário no dia 17/05/2016 e encerrando no dia 15/06/2016.

A Contribuinte apresentou recurso voluntário no dia 15/06/2016, portanto tempestivo o Recurso Voluntário, conheço do mesmo e passo a análise de seu mérito.

Com relação ao Recurso de Ofício, observa:

Súmula CARF nº 103: Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.

Conforme Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017, o valor de alçada aumentou para R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais). O valor exonerado na DRJ (fls. 342) não excede o limite.

Tendo em vista que o valor exonerado excede o limite de R\$2.500.000,00, conheço também do Recurso de Ofício.

Mérito

Preliminar – nulidade da autuação

A Contribuinte requer a nulidade da autuação por erro no critério do lançamento, por ausência de motivação do lançamento, uma vez que a autoridade fiscal vinculou a retribuição da empresa pela prestação de serviços dos administradores a concessão gratuita das Stock Options, abdicando, a empresa, do prêmio, já que se tais opções fossem ofertadas em mercado, haveria essa cobrança em face do investidor.

Segundo a Contribuinte, em que pese a autoridade lançadora ter entendido pelo caráter remuneratório diante do fato de as ações serem concedidas de forma gratuita, houve a tributação no valor intrínseco da operação, calculado com a diferença entre o valor do preço do exercício pago pelo executivo e o valor de mercado da ação que sequer foi vendida, de forma a se tributar a expectativa de direito, justificando a premissa com o argumento de que tal montante seria quantificável.

Somente são nulos os Autos quando constatada a ocorrência do Art. 59 do Decreto n. 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No presente caso, não se vislumbra a ocorrência de quaisquer uma das hipóteses previstas no Art. 59 do Decreto n. 70.235/1972.

O Relatório Fiscal deixa claro que a data de ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias é definida como a data do exercício das opções pelo empregado.

E ainda, se justifica a utilização arbitramento, com base na Lei nº 8.212/1991, art. 33, §3º, visto que a contribuinte, embora intimada para apresentar os valores justos das opções outorgadas e o Modelo Matemático utilizado no cálculo, respondeu que o valor justo é o preço atribuído ao objeto da opção, o qual se encontra informado na base analítica de opções de aquisição de ações de que trata o item 02 do Termo de Intimação Fiscal nº 03 no campo descrito como Preço de Exercício, ou seja, o preço de exercício não reflete o valor justo da opção outorgada, visto que corresponde ao valor pago pelo beneficiário para a obtenção da ação à qual a opção concede o direito e, diante do fato de que não foram apresentados os valores justos das opções outorgadas, e que o preço de exercício não reflete esse valor, a base de cálculo foi aferida pelo valor intrínseco da operação (diferença, na data do exercício, entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício pago pelo beneficiário da opção).

Portanto, não se vislumbra a ocorrência da nulidade arguida pela Contribuinte no lançamento do presente Auto de Infração.

Stock Options – Natureza Mercantil ou Salarial?

O presente caso trata da omissão de recolhimento de Contribuição Social Previdenciária incidente sobre o plano de Stock Options instituído pela Contribuinte em benefício aos seus empregados (todos do alto escalão), durante o período de apuração consistente de 01/06/2010 a 30/11/2011, em que houve o lançamento do crédito tributário no valor de R\$ 32.386.599,57 (trinta e dois milhões, trezentos e oitenta e seis mil reais, quinhentos e noventa e nove reais e cinquenta e sete centavos).

Sobre Stock Options, observa sua definição na doutrina como sendo uma remuneração baseada em ações, ou seja, uma opção de compra de ações oferecida a determinados empregados, com base em critérios estabelecidos previamente em um plano, ainda sem legislação específica.

Sua definição no dicionário jurídico em inglês determina ser Stock Options uma forma de compensação diferida que permite um empregado comprar ações das empresas a um preço fixo (como o preço prevalecente mercado no momento do contrato), a qualquer momento (como quando o preço de mercado tem aumentado) durante um determinado número

de anos.¹ (Merriam Webster's Dictionary of Law: "a form of deferred compensation that allows a employee to buy corporate stock at a set price (as the prevailing Market price at the time of the contract) at any time (as when the Market price has risen) during a designated number of years")

Surgiu primeiramente nos Estados Unidos, local em que o regime das *stock options* permite que os empregados comprem ações da empresa em um determinado período e por preço ajustado previamente. Se o valor da ação ultrapassa o preço, o beneficiário obtém lucro e, em consequência, duas alternativas lhe são oferecidas: revender de imediato a mais valia ou guardar os seus títulos e se tornar um empregado acionista.

As opções de ações possuem um prazo de validade e, não raro, também estão sujeitas a um período de carência. Seja dizer, contado da aquisição, pelo empregado, da opção de ações, deve transcorrer um período de carência, após o qual é conferido ao mesmo o direito de "exercer a opção", efetivamente realizando a compra das ações, no momento que lhe parecer mais favorável, sempre dentro do prazo de validade.

Para a formação do plano de opções de ações, são definidas regras, procedimentos e critérios para a sua produção de efeitos. Os planos são detalhados, na maioria das vezes, com informações acerca do tipo de ação a ser concedida, período de carência a ser respeitado, prazo de exercício da opção, dentre outros procedimentos a serem cumpridos para a execução do plano.

Portanto, nos EUA, a estrutura mínima dos planos de compra de ações consiste em ter: a) aprovação do plano pela assembleia-geral; b) outorga ou concessão do benefício; c) cumprimento das condições; d) período de exercício da opção; e) venda das ações. Destaca-se que a decisão em participar ou não do plano de opções de ações oferecido pela empresa é de cunho do empregado

Mas qual seria o objetivo da empregadora? São vários. Destacam-se:

1. Engajar o profissional no desenvolvimento e crescimento da empresa, de forma que a valorização da empresa e, conseqüentemente suas ações, traga benefícios não somente à empresa, mas também ao profissional participante do plano de ações → Cultura de Propriedade - *ownership* – "cuidando do que é seu";
2. Fazer nascer nos empregados a possibilidade de se tornarem acionistas das empresas para as quais trabalham e ainda obter um rendimento financeiro, quando, e se, for verificada a valorização das ações de sua empregadora;

Portanto, observa que o instituto é um incentivo ao empregado, a lutar pelo melhor desenvolvimento econômico da empresa, o que, conseqüentemente, permite a melhora no valor de suas ações da Companhia, assim como é um benefício para a empresa, que terá empregados incentivados a aumentar seu valor no mercado de ações.

Uma empresa valorizada e produtiva no mercado permite a efetivação da função social da propriedade privada, ou seja, permite: a permanência ativa da Fonte Pagadora dos empregados, possibilita o aumento na oferta de vagas de emprego, por ter maior demanda

¹ Tradução livre de Merriam Webster's Dictionary of Law: *a form of deferred compensation that allows a employee to buy corporate stock at a set price (as the prevailing Market price at the time of the contract) at any time (as when the Market price has risen) during a designated number of years.*

de seus produtos e serviços; viabiliza o aumento no pagamento de impostos ao Estado; aumenta o consumo no mercado interno com os demais credores que se relaciona para fornecimento dos bens de produção da cadeia produtiva, e etc. Em outras palavras, a empresa ativa e valorizada viabiliza o desenvolvimento econômico do próprio Estado.

Portanto, valoro o instituto como sendo de grande valia à produção e ao desenvolvimento econômico do Estado brasileiro.

Dentro da legislação brasileira, encontra-se sua permissão legislativa na Lei das S/A (6.404/1976), que em seu Art. 168 determina:

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.

Entretanto, não há sua previsão em outra legislação.

A falta de previsão normativa torna a remuneração baseada em ações uma figura atípica no nosso sistema jurídico: sem tratamento fiscal, previdenciário e trabalhista definido. A grande discussão sobre as Stock Options diz respeito à sua Natureza Jurídica. Se salarial, incide contribuições previdenciárias; se mercantil, não há incidência de contribuições sociais previdenciárias, havendo impactos apenas no momento da venda para a Pessoa Física.

Para a Fazenda Nacional no presente caso, há interpretação extensiva do Art. 33 da Lei 12.973/2014 no sentido de que o Plano de Stock Option incidirá contribuição previdenciária sobre o acréscimo patrimonial dos empregados considerando ser uma verba remuneratória e não indenizatória. Determina o art. 33 e 34 da Lei 12.973/2014:

Art. 33. O valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados.

§ 1º A remuneração de que trata o caput será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções, quando liquidados com instrumentos patrimoniais.

§ 2º Para efeito do disposto no § 1o, o valor a ser excluído será:

I - o efetivamente pago, quando a liquidação baseada em ação for efetuada em caixa ou outro ativo financeiro; ou

II - o reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial, quando a liquidação for efetuada em instrumentos patrimoniais.

Art. 34. As aquisições de serviços, na forma do art. 33 e liquidadas com instrumentos patrimoniais, terão efeitos no cálculo dos juros sobre o capital próprio de que trata o art. 9º da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, somente depois da transferência definitiva da propriedade dos referidos instrumentos patrimoniais.

Portanto, para o FISCO, como não há previsão no §9º do Art. 28 da Lei 8.212/91 de que as Stock Options não integram salário-de-contribuição, trata-se de um tipo de remuneração, ou seja, de salário indireto, e incide contribuição previdenciária.

Entretanto, trata-se de interpretação extensiva por parte do FISCO, ação contrária ao próprio ordenamento jurídico que determina o princípio da legalidade à administração pública e a autoridade fiscal não pode alterar o conteúdo de institutos privados para tributar, nos termos do Art. 110 do CTN:

CTN Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Não pode ter interpretação extensiva de forma a penalizar o contribuinte. Na Doutrina, verifica-se a prevalência do entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre as Stock Options:

Os planos de opções de compra de ações nada mais são do que oportunidades de investimentos sujeitos aos riscos e volatilidade do mercado inerentes às referidas operações financeiras. Nesse sentido, se posicionam Amauri Mascaro do Nascimento² e Sérgio Pinto Martins³, justificando que a relação estabelecida no âmbito das Stock Option é uma relação mercantil ligada a uma operação financeira.

Destacam-se outros posicionamentos:

Por isso, entendemos que o 'ganho' eventualmente obtido pelo trabalhador com a venda de 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 serviço⁴

Elas (ações) não representam um complemento da remuneração, mas um meio de estimular o empregado a fazer coincidir seus interesses com o dos acionistas. Isto porque, se o valor das ações da empresa subir, ganharão revendê-la.⁵

Neste conselho, verificam-se as seguintes decisões sobre a matéria:

*PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO
OBRIGAÇÃO PRINCIPAL EMPREGADOS E
CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS PLANO DE OPÇÃO PARA*

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Salário, Conceito e Proteção, Ed. LTr, 2008, pág. 378/379

³ MARTINS, Sergio Pinto. Natureza do Stock Option no Direito do Trabalho. Suplemento OT – Legislação, Jurisprudência e Doutrina, ano XXIV, n.11, p.3, São Paulo: Thomson IOB, nov. 2005

⁴ BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho, 7ª edição, editora Método, p. 832.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, p. 783.

COMPRA DE AÇÕES STOCK OPTIONS NATUREZA SALARIAL DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO

Em ocorrendo o desvirtuamento do stock options em sua concepção inicial, seja, pela adoção de política remuneratória na forma de outorga de ações, possibilidade de venda antecipada, estabelecimento do custo de R\$1,00, correlação com o desempenho para manutenção de talentos, **fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração.**

Na maneira como executado, como a minimização do risco pelo baixo custo e possibilidade de venda, sem nem mesmo ter o direito a totalidade das ações, passa a outorga de ações a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o trabalhador a opção de GANHAR COM A COMPRA DAS AÇÕES.

Não fosse essa a intenção da empresa, por qual motivo a recorrente teria estabelecido valores tão baixos. Correta a indicação de base de cálculo como o ganho real, (diferença entre o preço de exercício, previamente estipulado, e o preço de mercado no momento da compra de ações.), desde que constatado a natureza salarial da verba.

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

O fato gerador no caso de plano de stock options ocorre com o efetivo exercício do direito de adquirir ações, posto que, constatado o ganho do trabalhador, mesmo que não tenha havido a efetiva venda a terceiros. Para efeitos de aferir a natureza salarial do benefício, não há necessidade de que o trabalhador tenha recebido dinheiro, mas qualquer ganho auferido, mesmo na forma de utilidades, pode constituir remuneração e por consequência salário de contribuição para efeitos previdenciários.

IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR DATA DA CARÊNCIA ANTECIPADA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO DAS AÇÕES VÍCIO NO LANÇAMENTO.

O fato gerador de contribuições previdenciárias em relação ao plano de Stock Options ocorre pelo ganho auferido pelo trabalhador (mesmo que na condição de salário utilidade), quando o mesmo exerce o direito em relação as ações que lhe foram outorgadas. Improcedente o lançamento quando parte a autoridade fiscal de uma premissa equivocada de que o fato gerador no caso de stock options seria a data de vencimento da carência, independentemente do exercício das ações. Não há como atribuir ganho, se não demonstrou a autoridade fiscal, o efetivo exercício do direito de ações.

CARF. Acórdão nº 2401003.891, Sessão de 11 de fevereiro de 2015.

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.

Acórdão nº 2301-003.597, Sessão de 20 de junho de 2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Partindo do pressuposto de que os planos de opções de compra de ações (Stock Options) possuem natureza mercantil. Cabe a autoridade fiscal o ônus de demonstrar e comprovar que houve desvirtuamento dos referidos planos, a ponto de que venham a ser desnaturados como decorrentes de uma operação mercantil e caracterizados como remuneração indireta. Não comungo do entendimento de que a ausência de demonstração do desvirtuamento dos planos de opções de compra de ações (Stock Options), trate-se de mero vício formal, posto que caso a fiscalização não demonstre o efetivo desvirtuamento há de ser mantida a natureza mercantil dos referidos planos, que não se sujeitam à incidência de contribuições previdenciárias, o que acarreta a improcedência do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 OMISSÃO EM GFIP PREVIDENCIÁRIO STOCK OPTIONS

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação

que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.: “informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)”.

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e consequente concordância com os termos da autuação.

CARF. Acórdão n.º 2401-003.044, Sessão de 18 de junho de 2013

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES - STOCK OPTIONS; A) RELATO DO PRESENTE CONTRATO; B) NATUREZA JURÍDICA DAS OPÇÕES DE COMPRA DAS AÇÕES; C) DEFINIÇÃO DE STOCK OPTIONS; D) DESCARACTERIZAÇÃO DO STOCK OPTIONS COMO REMUNERAÇÃO - NATUREZA MERAMENTE MERCANTIL; E) ANÁLISE DO CONTRATO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES; F) AUSÊNCIA DO ASPECTO TEMPORAL E MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

Contrato de opção de compra de ações firmado com pessoa física que envolve o seu trabalho tem o caráter mercantil cível ou trabalhista, dependendo de suas características.

No caso em tela o contrato celebrado entre a Recorrente e o Beneficiário indicado, ficou comprovado que para exercer o direito de opção de compra de ações só pode ser exercido enquanto o Beneficiário mantiver vínculo empregatício, ou seja, uma condição sem a qual não (conditio sine qua non) existe o direito de compra de ações.

Contrato em que não há risco para a Recorrente na relação, ficando tão somente ao trabalhador que presta seu serviço em troca de um possível ganho de capital, o que fere a relação frontalmente, a medida que não há equidade nela.

No presente caso há traços marcantes da subordinação, dependência e controle, que determinam a relação de contrato de trabalho ao simples fato de a Recorrente estabelecer no contrato que a opção de compra somente poderá ser exercida pelo empregado/beneficiário enquanto este prestar serviços a ela e ou a Companhia.

CARF. Acórdão n.º 2301-004.137, sessão de 10 de setembro de 2014.

STOCK OPTION PLANS. PLANO OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES SEM PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA DA

EMPREGADORA. NATUREZA NÃO REMUNERATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Nos casos de opção de compra de ações das empregadoras pelos empregados ou diretores sem apoio financeiro daquelas, mediante preço representativo ao de mercado, não considera-se remuneração, nem fato gerador de contribuições previdenciárias, pois representam apenas um ato negocial da esfera civil/empresarial.

Acórdão nº 2803-03.815, Sessão de 5 de novembro de 2014.

A concessão de Stock Option é a oferta de uma opção de compra futura de ação da empresa. Portanto, uma opção de compra de ação é um valor mobiliário derivativo. Apesar do valor da opção derivar do valor da ação, opção e ação são bens totalmente distintos, independentes um do outro, sendo negociados individualmente no mercado e cuja aquisição traz diferentes consequências ao seu titular.

Quem adquire uma ação de uma empresa torna-se acionista dela. Já com a opção de compra de ação, adquire-se o direito e não a obrigação de comprar uma ação por um preço preestabelecido (chamado de preço de exercício da opção), numa data ou a partir de uma data também preestabelecida (que se denomina data de exercício da opção ou vencimento da opção e é uma data futura).

Portanto, analisando as decisões recentes dos planos de Stock Options e sua incidência de contribuição previdenciária, observa que este Conselho entente pela natureza mercantil das *Stock Options*, e, desta forma, não incide Contribuição Previdenciária.

Entretanto, para que isso ocorra, **necessário que a Contribuinte demonstre que no seu plano o funcionário paga pelas opções de compra de ações, que as ações tenham preço de acordo com o mercado, sendo este sujeito às variações de mercado, havendo o risco do investimento, que é inteiramente do funcionário.**

Caso contrário, haverá desvirtuamento do instituto, considerando-o como salário indireto e incidência dos reflexos que, neste caso, contribuição social previdenciária.

Assim sendo, o plano de Stock Option deverá contemplar os seguintes requisitos para que seja entendido como pagamento de natureza mercantil e não incidir contribuição previdenciária:

1. a opção de compra da ação deve ter prazo de carência para a aquisição da opção (data em que o empregado poderá efetivar a compra da ação);
2. a opção de compra de ação deverá prever o valor prefixado a ser pago pela ação no prazo de carência;
3. a aquisição da opção de compra deve ser onerosa (empregado deve pagar para ter a opção de compra de alguma forma);
4. deve haver o risco do investimento (o empregado não pode somente ganhar, deverá ter o risco de perder com a compra da opção), ou seja,

se no prazo da carência o valor da ação no mercado de valores estiver inferior ao preço pré-fixado, o empregado, provavelmente, não exercerá seu direito de opção de compra da ação, amargurando com o prejuízo do investimento na aquisição da opção de compra;

5. a aquisição da opção de compra não pode ser obrigatória (deve partir do empregado a decisão de adquirir ou não a opção de compra);
6. após a aquisição efetiva da ação, o proprietário da ação (empregado) pode disponibilizar sua ação da forma como pretender no mercado de valores;

Nota-se que há quatro momentos cruciais relacionados a stock options: outorga da stock option (disponibilização da opção de compra pela empresa), aquisição da stock option (empregado adquire a opção de compra), exercício da stock option (na data do exercício/carência, o empregado efetiva sua opção de compra e adquire as ações da empresa) e venda, livremente, da ação no mercado de valores.

No presente caso, observa através da análise dos planos para a outorga de opções de ações da Contribuinte, referentes ao período apurado, que a concessão da opção de compra das ações se dá na forma gratuita.

Não há qualquer contraprestação onerosa pelo funcionário, eleito pelo Comitê para ser agraciado com a Opção de Compra de Ação, para adquirir a Opção de Compra de Ação.

No caso em tela, ocorre da seguinte forma: o Comitê elege os funcionários que recebem, **gratuitamente**, a Opção de Compra de Ação. Nesta Opção de Compra de Ação resta estipulado o prazo de exercício/carência da opção de compra, ou seja, a data em que o funcionário poderá comprar efetivamente a ação da Companhia e se tornar acionista da mesma; e define o valor a ser pago pela ação, prefixado pelo Comitê, que leva em conta o valor de mercado de uma ação da Companhia dos últimos três meses, feito uma média aritmética, cujo valor pode crescer ou decrescer em até 20%, estipulação esta a cargo do próprio Comitê no momento da emissão da opção de compra de ações.

Quando chega a data do prazo de exercício/carência estipulado, o funcionário poderá escolher se compra ou não a ação. Se o valor da ação vendida na Bolsa de Valores na data do prazo de exercício/carência for maior que o valor estipulado na Opção de Compra de Ação, o empregado optará pela compra da ação, e, desta forma ganhará com a diferença dos valores. Em contrapartida, se o valor da ação vendida na Bolsa de Valores na data do prazo de exercício/carência for menor que o valor estipulado na Opção de Compra de Ação, o empregado não optará pela compra, perde a opção de compra e, desta forma não terá nenhum prejuízo, pois não pagou nada para ter a opção de compra.

Para facilitação, exemplifica: o Comitê da contribuinte outorga gratuitamente ao funcionário José uma opção de compra de ação da Companhia, com prazo de exercício/carência estipulado para 20/12/2019, e valor a ser pago pela ação de R\$13,00. Na data de 20/12/2019, a ação da Companhia tem valor de mercado de R\$25,00 e, portanto, por óbvio que o funcionário José exercer a compra da sua opção de compra, pois pagará R\$13,00 numa ação que vale R\$25,00, tendo lucro de R\$12,00. Mas se na data de 20/12/2019, a ação da Companhia tiver o valor de mercado de R\$10,00, o funcionário José não exercerá sua opção de compra de ação, pois o valor da Opção de Compra é superior ao valor de mercado. Ao não

exercer sua opção de compra de ação, o funcionário José não terá qualquer prejuízo, visto que não pagou qualquer valor para ter a Opção de Compra.

Portanto, não se vislumbra o risco do negócio no presente caso, pois o funcionário recebe de forma gratuita a Opção de Compra de Ação da Contribuinte. E se não há risco no negócio, perde-se a natureza mercantil da Stock Option, constatando a natureza salarial e a incidência dos reflexos.

Trata-se do requisito fundamental para caracterização da natureza mercantil das Stock Options, a necessidade de haver o risco no negócio, o que determina a necessidade de a Opção de Compra de Ação ser onerosa e NÃO gratuita, como ocorre no presente caso.

Inclusive, a Contribuinte já teve este mesmo plano de Stock Options analisado por este Conselho e, inclusive, com decisão recente perante a Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Acórdão 9202-006.628 de 21 de março de 2018), cujo entendimento foi pela caracterização da natureza salarial dos planos da Contribuinte, cuja Ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2007 a 31/12/2008

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. FATO GERADOR

DE IMPOSTO DE RENDA.

Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações, caracterizam-se como remuneração, cabível, desta forma a incidência de contribuições sociais previdenciárias.

Neste caso, em fevereiro de 2015, a 1ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção havia entendido que os ganhos dos diretores nos planos de compra de ações da Contribuinte não tinham natureza de salário, pois possuíam caráter mercantil, afastando-se a incidência de contribuição previdenciária. Entretanto a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) recorreu para a Câmara Superior, que reverteu o entendimento.

A reforma da decisão do Recurso Voluntário através do Recurso Especial manejado pelo Procurador se deu por voto de qualidade.

Para a Câmara Superior, os planos da Contribuinte tinham natureza jurídica de remuneração, tributável pela contribuição à Seguridade Social, visto que, nos termos do voto do Relator Conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior, os documentos apresentados pela própria Contribuinte à US Securities and Exchange Commission (equivalente norte-americana à Comissão de Valores Mobiliários), afirmam expressamente que as Stock Options são uma forma de remuneração variável aos funcionários.

Além disto, segundo entendimento formado pela Câmara Superior, o acordo dava margem para que o Comitê de Opções do Itaú Unibanco, gestor dos planos oferecidos aos empregados, ajustasse o preço de exercício, tratando-se de uma forma de contraprestação pelo trabalho.

O plano analisado pela Câmara Superior é semelhante ao analisado no presente processo, a participação era pessoal e intransferível, o funcionário recebia a opção de compra de forma gratuita, em troca de trabalhar na empresa ao longo do período de carência. Caso o diretor deixasse o quadro de funcionários da Contribuinte durante o período da carência, perdia a opção de compra e, conseqüentemente perderia a opção de compra das ações.

Portanto, diante do fato de que a Contribuinte disponibilizou a opção de compra de ações de forma gratuita, não se vislumbra o risco ao empregado, requisito indispensável para a caracterização da natureza mercantil, razão pela qual constata-se o desvirtuamento do plano de Stock Option da Contribuinte, indeferindo o pedido.

Juros sobre Multa de Ofício

Alega a Contribuinte que os juros de mora sobre a multa de ofício não seriam aplicáveis, por ausência de previsão legal.

Este pedido apresenta Súmula deste Conselho:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Portanto incide juros sobre a multa de ofício.

Recurso de Ofício

Recorre-se de ofício diante da exoneração da Contribuinte à valor excedente de R\$2.500.000,00 pela decisão da DRJ, que entendeu pela exclusão da base de cálculo das contribuições lançadas sobre os ganhos decorrentes de ações alcançadas pelo Lock Up.

Concordo com a decisão da DRJ, razão pela qual não merece revisão.

Essas ações não puderam ser negociadas de imediato, por conta do lock up, havendo a necessidade de se aguardar o lapso temporal exigido para então negociá-las no mercado, ou seja, não se pode dizer que tenham sido transferidas ao beneficiário do plano de ações desde logo com os mesmos atributos das ações que poderiam ser negociadas sem restrição temporal, razão pela qual não se pode afirmar que tenha ocorrida a remuneração ao mesmo tempo em que o beneficiário exerceu a opção de compra das ações.

Somente após o vencimento da cláusula impeditiva da venda pode-se dizer que houve a transferência das ações ao trabalhador, com todos os benefícios que lhes são inerentes, sendo esta a situação considerada para a definição da remuneração sujeita à tributação.

Portanto, não há a ocorrência do fato gerador, razão pela qual os ganhos decorrentes das ações alcançadas pelo lock up devem realmente ser excluídos da base de cálculo das contribuições lançadas, não provendo do Recurso de Ofício.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e do recurso de ofício, para que no mérito negar provimento à ambos os recursos.

É como voto.

Juliana Marteli Fais Feriato - Relatora

Voto Vencedor

Conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes - Redatora Designada

Peço licença para discordar da Ilustre Conselheira Relatora e dar provimento ao recurso de ofício, por entender que os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações sujeitas à cláusula *lock up*, caracterizam-se como remuneração, cabível, portanto, a incidência de contribuições previdenciárias.

De plano constata-se que, o próprio contribuinte reconhece que os planos de Stock Options por ele utilizados constituem remuneração variável, o que pode ser confirmado pela análise do estatuto social, do formulário 20F (relatório prestado à US Securities and Exchange Commission – SEC, órgão regulador do mercado de valores americano) e pelas atas de outorgas das opções de compras de ações

Reproduzo a seguir alguns trechos desses documentos, extraídos do relatório fiscal:

- Estatuto Social da Instituição financeira

*Art. 6º - COMITÊ DE NOMEAÇÃO E REMUNERAÇÃO –
Compete ao Comitê de Nomeação e Remuneração definir a política de remuneração dos Diretores, compreendendo o rateio da verba global e anual fixada pela Assembléia Geral, o pagamento da participação nos lucros (item 4.2), a outorga de opções de compra de ações (item 3.2) e a concessão de benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta as responsabilidades, o tempo dedicado às funções, a competência e a reputação profissional e o valor dos serviços no Mercado. (...).(grifei)*

- Formulário 20F (fls. 2301 a 2305)

6E. Propriedade de Ações

Plano de Opção de Compra de Ações

Somos uma das poucas empresas brasileiras a remunerar os executivos com planos de opção de compra de ações desde 1995. Conseqüentemente, parte da remuneração variável da nossa gerência é feita na forma de opção de compra de ações, gerando comprometimento com o nosso desempenho. Nosso plano de opção de compra de ações, ou o Plano, foi oficializado e encontra-se disponível no nosso website de relações com investidores desde 2002.(grifei)

O Plano tem por objetivo reter os serviços de nossos diretores e obter funcionários altamente capacitados. Cada opção dá a seu detentor o direito a uma ação preferencial. Quando as opções são exercidas, emitimos novas ações ou transferimos ações em tesouraria para o detentor da opção.(grifei)

*O Plano é administrado pelo **Comitê de Nomeação e Remuneração**, composto de seis a oito membros eleitos anualmente pelo conselho de administração, e presidido por um dos membros do conselho de administração. (grifei)*

(...)

Exercício 2009:

6B. Honorários

*Concedemos também aos diretores executivos opções no âmbito do plano descrito no “Item 6E. Propriedade de ações – Plano de opção de compra de ações.” Cada opção dá a seu detentor o direito de comprar uma ação preferencial. Quando as opções são exercidas, podemos **emitir novas ações ou transferir ações em tesouraria para o detentor da opção.(grifei)***

6C. Práticas do Conselho de Administração

ÓRGÃOS ESTATUTÁRIOS

Comitê de Pessoas

*Nosso Comitê de Pessoas é responsável pela **definição de modelos de remuneração** para os funcionários do Itaú Unibanco Holding (inclusive o estabelecimento de pacotes de remuneração para o CEO, vice-presidentes e diretores, sujeitos à aprovação do Conselho de Administração). Esse comitê também é responsável pela definição de opções de compra de ações, recrutamento, treinamento, assessoria e retenção de funcionários talentosos.(grifei)*

- Atas de Outorgas das Opções de Compra de Ações

Ata de Reunião do Comitê de Remuneração de 20 de fevereiro de 2006:

*O Comitê de Remuneração define que a **remuneração dos diretores compreende a somatória dos honorários mensais e especiais, as participações semestrais nos lucros, a outorga de opções de compra de ações, a concessão de benefícios de qualquer natureza e as verbas de representações;** (grifei)*

Ata de Reunião do Comitê de Nomeação e Remuneração de 11 de fevereiro de 2008:

O Comitê decidiu que a remuneração total dos executivos deve ser composta por quatro elementos: (i) remuneração mensal fixa, (ii) remuneração variável – dinheiro, (iii) remuneração variável – opção, e (iv) benefícios; (grifo nosso)

A remuneração em opções deve seguir relação direta à remuneração variável paga em dinheiro, na seguinte proporção: (i) Vice-Presidentes: 85%, (ii) Diretores Executivos: 85%, (iii) Diretores Gerentes: 50%;

O valor da remuneração originado pelas opções deve ser calculado pela multiplicação da quantidade de opções outorgadas pelo prêmio (valor) da opção, que por sua vez é calculado pela metodologia Black & Scholes; (grifo nosso)

Da análise dos trechos transcritos, verifica-se, sem sombra de dúvidas, que a própria fiscalizada considera os planos de stock options por ela ofertados como remuneração. A outorga de opções de compra de ações é uma forma de remuneração a longo prazo, funcionando como um mecanismo de reconhecimento de desempenho dos beneficiários, bem como de atração e retenção de funcionários considerados talentosos ou estratégicos.

Em retribuição aos planos de remuneração com base em ações, o contribuinte recebe serviços dos beneficiários como contraprestação das opções de compra de ações outorgadas. Não há pagamento de prêmio pelo beneficiário na aquisição das opções de compra de ações, ou seja há um desvirtuamento da natureza mercantil do Stock Options do Itaú Unibanco.

Da leitura dos artigos 22 e 28 da Lei nº 8.212/1991, conclui-se que a hipótese de incidência descrita pelo legislador se assenta no exercício de atividade remunerada por aquele que a lei define como segurado obrigatório. Nesse compasso considera-se remuneração a parcela referente à contraprestação dos serviços prestados havida pelo segurado obrigatório **independentemente do título que se lhe atribua ou da forma como se revista no mundo jurídico.**

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: ⁶

*I - vinte por cento sobre o total das **remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título**, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, **destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma**, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. ([Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999](#)). ([Vide Lei nº 13.189, de 2015](#)) Vigência (grifei)*

(...)

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; [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999\)](#).(grifei)

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;(grifei)*

(...)

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 26.11.99)

A Constituição Federal, em seu art. 195, prescreve:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

*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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (grifo nosso)*

De acordo com a legislação supracitada, pode-se estabelecer que o fato gerador é a remuneração ou todo e qualquer pagamento ou crédito, **ou ainda incremento patrimonial** do segurado em decorrência da prestação de serviço, de forma direta ou indireta, em dinheiro ou sob a forma de utilidades **ou benefícios que ampliem o patrimônio do segurado**. Logo, os plano de stock options, sem natureza mercantil, devem sofrer a incidência das contribuições sociais previdenciárias, posto que constituem remuneração, independentemente de se converterem após o período de aquisição em pecúnia ou ações da própria empresa.

Em conformidade com exposto, podemos afirmar que os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações sujeitas à cláusula lock up, caracterizam-se como remuneração, pois

o exercício de opção é um direito que ingressa no patrimônio jurídico do beneficiário em razão da relação de trabalho que ele mantém.

No momento em que recebe as ações, o beneficiário já está sendo remunerado, afinal, mesmo antes de serem revendidas, as ações crescem ao patrimônio do trabalhador e lhe trazem uma série de vantagens, tais como, o direito ao recebimento de dividendos e juros sobre o capital próprio, direito ao voto, podem ser alugadas para terceiros e transferíveis por herança. Não se justifica a exclusão das ações submetidas a *lock up* do lançamento.

O fato gerador é remunerar a prestação do trabalho, o que foi feito com a entrega das ações após a prestação dos serviços, ainda que submetidas a um prazo de *lock up*.

Destaca-se ainda que a decisão do beneficiário de permanecer com as ações em nada difere da decisão de um empregado que resolve investir seu salário no mercado de capitais. Os riscos advindos dessa decisão são riscos pessoais assumidos pelo trabalhador que jamais terão o condão de alterar a natureza do pagamento recebido da empresa.

Cito, para ilustrar este entendimento, o acórdão 2401003.209 proferido pela primeira turma da quarta câmara em 18 de junho de 2013.

AIOP (37.260.5230) PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES/STOCK OPTIONS NATUREZA SALARIAL DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO

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

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

Na maneira como executado, passa o negócio a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o empregado a opção de GANHAR COM A COMPRA DAS AÇÕES; não fosse essa a intenção da empresa, por qual motivo a recorrente teria alterado os planos existentes em 2006 e 2007, permitido empréstimos cuja

quitação davase pela venda de ações cujo totalidade do direito ainda não havia se integralizado ou recebimento de participação em lucros e resultados, em relação a contribuintes individuais.

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

PLANO DE OPÇÃO PELA COMPRA DE AÇÕES STOCK

OPTIONS PARA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR INDEPENDENTE SE AS AÇÕES FORAM VENDIDAS A TERCEIROS.

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

(...)

Conforme descrito no voto da Ilustre Relatora o contribuinte já teve este mesmo plano de Stock Options analisado por este Conselho e, inclusive, com decisão recente perante a Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Acórdão 9202-006.628 de 21 de março de 2018), cujo entendimento foi pela caracterização da natureza salarial dos planos da Contribuinte.

A base de cálculo do lançamento das contribuições foi calculada pela fiscalização de acordo com o plano adotado e foi apurada de forma correta. Neste caso, como não houve pagamento de preço de exercício pelo beneficiário, pois esse pagamento se traduz em uma obrigação de fazer, a base de cálculo foi aferida e calculada multiplicando-se a quantidade exercida pelo valor de mercado da ação na data do exercício.

Desta forma, o entendimento levado a efeito pela autoridade fiscal, encontra-se acertado, pois no momento em que houve o recebimento das ações pelo beneficiário, ocorreu, sim, o fato gerador, pois naquela oportunidade houve acréscimo em seu patrimônio decorrente de serviços por ele prestados. A base de cálculo também foi apurada de forma correta.

Ante ao exposto, voto por dar provimento ao recurso de ofício e manter o lançamento das contribuições apuradas sobre os ganhos decorrentes de ações alcançadas pelo Lock Up.

É como voto.

Sheila Aires Cartaxo Gomes

(assinado digitalmente)