



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

**Processo n°** 16327.721267/2012-33  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2401-003.891 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 11 de fevereiro de 2015  
**Matéria** DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, SALÁRIO INDIRETO, STOCK OPTIONS  
**Recorrente** BM&F BOVESPA S/A - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

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

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS - PLANO DE OPÇÃO PARA 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 INDEPENDE 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.

**IMPROCEDÊNCIA DE LANÇAMENTO PELA INDEVIDA INDICAÇÃO DO FATO GERADOR - IMPROCEDÊNCIA DE LANÇAMENTOS BASEADOS NOS MESMOS FUNDAMENTOS - AUTOS DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS E ACESSÓRIAS CONEXOS E CORRELATOS N. 37.346.306-5 E 37.346.307-3.**

Sendo declarada a improcedência do lançamento, face vício na indicação do fato gerador, desnecessário apreciar as demais alegações do recorrente, considerando que os demais Autos de Infração, lançados sobre o mesmo fundamento, também devem ser declarados improcedentes.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade. II) Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, votaram pelas conclusões os conselheiros Carolina Wanderley Landim, Igor Araújo Soares e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira que concordaram com o equívoco na indicação do momento da ocorrência do fato gerador. Fará declaração de voto o conselheiro Igor Araújo Soares.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora e Presidente em exercício

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim, Carlos Henrique de Oliveira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

## Relatório

O presente Auto de Infração abrange os seguintes lançamentos:

- Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n. 37.346.305-7, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços no período compreendido entre 12/2007 a 12/2008.
- Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n. 37.346.306-5, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas a terceiros, apuradas sobre a remuneração paga aos segurados empregados que lhe prestaram serviços no período compreendido entre 12/2007 a 10/2008.
- Auto de Infração, lavrado sob o n. 37.346.307-3, lavrado em desfavor do recorrente, originado em virtude do descumprimento 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. Segundo a fiscalização previdenciária, o autuado não informou à previdência social por meio da GFIP todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias, mais precisamente: Os fatos geradores omitidos da GFIP referem-se a valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais sob a forma de Programas de Opções de Ações – STOCK OPTIONS.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 265 e seguintes, o débito teve como origem o levantamento de contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social incidentes sobre remunerações na forma de Opções de Compra de Ações (Stock Options). Destacou o auditor como informações relevantes a respeito do lançamento no termo de verificação fiscal:

- o contribuinte incorporou a sociedade Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S/A, CNPJ 08.936.812/000155. À época da incorporação a razão social da sociedade incorporadora era Nova Bolsa S/A. Em 08/05/2008 foi realizada Assembléia Geral Extraordinária AGE na sociedade incorporadora, na qual foram aprovados, por unanimidade: "Protocolo e Justificação de Incorporação" firmados pelos administradores da Companhia e da BM&F em 17/04/2008; Laudo de Avaliação, bem como os valores nele indicados quanto ao acervo líquido da BM&F; e Incorporação da sociedade Bolsa de Mercadorias & Futuros BM& F S/A, CNPJ 08.936.812/000155;

- foi constatado que tanto a sociedade incorporada quanto a sociedade incorporadora, ora autuada, remuneraram seus administradores e empregados em função dos serviços que lhes prestaram através da outorga de opções de ações

(Stock Options), opções essas que dão direito à aquisição de ações da companhia, desde que atendidas certas condições contratualmente estabelecidas. Esta situação foi inicialmente detectada através da análise do Estatuto Social da sociedade incorporada, consolidado em 2007, e também no Estatuto Social da sociedade incorporadora, consolidado em 2008;

- em função da incorporação ocorrida em 08/05/2008, a sociedade incorporadora assumiu as obrigações decorrentes da outorga de opções de ações efetuadas pela sociedade incorporada, conforme se observa no item 6 ata da AGE de 08/05/2008. A Lei nº 6.404/76 Lei das Sociedades Anônimas, em seu artigo 168, § 3º, estabelece que o Estatuto Social pode prever que a companhia outorgue opções de compra de ações a seus administradores ou empregados;

- foram analisadas: Demonstrações Financeiras publicadas pela sociedade incorporada referentes ao exercício de 2007, e Plano para Outorga de Opções de Ações; Nota Explicativa às Demonstrações Contábeis nº 16 (dezesseis) Benefícios a Empregados Stock Option; Demonstrações Financeiras publicadas pela sociedade incorporadora referentes ao exercício de 2008 Nota Explicativa às Demonstrações Contábeis nº 02 (dois) Elaboração e Apresentação das Demonstrações Financeiras Lei 11.638/07 e Medida Provisória 449/08; Nota Explicativa às Demonstrações Contábeis nº 19 (dezenove) Benefícios a Empregados Stock Option BM& F S.A. (Plano migrado para BM&FBOVESPA); Plano de Opções de Compra de Ações da sociedade incorporada Bolsa de Mercadorias & Futuros BM& F S.A. ("Plano de Opções BM&F S.A."), aprovado na Assembléia Geral Extraordinária da BM&F S.A. de 20/09/2007;

- o contribuinte foi regularmente intimado através do Termo de Intimação Fiscal nº 01, a apresentar os documentos relacionados aos Planos de Outorga de Opções de Compra de Ações, prestando esclarecimentos;

- da análise do comunicado interno aos funcionários da BM&F (sociedade incorporada) nº 013/2007DG, referente ao IPO da BM&F S.A - Início de Negociação das Ações e Plano de Outorga de Opções de Compra de Ações aos Funcionários, temos o que segue, nos termos utilizados pela empresa:

*"Um dos principais ativos da BM&F está em seus funcionários. Assim, em reconhecimento aos esforços e à dedicação dessas pessoas, foi aprovado para eles um plano de opção de compra de ações. Com isso, os funcionários poderão participar diretamente de mais essa etapa da história da BM&F.*

*Para tanto, na primeira quinzena de dezembro os funcionários que na data da desmutualização da BM&F (1º/10/2007) haviam sido contratados há pelo menos seis meses serão chamados para a assinatura do contrato pelo qual receberão as suas opções de compra de ações da BM&F S.A., que serão exercidas pelo valor de R\$ 1,00 (um real) por ação e serão vendidas, em nome dos beneficiários, por valor de mercado. Por ocasião da assinatura do contrato serão esclarecidos também os critérios para a determinação do número de opções que cada um receberá, bem como outras informações relevantes".*

- o contribuinte foi intimado (Termo de Intimação Fiscal nº 02) a apresentar, em relação aos Planos de Outorga de Opções de Compra de Ações, os Contratos firmados individualmente com determinados beneficiários. Em resposta foram apresentados os contratos individuais solicitados;

- o contribuinte foi regularmente intimado (Termo de Intimação Fiscal nº 07) a apresentar esclarecimentos acerca do Plano de Opções BM&F S.A., sendo questionado o fato de que, apesar da previsão contratual da data de carência coincidir com a data da concessão das opções (12/2007) no limite de 25% (vinte e cinco por cento) do total outorgado individualmente, em alguns casos a carência ocorreu em 01/2008, em outros em 02/2008 e, ainda, o fato de o limite de 25% (vinte e cinco por cento) não ter sido eventualmente respeitado. Em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 07 foi apresentada uma planilha retificando alguns dados e prestados esclarecimentos;

- após discorrer sobre a distinção entre as Opções de Ações Comuns e as Opções de Ações para Trabalhadores, que é a que se refere o plano mantido pelo sujeito passivo, o Auditor Fiscal faz análise do vínculo entre o trabalhador e a empresa e seus reflexos sobre as opções e ações para trabalhadores, conforme segue:

*“O vínculo que une o trabalhador à empresa e vice versa pode ser representado da seguinte forma: a empresa precisa dos serviços prestados pelo trabalhador; este precisa da remuneração paga por aquela. Se os serviços prestados não são de interesse da empresa, o trabalhador é demitido ou nem sequer contratado. Se a remuneração não for suficiente ao trabalhador, ele se demite ou nem sequer aceita ser contratado. Se a única coisa que os une é a prestação de serviço, todo ou qualquer fluxo de caixa entre os dois se deve a esta relação de trabalho.*

*Existe a alegação de que um outro fluxo de caixa pode acontecer entre os dois: o caixa de uma transação comercial. Se um funcionário compra uma televisão na empresa em que trabalha, por exemplo, uma loja de eletrodomésticos e aparelhos eletrônicos, esta transação é uma operação comercial faz parte dos objetivos desta loja vender televisão. Mas se esta empresa não as vendesse, mas comprasse televisões para vender com subsídios a seus trabalhadores, esta operação não seria meramente comercial.*

*O contribuinte ora autuado não têm como objetivo principal a venda de opções de ações. Muito menos ainda têm como objetivo a venda de opções que, conforme demonstrado acima, lhes trará perda como é o caso das Opções de Ações para Trabalhadores. Ele pode até negociar Opções de Ações Comuns, mas nestes casos visam a proteger a si e a seus clientes de variações indesejadas de preços.*

*Então, os lançamentos de Opções de Ações para Trabalhadores não são operações comerciais até porque os objetivos da empresa ao lançá-las não são, definitivamente, comerciais, isto é, não têm por finalidade a obtenção de lucro. Então, quais são os objetivos do contribuinte ao lançar as opções para trabalhadores? São vários e todos, sem exceção, dependem de que os trabalhadores sejam bem remunerados para que possam ser alcançados. Vejamos:*

- *Motivar trabalhadores a alcançar performance de alto nível;*
- *Reter trabalhadores e permitir a contratação de novos talentos;*
- *Vincular a remuneração de trabalhadores à performance da empresa*
- *Diminuir os conflitos, ao alinhar os interesses dos trabalhadores aos da empresa, principalmente no longo prazo;*

• *Estabelecer critérios de avaliação sobre as quais os trabalhadores têm controle, como a lucratividade da empresa e dos acionistas.*

Os planos de opções de ações para trabalhadores criam um sentido mais forte de envolvimento por parte desses trabalhadores, tornam-nos mais interessados no valor e no bem estar da empresa e leva-os a trabalhar mais, melhorando o fluxo de informações e contribuindo para desenvolver um espírito empresarial.

Provavelmente mais importante do que o seu papel como incentivo geral para os trabalhadores é o papel que os planos de opções de ações têm para atrair e reter pessoal chave. Os planos de opções de ações para trabalhadores têm o efeito de reter o pessoal na empresa, uma vez que, habitualmente, a aquisição de direitos apenas se verifica após vários anos e esses direitos são freqüentemente anulados se um trabalhador deixar a companhia contra a vontade dela. Mesmo que as opções de ações não se anulem com a saída da empresa, mas apenas tenham que ser exercidas pouco depois do momento da saída, elas podem ter um efeito "algemas de ouro", se houver uma concessão repetida (por exemplo, anualmente) de opções.

Os planos de opções de ações não são concedidos apenas para reter certos profissionais difíceis de substituir. São também usados para proteger o investimento em capital humano. Além disso, serão oferecidos a trabalhadores potenciais que a companhia pretende atrair, especialmente pessoal altamente qualificado. Atualmente, os profissionais muito procurados ou os gestores de topo esperam frequentemente receber planos de opções de ações para trabalhadores como parte do seu salário variável e as empresas que não os oferecem estão em desvantagem ao concorrerem para conseguir esse tipo de pessoal.

Os planos de opções de ações para trabalhadores são a eles oferecidos como recompensa pelo seu trabalho, sendo, assim, um componente integrante da remuneração. E assim o é, pois, conforme demonstrado anteriormente, trata-se de uma operação sem riscos para o trabalhador, ou seja, ele nunca perde patrimônio em função da outorga de opções que a companhia faz, uma vez que não há nem custos diretos (prêmio), pois o empregado não terá que pagar por esses planos.

Partes da remuneração têm objetivos de curto prazo, como é o caso de salários e pró labore, mas há muito tempo as empresas perceberam o enorme valor e a necessidade de remunerações de médio e longo prazos. Remunerações tais como as Opções de Ações para Trabalhadores visam desenvolver lealdade de longo prazo para com a empresa.

Se o único vínculo entre a empresa e seus trabalhadores é a prestação de serviços remunerados e se, inegavelmente, não há objetivos comerciais, mas, busca-se alinhar os interesses dos trabalhadores aos da empresa, resta saber se as Opções de Ações para Trabalhadores são para o trabalho ou pelo trabalho. Não nos estenderemos neste ponto por tão óbvio: os trabalhadores não precisam das Opções de Ações para realizar seu trabalho. Elas são outorgadas a eles claramente pelo trabalho realizado.”

• o Auditor Fiscal faz análise do Pronunciamento Técnico CPC 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, afirmando que a outorga de opções de compra de ações para seus administradores e empregados tem caráter salarial, sendo uma

espécie de remuneração a curto, médio e longo prazos, devendo integrar o salário de contribuição (base de cálculo) para fins de incidência das contribuições previdenciárias, concluindo que as opções de ações concedidas devem integrar o salário de contribuição, pois:

nas **Demonstrações Contábeis da sociedade incorporada, em sua Nota Explicativa nº 16 (dezesesseis)** Benefícios a Empregados Stock Option, é afirmado que o Plano de Opções de Compra de Ações tem o objetivo de permitir que administradores, empregados e prestadores de serviço da companhia ou de outras sociedades sob seu controle, segundo determinadas condições, adquiram ações da companhia, com vistas em: (a) estimular a expansão, o êxito e a consecução de seus objetivos sociais; (b) alinhar os interesses dos acionistas aos de administradores, empregados e prestadores de serviços da companhia ou de outras sociedades sob seu controle; e (c) possibilitar à companhia ou outras sociedades sob seu controle atrair e manter a ela vinculados administradores e empregados. Afirma ainda que as opções de compra de ações outorgadas nos termos do plano poderão conferir direitos de aquisição sobre um número de ações, a título de reconhecimento e retenção dos atuais administradores e funcionários da companhia;

nas **Demonstrações Contábeis da sociedade incorporadora, em sua Nota Explicativa nº 19 (dezenove)** Benefícios a Empregados Stock Option BM&F S.A.(Plano migrado para BM&FBOVESPA), reproduzida anteriormente, é afirmado, a respeito do plano da sociedade incorporada, que ele foi concebido com o objetivo preponderante de conferir aos administradores e empregados da antiga BM&F (i) a retribuição por serviços prestados por seus beneficiários ao longo do período anterior ao processo de desmutualização e, também, (ii) a retenção dos profissionais ao longo dos quatro anos após a aprovação do Plano e ao IPO;

no **comunicado interno aos funcionários da BM&F (sociedade incorporada) nº 013/2007DG**, referente ao IPO da BM&F S.A. Início de Negociação das Ações e Plano de Outorga de Opções de Compra de Ações aos Funcionários, reproduzido anteriormente, é afirmado que em reconhecimento aos esforços e à dedicação dos funcionários, foi aprovado para eles um plano de opção de compra de ações, através do qual receberão opções de compra de ações da BM&F S.A., que serão exercidas pelo valor de R\$ 1,00 (um real) por ação e serão vendidas, em nome dos beneficiários, por valor de mercado;

- conforme consta do Plano de Opções de Compra de Ações da sociedade incorporada Bolsa de Mercadorias & Futuros BM& F S.A. ("Plano de Opções BM&F SA"), aprovado na Assembléia Geral Extraordinária da BM&F S.A. De 20/09/2007, este i) tem por objetivo permitir que administradores, empregados e prestadores de serviços adquiram ações da Companhia, com vistas a estimular a expansão, o êxito e a consecução dos objetivos sociais da Companhia, alinhar os interesses dos acionistas da Companhia aos de administradores, empregados e prestadores de serviço e possibilitar à Companhia atrair e manter a ela vinculados administradores e empregados; ii) será administrado pelo Conselho de Administração, que terá amplos poderes para tomar todas as medidas necessárias e adequadas para a sua administração, incluindo o estabelecimento de metas relacionadas ao desempenho dos administradores e empregados, a eleição dos Beneficiários do Plano e a autorização para outorgar opções de compra de ações em seu favor; iii) prevê que no momento da concessão das opções de compra de ações 25% (vinte e cinco por cento) do total das opções outorgadas podem ser imediatamente exercidas, ou seja, não carência para o seu exercício;

• portanto, o próprio sujeito passivo, em diversos documentos, societários e informativos, reconhece o caráter remuneratório que norteia a outorga de opção de ações aos seus administradores e empregados, cuja finalidade principal é a retenção de determinados profissionais e a contratação de outros, quantificando as opções outorgadas diretamente a metas relacionadas ao desempenho dos beneficiários;

• o Pronunciamento nº 10 do CPC, de observância obrigatória para o contribuinte, em diversos momentos caracteriza a outorga de opções de compra de ações como sendo uma parcela da remuneração, um acordo para pagamento de bônus, sendo mensurada em função dos serviços prestados pelos beneficiários;

• a outorga de opções de compra de ações deve integrar o salário de contribuição por ser algo concedido aos empregados e aos administradores, primeiramente pelo fato de trabalharem para o contribuinte, e então em função dos serviços que prestaram e como contraprestação a eles, e, ainda, sem custo;

• as opções foram outorgadas ao preço de exercício fixo de R\$ 1,00 (um real), exercício esse que coincidiu, por vezes em parte (25%) e por vezes totalmente, com a data da própria outorga, ou seja, 18/12/2007. Nessa data, segundo informações prestadas pelo contribuinte, o preço de mercado da ação foi de R\$ 23,06 (vinte e três reais e seis centavos). Exclui-se, assim, qualquer natureza mercantil dessa operação, visto que possui características peculiares e também vantagens delas decorrentes oferecidas aos empregados e aos administradores, situações essas não disponibilizadas ao investidor comum. Portanto, a outorga de opções de compra de ações aos empregados e administradores do contribuinte possui, integralmente, natureza salarial, remuneratória;

• a outorga das opções de compra de ações para trabalhadores se traduz em um contrato pendente de condição suspensiva, pois no momento da outorga apenas há uma expectativa de direito com relação ao exercício das opções, direito este condicionado a uma situação temporal (cumprimento do prazo de carência) e a uma situação laborativa (manutenção da prestação de serviço do trabalhador). Ou seja, como regra geral, só poderão ser exercidas as opções cujos detentores, ao final do prazo de carência, ainda estejam prestando serviços à companhia. Como resultado do exercício da opção de compra, o trabalhador adquire ações da companhia, que são bens economicamente apreciáveis e que se integram ao seu patrimônio. Trata-se, portanto, de um contrato pendente de condição suspensiva, que é aquele que somente se aperfeiçoa com o implemento dessas condições;

• em se tratando de situação jurídica, considera-se ocorrido o fato gerador desde o momento que ela esteja definitivamente constituída. E, em se tratando de situação jurídica pendente de condição suspensiva (como é o caso das outorgas de opções de ações para trabalhadores), o negócio jurídico reputa-se perfeito e acabado desde o momento do implemento da condição;

• assim, as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que ocorre o vencimento do prazo de carência, que é o momento do implemento da condição suspensiva contratual. Não importa se o trabalhador exerceu ou não as opções que detinha. À luz do Código Civil (art. 125), o direito do trabalhador está constituído nesta data (vencimento da carência) e, de acordo com o CTN (art. 117, inciso I), aí ocorreu o fato gerador sobre esse direito;

• portanto, a data da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador. No caso, o vencimento do prazo de carência ocorreu em três situações distintas, todas previstas no Plano de Outorga de Opções mantido pelo contribuinte:

- (i) nos momentos das outorgas das opções (competência 12/2007);
- (ii) (ii) no momento da concessão adicional de opções de compra de ações realizada nos termos do item 5.2 do Plano de Opção de Compra de Ações da BM&F S.A. (competência 02/2008); e
- (iii) (iii) nos momentos em que houve antecipação dos vencimentos dos prazos de carência (competências 08/2008, 09/2008, 10/2008 e 12/2008);

• no momento em que se esgota o prazo de carência, o trabalhador tem constituído o direito de exercer as opções de ações, recebendo em troca uma ação da companhia para cada opção que possui. Nesse momento, portanto, têm-se os seguintes parâmetros para aferir a base de cálculo: preço de exercício da opção no dia do vencimento do prazo de carência e o valor de mercado (Bolsa de Valores) da ação no dia do vencimento do prazo de carência. O contribuinte apresentou à fiscalização uma planilha relacionando esses valores;

• assim, a base de cálculo das contribuições previdenciárias é 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. Não importa se o trabalhador exerceu ou não as opções, isso ficou a seu critério. À luz do Código Civil (art. 125), o direito do trabalhador está constituído nesta data (vencimento da carência) e, de acordo com o CTN (art. 117, inciso I), aí ocorreu o fato gerador sobre esse direito;

• conforme explicitado nas Notas Explicativas apresentadas pelo contribuinte, a data de carência em dezembro de 2007 coincide com a data da outorga das opções, ou seja, dia 18/12. Nas demais competências apuradas são utilizadas as datas apresentadas pelo contribuinte;

• com relação ao valor de mercado da ação, é utilizado na apuração da base de cálculo o seu valor médio referente ao dia em que o prazo de carência foi cumprido.

Exemplificativamente, podemos ter a seguinte situação: cumprido o prazo de carência, o trabalhador pode exercer 1.000 (mil) opções de compra que detém por R\$ 10,00 (dez reais) cada uma, recebendo em troca 1.000 (mil) ações ao valor de mercado de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) cada. Nesse exemplo a base de cálculo seria:  $1000 \times (25,00 - 10,00) = R\$ 15.000,00$ ;

• no caso, a partir das informações prestadas pelo contribuinte, e levando-se em conta a metodologia de cálculo apresentada, tem-se os seguintes valores referentes à base de cálculo das contribuições previdenciárias, apurados em cada data de vencimento dos prazos de carência:

Data	Base de Cálculo (em R\$)
12/2007	157.033.161,42

02/2008	10.807.244,49
08/2008	26.219.940,00
09/2008	10.389.639,00
10/2008	882.165,00
12/2008	2.061.450,00

EM RELAÇÃO AO AIOA –AI 68

• a empresa apresentou as Guias de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social GFIP com os dados não correspondentes a todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias, infringindo o disposto no artigo 32, inciso IV da Lei nº 8.212/91 e no artigo 225, inciso IV do Regulamento da Previdência Social RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. No caso, a empresa deixou de declarar os valores resultantes das outorgas de opções de compra de ações para seus empregados e administradores. As caracterizações dos fatos geradores apurados como verbas sujeitas à incidência das contribuições previdenciárias torna obrigatória a declaração em GFIP. Pelo descumprimento da obrigação acessória prevista em lei, foi lavrado o Auto de Infração Debcad nº37.346.307-3, parte integrante do presente Processo Administrativo Fiscal;

• a multa por descumprimento da obrigação acessória é aplicada no Auto de Infração Debcad nº 37.346.307-3 em todas as competências do lançamento tributário por se mostrar mais benéfica ao contribuinte. Em anexo encontram-se planilhas demonstrativas do cálculo efetuado para a aplicação da multa, denominadas "Cálculo da Multa Acessória Valor Devido não Declarado", "Cálculo da Multa Acessória Multa Aplicada" e "Cálculo da Multa Acessória Comparativo de Multas".

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 25/10/2012, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 07/11/2012.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou defesa, fls. 340 a 406.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, fls. 657 e seguintes, conforme ementa abaixo transcrita:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*

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

*PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS).SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.*

*O valor relativo à outorga de ações aos beneficiários eleitos pela empresa para participar do Plano de Opção de Compra de Ações integra o salário de contribuição, eis que pagos em função do contrato de trabalho em retribuição aos serviços prestados e nas condições estipuladas pelo empregador.*

*A multa de ofício, porquanto parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.*

*RELATÓRIO DE VÍNCULOS. FUNÇÃO.*

*O Relatório de Vínculos tem por finalidade apenas listar todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais ou não do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, desde que comprovadas as hipóteses do art. 135, inc. III do Código Tributário Nacional.*

*ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS*

*Período de apuração: 01/12/2007 a 31/10/2008*

*LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INFRAÇÃO. GFIP. OBRIGAÇÃO DE INFORMAR TODOS OS FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.*

*Constitui infração à legislação previdenciária apresentar a empresa Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 715 e seguintes, contendo em síntese os mesmos argumentos da impugnação, os quais podemos descrever de forma sucinta:

1. Preliminarmente, indevida a desconsideração indireta do plano de opções de ações da recorrente.
2. NO MÉRITO•
3. a implantação de Planos de Opção de Compra de Ações está regulamentada pela Lei das Sociedades Anônimas (art. 168 da Lei nº 6.404/76), e a recorrente, com base na Assembléia Geral Extraordinária da BM&F S.A., sua sucedida, realizada em 20/09/07, estabeleceu as condições gerais da outorga de opções de compra de ações de sua emissão, cujas características deveriam ter sido consideradas pela fiscalização para apuração da natureza jurídica do direito concedido por intermédio do Plano de Opção de Compra de Ações da recorrente, que:
  - 3.1. implica a outorga do direito de adquirir, em quantidade e preço predeterminados, ações de emissão da recorrente;
  - 3.2. gera, para a recorrente, a obrigação de entregar ao beneficiário, quando do exercício da opção de compra, no futuro, mediante pagamento, ações de sua emissão, desde que o beneficiário (i) possua/possuísse relação de trabalho com a empresa numa determinada data (período de carência), (ii) manifeste seu interesse pela aquisição das ações, e (iii) pague o preço fixado para a aquisição das ações;

- 3.3. gera, para o beneficiário, o direito de exercer, se atendidas todas as condições antes mencionadas, e se assim desejar, as opções outorgadas pela recorrente, por um valor previamente fixado, recebendo em razão desse exercício as ações correspondentes;
- 3.4. a mera outorga de opções pela recorrente aos beneficiários, nos termos do Plano, não resulta em geração de ganho financeiro, tendo em vista que pela outorga o beneficiário recebe o direito de exercício futuro, a seu critério, da opção;
- 3.5. a recorrente não efetua qualquer espécie de pagamento aos beneficiários do Plano. Os valores que tenham sido eventualmente recebidos pelos beneficiários em razão da alienação das ações resultantes do exercício das opções de compra advêm de fonte totalmente diversa e desvinculada da recorrente, eis que foram/são/serão alienadas para terceiros no mercado de ações;
- 3.6. os administradores da recorrente são proibidos de alienar as ações adquiridas pelo prazo de 6 (seis) meses;
4. há, de fato, a outorga de um direito condicionado ao transcurso de um determinado prazo (o chamando vesting) e de manutenção de um determinado status (relação de trabalho), sem o que a opção não se perfaz. Neste contexto, a condição imposta para a eficácia da opção somada à restrição de negociação revelam que, antes do implemento da condição temporal imposta (vesting), o que há é uma mera expectativa de direito que pode ser tanto materializado, como frustrado (a depender do cumprimento da condição). Esta restrição de negociação retira qualquer possibilidade de apreciação econômica da opção outorgada. O prêmio, neste contexto, seria igual a zero (valor de uma mera expectativa de direito);
5. uma vez implementada a condição, o direito passaria a ser apreciável economicamente, mas, ainda assim, não nas mesmas condições das opções comuns, justamente pelo fato de ser mantida a restrição de negociação da opção. Mesmo nessa hipótese, esta eventual apreciação econômica não reflete um ganho realizado antes do exercício da opção e respectiva alienação do ativo subjacente, não havendo que se cogitar da incidência de contribuições previdenciárias;
6. Ao contrário do que entendeu o auditor e julgador o plano de ações não prevê a outorga das ações, mas tão somente a outorga das opções de compras de ações, opções que precisam ser aceitas e exercidas, para que pagando o valor previsto, adquira as ações. Ou seja, no primeiro caso até poder-se-ia falar que se trataria de retribuição pelo serviço prestado, o que não é o caso da recorrente.
7. citando os artigos art. 195, I, a, e o § 11, do art. 201, ambos da Constituição Federal, e o art. 22, I da Lei nº 8.212/91, argumenta que a análise desta legislação apresenta uma premissa básica para a solução da lide, qual seja: qualquer verba somente ensejará o recolhimento de contribuições previdenciárias se, e somente se, (i) for paga, devida ou creditada com a finalidade de retribuir os serviços prestados (retributividade) ou (ii) se tratar de utilidade concedida com habitualidade;
8. a retributividade deve refletir uma contraprestação proporcional ao trabalho executado e a função desempenhada pelo empregado. No que diz respeito à habitualidade, a norma faz alusão à motivação e periodicidade com que determinada utilidade é concedida. Só há habitualidade se uma determinada utilidade decorrer de um mesmo fato do cotidiano do

- beneficiário ou que acabe, por outros motivos, por constituir uma expectativa positiva de recebimento;
9. reitera algumas das disposições contidas no Plano de Opção de Compra de Ações (1.1 Objetivos), que denotam a total desvinculação com a prestação de serviços e a remuneração dos beneficiários;
  10. a Fiscalização presumiu, sem fundamento, que todo e qualquer benefício concedido a um trabalhador trataria de remuneração, o que não é verdade.
  11. Efetivamente, os valores eventualmente recebidos pelos beneficiários do Plano de Opção de Compra de Ações (cujo pagamento não foi realizado pelo recorrente) não possuem qualquer relação com os serviços prestados pelos beneficiários, com a remuneração eventualmente devida ou qualquer outro elemento inerente à relação de trabalho eventualmente existente.
  12. Exemplo disso são os casos em que ocorreu a antecipação do vesting por ocasião do desligamento dos beneficiários, nos períodos de agosto, setembro e outubro de 2008 (detalhados na planilha "outorga de opções" que instrui o Termo de Verificação Fiscal);
  13. se o raciocínio da Fiscalização estivesse correto, os beneficiários deveriam ter trabalhado de forma mais intensa quando de sua demissão nos referidos período de 2008, uma vez que ali receberam a totalidade de suas opções de ações! Nada mais incorreto, pois o recebimento dessa totalidade de ações quando da demissão decorre da verificação de uma condição contratual, que não guarda nenhuma relação com o trabalho do beneficiário, nem se relaciona com a remuneração por este percebida. O cumprimento de uma obrigação contratual, de natureza mercantil, não guarda qualquer tipo de correlação com a relação de trabalho entre recorrente e beneficiário! O Plano também não trata da atribuição de uma utilidade concedida em retribuição pelos serviços prestados;
  14. portanto, ausente a retributividade e a habitualidade, não há que se falar na configuração de uma das hipóteses de incidência das contribuições previdenciárias.
  15. apresenta exemplo de como os tribunais superiores têm interpretado o conceito de "rendimentos do trabalho", afirmando que eventuais ou potenciais ganhos que os beneficiários recebam em decorrência do Plano de Outorga de Opções não são passíveis de tributação pelas contribuições previdenciárias, exceto se sobrevier norma legal específica dispondo em sentido contrário (norma que até então não existe).
  16. Trata-se de contrato entre o recorrente e os beneficiários, que possuem 3 características marcantes: a voluntariedade (aceitação pelo beneficiário das opções, e decisão exclusivamente sua sobre exercer o não as opções), onerosidade (para exercer as opções o beneficiário deve dispor de recurso próprios, bem por isso é que é um contrato marcado pela voluntariedade, e risco do investimento por ele realizado).
  17. quanto à ocorrência do fato gerador, o entendimento da Fiscalização é contraditório e incompatível com a legislação. Conforme se verifica do disposto no artigo 52, da IN RFB nº 971/09, o momento da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias é verificado quando (i) da existência da prestação de serviços (empregado ou contribuinte individual), e (ii) da existência de remuneração paga, devida ou creditada (empregado) ou remuneração paga ou creditada (contribuinte individual) em relação aos serviços prestados, levando-se em consideração o que ocorrer primeiro;

18. no presente caso, apesar do Plano estabelecer como condição de elegibilidade a existência da relação de prestação de serviço, entre a empresa concedente (ora recorrente) e os beneficiários o que decorre de autorização contida no artigo 168, da Lei nº 6.404/76 a definição das pessoas beneficiadas e a quantidade de opções que lhes foi atribuída não decorreu ou estava atrelada à prestação dos serviços, tampouco à sua remuneração;
19. os critérios utilizados para definição do valor de exercício da opção de compra das ações não estão atrelados à prestação de serviços ou à remuneração dos beneficiários. Logo, os elementos necessários à configuração do fato gerador não estão concretizados no presente caso;
20. não obstante a Fiscalização tenha considerado que o fato gerador das contribuições previdenciárias teria ocorrido no momento em que se encerrou o transcurso do prazo para a obtenção do direito de adquirir as ações da recorrente, se contradisse ao apontar que "como resultado do exercício da opção de compra, o trabalhador adquire ações da companhia, que são bens economicamente apreciáveis e que se integram ao seu patrimônio", acabando por reforçar o fato de que não há geração de ganho ao beneficiário antes do exercício;
21. note-se que o transcurso do prazo para que o beneficiário possa exercer as opções não implica a automática e incontroversa aquisição das ações. A aquisição das ações depende de expressa manifestação de vontade do beneficiário e do dispêndio dos valores previstos no Plano. Em outras palavras, a data em que o beneficiário passa a ter o direito de adquirir as ações da recorrente pode não coincidir com a data do exercício deste direito. A possibilidade de exercício de um direito não pode ser considerada como a data da efetiva fruição dos benefícios que decorreriam de seu exercício. Exemplo do que se alega está configurado nos casos em que os beneficiários do Plano exerceram o direito de adquirir ações em momento distinto da sua outorga. Logo, o entendimento da Fiscalização não reflete a realidade e, portanto, não pode prosperar;
22. Ademais, no caso específico das opções outorgadas pela recorrente, mesmo com o implemento da condição temporal, o direito (agora não mais expectativa não se torna apreciável economicamente, seja porque sua materialização depende do ato de vontade, a cargo do beneficiário, que é o exercício da opção, ou porque, mesmo que cumprido o vesting, há que se considera também a restrição de negociação, que impede a apreciação econômica da opção pelo fato de que o beneficiário não pode aliená-la nos mercados organizados, como faria com uma opção comum.
23. Ao contrário do que defende a DRJ, se houver alguma apreciação econômica no exercício de uma opção, ela só ocorrerá após o exercício da própria opção, em caso de eventual alienação posterior do ativo (a ação), mas nunca antes do exercício.
24. não fosse por isso, pode-se concluir que o entendimento da Fiscalização conduz para a consideração de que teria ocorrido o fato gerador previdenciário na data da aquisição da mera possibilidade de exercício da opção com consequente aquisição das ações da recorrente (que surge com o transcurso do período de carência).
25. Ocorre que, analisando-se as hipóteses de incidência das contribuições previdenciárias, o expediente adotado pela Fiscalização não está ali enquadrado, nem mesmo por analogia;

26. o transcurso do prazo para que o beneficiário obtenha o direito de exercer uma opção para adquirir ações da recorrente não gera, por si só, uma vantagem financeira ao beneficiário do Plano. Ademais, as opções vinculadas ao Plano em questão não possuem valor de mercado porque são inegociáveis, por força de previsão expressa contida no Plano. E, ainda, o direito de adquirir ações da recorrente pode não se concretizar, uma vez que, conforme já exposto, é de total controle do beneficiário o exercício da opção, a qual pode não ser exercida. Cita exemplo em que o beneficiário perdeu o direito de exercer suas opções de compra em decorrência de seu desligamento da empresa;
27. mesmo supondo que a atribuição do direito de aquisição das ações implicaria o automático e infalível exercício deste direito (o que se admite apenas a título de argumentação), destaca que o único fluxo financeiro envolvido nesse negócio jurídico seria o pagamento, do beneficiário à recorrente, do preço de exercício da opção para aquisição das ações. Logo, a tentativa de configurar a ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias com base na mera aquisição do direito do beneficiário adquirir ações da recorrente, representa rematado absurdo;
28. o exposto conduz para a conclusão de que o lançamento fiscal está maculado pela inocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias, não podendo prosperar;
29. ao eleger como base de cálculo a diferença entre o valor médio da ação no mercado e o valor do preço de exercício da opção, a Fiscalização incorreu em diversas irregularidades. A primeira delas foi a de que a Fiscalização indevidamente presumiu a ocorrência de um gasto (pagamento pelo exercício das opções) e de um ganho (alienação das ações adquiridas) por parte do beneficiário. O exercício da opção de compra de ações depende da manifestação de vontade do beneficiário, a qual pode nunca ocorrer ou, então, ocorrer em momentos distintos (inclusive após a aquisição do direito de exercer as opções). Ora, não existindo remuneração paga, devida ou creditada, também não há base de cálculo passível de apuração!
30. em segundo lugar, a Fiscalização desconsiderou o fato de que os valores por ele considerados como base de cálculo nunca foram pagos pela recorrente aos Beneficiários do Plano. Na realidade, a eventual diferença entre o valor pago pelo exercício de opção e o valor da ação alienada trata de fluxo financeiro entre o beneficiário do plano e um terceiro (adquirente da ação a mercado), sem qualquer ingerência ou controle por parte da recorrente);
31. esse racional, aliás, possui amparo na legislação, que elegeu como ocorrido o fato imponível, para a tributação do ganho envolvido numa operação de exercício de opção de compra de ações, a alienação das ações adquiridas em decorrência do exercício. Vide o artigo 49 da Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010;
32. desta forma, mesmo na sistemática de ganhos líquidos a incidência do imposto de renda pressupõe, não apenas o exercício, mas também a alienação do ativo subjacente à opção. Nos termos do § 1º acima mencionado, não ocorrendo a venda do ativo subjacente no mercado à vista na data do exercício, este ativo terá como custo de aquisição o preço de exercício da opção (*strike*), que será utilizado para o cálculo de eventual ganho ou de uma perda (a depender da oscilação de preço) na data da eventual alienação;
33. em terceiro lugar, a metodologia adotada pela Fiscalização desconsiderou que a ação da recorrente sofreu grandes variações de cotação nos últimos anos, tratando-se, assim, de um ativo extremamente volátil. Inclusive, que nos dias de verificação da carência e

possibilidade de exercício das opções pelos trabalhadores a ação da recorrente sofreu forte variação, conforme planilha transcrita;

34. nesse sentido, impossível aceitar a presunção estabelecida pela Fiscalização no sentido de determinar a base de cálculo com base na diferença entre o preço de exercício e o preço médio das ações na data do *vesting*, assumindo que todos os trabalhadores que exerceram o direito que lhes foi conferido com a verificação da carência auferiram o mesmo benefício econômico. Ao escolher a diferença entre o preço de exercício e o preço médio das ações, a Fiscalização acabou elegendo uma base de cálculo típica de tributo incidente sobre alienação de bens e direitos (ganho de capital/ganho líquido), que em nada se relaciona ou serve à mensuração de remuneração por um trabalho prestado, como supôs a Fiscalização ter ocorrido com a entrega de opções pelo recorrente aos trabalhadores;
35. nesse sentido, não há como se considerar correta a exigência. Transcreve doutrina e decisões das Delegacias de Julgamento da Receita Federal por intermédio das quais resta claro que o ganho de capital (representado pela diferença entre o valor de aquisição e de alienação de determinado bem), em relação à pessoa física, está sujeito tão somente à incidência do imposto sobre a renda;
36. a fiscalização acabou por definir a base de cálculo do tributo mediante procedimento de arbitramento, já que o fez de forma justificada e fundamentada, razão pela qual se verifica que o lançamento fiscal carece de liquidez;
37. a fiscalização também incorreu em erros na apuração do tributo supostamente devido. Na planilha denominada "outorga de opções de compra de ações" se verifica que a Fiscalização segregou os valores autuados considerando (i) a qualificação do beneficiário ("diretores" ou "empregados") e (ii) a data da carência;
38. contudo, ao analisar o "Discriminativo do Débito", se verifica que a Fiscalização indevidamente enquadrou os prestadores de serviço beneficiados pelo Plano como empregados da recorrente, o que gerou a cobrança a maior do tributo (21% ao invés de 20%).
39. Ressalte-se, nesse aspecto, que à Fiscalização foram disponibilizadas todas as informações necessárias a averiguação de que os prestadores de serviços não integram o quadro de empregados da recorrente, especialmente: folhas de pagamento e GFIPs;
40. na mesma linha de irregularidade, a Fiscalização desconsiderou o fato de que os diretores da recorrente são contratados sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), indevidamente considerados contribuintes individuais, não obstante lhe tenham sido prestadas todas as informações necessárias para que não tivesse incorrido em tal erro;
41. diante da irregularidade na materialização do lançamento fiscal, em total afronta ao disposto no artigo 142, do Código Tributário Nacional, se conclui que o lançamento fiscal carece de validade e, portanto, não pode prosperar;
42. há, ainda, que se observar a situação dos Administradores da recorrente que foram contemplados com o Plano. A recorrente assinou em 07/11/07 um contrato pelo qual ingressou em um segmento especial para negociação de ações, denominado Novo Mercado (documento anexo), criado à época pela Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA). Uma das obrigações relacionadas à assinatura desse contrato e ingresso no

Novo Mercado diz respeito à observância das condições estabelecidas no Regulamento de Listagem, conforme contrato anexo. De acordo com o Regulamento de Listagem do Novo Mercado, entende-se por Administradores os Diretores e Membros do Conselho de Administração;

43. o referido Regulamento de Listagem do Novo Mercado, no que se refere à possibilidade de negociação de ações por parte dos Administradores da companhia, determina uma vedação. De acordo com os referidos documentos, resta claro que à época da outorga das Opções pela recorrente, bem como da verificação da carência, os Administradores da recorrente, contemplados pelas Opções e que as exerceram, estavam impedidos de realizar a alienação dessas ações pelo período de 6 meses (*lock up*);
44. ainda que se pudesse aceitar que essa diferença apurada pela Fiscalização entre o preço de exercício e o preço médio das ações no mercado, no dia da carência, serviria à mensuração do direito atribuído aos Outorgados, isso não pode ser aplicado aos Administradores, já que na referida data eles sequer podiam submeter suas ações ao mercado e auferir esse suposto benefício. Mesmo adotando o raciocínio da Fiscalização, para os Administradores dever-se-ia buscar essa diferença entre preço de exercício e valor de mercado na data em que tais Administradores pudessem alienar suas ações, ou seja, com o encerramento do *lock up*;
45. no que tange às opções concedidas aos Administradores da recorrente, sujeitos a *lock up*, a base de cálculo adotada totalizou R\$ 91.017.001,04. Isso porque, a Fiscalização calculou a diferença entre o preço de exercício das opções e o valor de mercado delas em 18 de dezembro de 2007 (R\$23,60), na data da carência. No entanto, se considerada a data que os referidos Administradores efetivamente poderiam dispor das ações adquiridas com o exercício das opções, que se deu somente em maio de 2008 (fim do *lock up*), usando a metodologia de cálculo da Fiscalização, chegaríamos a uma suposta base de cálculo no valor de R\$72.202.970,00, já que naquela data o valor médio das ações era de R\$18,50, como se confere da planilha explicativa. Supondo-se que as Ações não tenham sido alienadas pelos Administradores após o *lock up*, teriam experimentado oscilações ainda mais severas nos momentos seguintes, tendo as Ações alcançado o piso de R\$3,90 em 21/11/2008. Pois bem, se houvessem alienado nesta data, o acréscimo patrimonial experimentado não estaria na casa dos R\$ 91 milhões sugeridos pela autuação fiscal, mas o de bem menos expressivos R\$ 11 milhões;
46. portanto, ainda que não se aceitem os argumentos levantados quanto a não incidência das contribuições previdenciárias e ao erro na identificação e apuração da base de cálculo, o que se alega apenas a título argumentativo, requer-se que essa Turma Julgadora considere os argumentos aqui expostos quanto ao evidente equívoco cometido quanto à base de cálculo eleita pela Fiscalização, determinando, assim, o cancelamento da autuação;
47. são improcedentes os argumentos da Fiscalização:
48. Argumento 1: DISTINÇÃO ENTRE O PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES COMUNS E O PLANO DE AÇÕES DA IMPUGNANTE SUPOSTA PRESENÇA DE BENEFÍCIO DE NATUREZA SALARIAL
- 48.1. de acordo com a Fiscalização, o fato do trabalhador não pagar pelas opções de compra de ações lhe imputaria natureza salarial. Contudo, esse raciocínio não pode prosperar, porque, em primeiro lugar, o Plano de Opção de Compra de Ações instituído pela recorrente em favor dos seus trabalhadores possui finalidade distinta de uma Opção de Compra de Ações praticada em condições de mercado;

48.2. de fato, o Plano para os trabalhadores da recorrente não exige o pagamento pela concessão das opções porque, em contrapartida, impõe restrições de tempo (para o exercício das opções de compra) e de possibilidade de negociação no mercado (já que não podem ser transferidas, cedidas ou alienadas), bem como exige que haja (ou que tenha havido) relação de trabalho (ou vinculação por contrato de prestação de serviços) entre as partes. São, portanto, institutos que não podem possuir as mesmas características, porque seus objetivos são distintos;

48.3. ademais, a Fiscalização, apesar de reconhecer que é lícita a instituição de um Plano de Opção em favor dos trabalhadores exige que ele possua as mesmas condições de mercado de opções (entenda-se a fixação de preço para a concessão das opções);

48.4. no entanto, o raciocínio da Fiscalização vai de encontro às suas próprias manifestações, além do que, exigir que tais situações (Plano e opção de mercado) possuam características idênticas significa que tais institutos possuem a mesma finalidade, o que não condiz com a realidade. Logo, o argumento não poderá prosperar;

#### 49. Argumento 2: OPERAÇÃO COMERCIAL E O PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES DA RECORRENTE

49.1. A DRJ deixou de manifestar frente a robustez dos argumentos apresentados.

49.2. com base no entendimento da Fiscalização, o Plano não poderia ser considerado uma operação "comercial", na medida em que não se relacionaria com o objeto social da recorrente. Este entendimento é totalmente desprovido de lógica e legalidade. O fato de determinado negócio jurídico estabelecido entre empresa e trabalhador ocorrer no âmbito do objeto social da empresa, não é capaz de definir a sua natureza jurídica;

49.3. suponha-se, no exemplo utilizado pela Fiscalização, que as televisões fossem vendidas pela loja de eletrodomésticos ao trabalhador por valor abaixo do custo inicial de produção, sendo posteriormente revendidas pelo trabalhador à própria empresa pelo valor de mercado (superior ao valor da venda ao trabalhador). Se adotado o entendimento da Fiscalização, se estaria diante de um negócio meramente comercial;

49.4. ademais, o fato de uma operação não ser considerada "comercial", não significa que se está diante de uma operação voltada à atribuição de remuneração ao trabalhador. Como visto no tópico anterior, para que se configure como remuneração deve haver clara e inequívoca demonstração de que se presta a retribuir o trabalho, o que não ocorreu no presente caso;

#### 50. Argumento 3: SUPOSTA AUSÊNCIA DE RISCO FINANCEIRO

50.1. segundo a Fiscalização, o beneficiário do Plano não correria risco financeiro, o que denotaria a ausência de caráter mercantil do negócio jurídico;

50.2. o entendimento da Fiscalização não condiz com a realidade porque, apesar da recorrente não exigir pagamento pela concessão das opções (o que, aliás, nem poderia fazê-lo, por conta da ausência de valor negocial, decorrente da impossibilidade de cessão, transferência ou alienação), eventual ganho ou prejuízo só é mensurável por ocasião da alienação das ações adquiridas pelo trabalhador, em decorrência do exercício da opção,

- 50.3. cita exemplos para demonstrar que o beneficiário, uma vez cumprida a condição temporal do Plano, e tendo exercido a Opção que lhe foi outorgada, sujeita-se ao risco de mercado da ação, ficando a seu critério (condição volitiva) a alienação do ativo, quando e a que valor melhor lhe provier. Portanto, o controle sobre o ganho, inclusive sobre a inexistência deste, é de total responsabilidade do beneficiário;
- 50.4. ressalta que não efetua qualquer espécie de pagamento aos beneficiários do Plano; os valores que tenham sido eventualmente recebidos pelos beneficiários os quais não possui meios para apurar advêm de fonte totalmente diversa e desvinculada da recorrente. As ações adquiridas pelos beneficiários, mediante exercício da opção de compra, foram/são/serão alienadas para terceiros, no mercado de ações;
- 50.5. a relativização do ganho em relação a cada beneficiário decorre de sua própria manifestação, sendo inconcebível que tais valores, decorrentes ativos oriundos de uma relação mercantil, sejam considerados como remuneração;

#### 51. Argumento 4: FLUXO DE CAIXA REPRESENTARIA REMUNERAÇÃO

52. afirma a Fiscalização que todo e qualquer fluxo de caixa existente na relação de trabalho representaria remuneração em favor do trabalhador. Ocorre que apenas os pagamentos destinados a retribuir o trabalho estão sujeitos à incidência das contribuições previdenciárias;
53. o fato de existir um fluxo financeiro entre empresa e trabalhador não permite presumir que se está sempre diante do pagamento de remuneração. A afirmação da Fiscalização desconsidera a existência de parcelas que, apesar de constituírem fluxo de caixa entre empresa e trabalhador, possuem natureza indenizatória (tais como: a indenização por dispensa sem justa causa, a indenização pela ausência do gozo das férias e etc.) e jamais poderão sofrer a incidência de contribuições previdenciárias, bem assim outras que não se inserem no conceito de remuneração para os fins da Lei nº 8.212/1991 (como, por exemplo item recebido por um funcionário em razão de sorteio promovido pela empresa entre seus funcionários);
54. logo, o argumento da Fiscalização carece de fundamentação legal que lhe dê suporte, motivo pelo qual não pode subsistir;

#### 55. Argumento 5: A OUTORGA DE OPÇÕES DECORRERIA DO TRABALHO REALIZADO

- 55.1. dispôs a Fiscalização que as opções seriam outorgadas aos trabalhadores em virtude do trabalho realizado. A afirmação da Fiscalização não condiz com a realidade porque, apesar das opções serem outorgadas pela recorrente para pessoas que possuem (ou possuíam) relação de trabalho, isto não significa que se trata de benefício decorrente do trabalho realizado. Pelo contrário, a relação de trabalho/serviços é condição para a participação do beneficiário no Plano e posterior celebração de contrato, mas não de que há um trabalho a ser realizado para a sua aquisição;
- 55.2. o fato de um benefício ser prescindível para a realização do trabalho, não permite afirmar que se trata de algo voltado à retribuição do trabalho. Cite-se, como exemplo, o seguro de vida concedido aos trabalhadores. Em regra, o seguro de vida não é concedido para que o trabalho seja realizado e, nem por isso, pode ser considerado parcela integrante da remuneração do trabalhador;

- 55.3. demais, não há no Termo de Verificação Fiscal qualquer indício ou prova que vincule os serviços prestados à outorga das opções. Na realidade, estas são conferidas com base em um Plano aprovado pelos acionistas da companhia, os quais decidem ter seu patrimônio diluído em prol de um benefício à companhia;
56. Argumento 6: RECONHECIMENTO DA NATUREZA REMUNERATÓRIA DO PLANO CPC n° 10
57. de acordo com o entendimento do Agente Fiscal, a Deliberação n° 562/2008 da Comissão de Valores Mobiliários, por ocasião da aprovação do CPC 10, descreveria a visão geral daquele órgão acerca da natureza das opções de compra de ações, o que confirmaria o entendimento acerca do caráter supostamente remuneratório;
58. todavia, a pretensão do Agente Fiscal carece de fundamento legal porque, em primeiro lugar, as disposições contidas no CPC n° 10 só passaram a ser aplicáveis a partir do ano de 2008, por conta da entrada em vigor da Lei n° 11.638/07, ou seja, em momento posterior ao da ocorrência dos supostos fatos geradores de contribuições previdenciárias em discussão. Além disto, mesmo que pudéssemos considerar aplicável ao caso as disposições do CPC n° 10, fato é que este produz efeitos meramente contábeis, de mensuração do patrimônio da companhia, não produzindo efeitos para fins fiscais. Cita acórdão do CARF;
59. especial interesse para o presente caso é a constatação de que as despesas apropriadas com as opções de compra de ações decorrem da avaliação a valor justo das opções concedidas, no momento da outorga. A avaliação a valor justo, por sua vez, é um preceito contábil incorporado ao IFRS de clara feição prospectiva: o foco é fornecer ao acionista a melhor estimativa possível sobre o valor justo de certos ativos e passivos, sendo que as contrapartidas a esta avaliação são registradas como receitas ou despesas que não estão imbuídas pela nota da definitividade (não há renda realizada, receita ou despesa efetiva, mas sim grandezas econômicas estimadas/ presumidas);
60. por estes motivos é que o CPC 10 mostra-se absolutamente incompatível com os preceitos que regem o Direito Tributário. Enquanto no IFRS a preocupação é prospectiva, o Direito Tributário, ao contrário, colhe fatos/situações efetivamente ocorridos/materializadas, não incidindo sobre fatos futuros e incertos;
61. conforme se verifica, as disposições contidas no CPC n° 10 não se prestam a fundamentar a autuação fiscal dos valores relativos ao Plano de Opção de Compra de Ações da recorrente, por total falta de subsídio legal nesse sentido;
62. por outro lado, o fato de o CPC n° 10 determinar o registro da despesa com a outorga de opções de compra, pelo seu valor justo, em contrapartida a um aumento de conta de patrimônio líquido (instrumentos patrimoniais outorgados), não afasta a constatação de que, do ponto de vista societário, quem arca com o ônus das opções outorgadas é o acionista e não a companhia. Diz-se que quem arca com o ônus é o acionista, pois a deliberação e aprovação do Plano é de competência da assembleia de acionistas, sendo certo que as ações entregues no Plano decorrem de emissões e ou ações em tesouraria que diluem o patrimônio do acionista e sua participação na companhia (vale destacar que, nos termos da Lei das S.A., os acionistas não possuem direito de preferência nesta diluição);

63. justamente por não se tratar de uma despesa efetiva sob o ângulo fiscal ou em termos societários (mas de uma estimativa, com características de uma provisão, daí a indedutibilidade da despesa), não se pode cogitar que neste momento tenha ocorrido o pagamento de qualquer espécie de remuneração que pudesse dar ensejo ao recolhimento de contribuições previdenciárias (e/ou desencadear a obrigação de reter o IR/Fonte);
64. assim, em que pese a inaplicabilidade do CPC n° 10 para o presente caso, os conceitos por ele trazidos possuem limitação para fins contábeis, não gerando efeitos para fins fiscais, razão pela qual as premissas contábeis não podem ser aplicadas para a construção de uma hipótese tributária, ainda mais quando esta não encontra amparo em base legal. Transcreve doutrina e jurisprudência;

## 65. MULTA GFIP: NECESSIDADE DE REVISÃO DO VALOR DA MULTA

- 65.1. as multas relativas ao processo administrativo fiscal previdenciário sofreram relevantes alterações por intermédio da Medida Provisória n° 449/08, posteriormente convertida na Lei n° 11.941/09. A intenção foi a de unificar a metodologia de cálculo das multas. Para os casos que tratam de multa punitiva decorrente de suposto descumprimento de obrigação tributária acessória, a multa que antes era calculada com base na contribuição previdenciária exigida (limitada a um teto legal) passou a ser de R\$ 20,00 (vinte reais) por cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas;
- 65.2. quanto à definição de qual multa deve ser aplicada, em conformidade com o artigo 106, II, "c" do Código Tributário Nacional, a nova multa só alcança fatos pretéritos se for mais benéfica ao contribuinte. Nesses termos, se conclui que a nova metodologia (R\$ 20,00 para cada grupo de 10 informações incorretas ou omitidas) é mais benéfica à recorrente;
- 65.3. o procedimento para definir a multa mais benéfica vai de encontro à lei. Além de tal medida não possuir respaldo legal, já foi rechaçada em voto proferido por Julgador da Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo com extrema assertiva;
- 65.4. portanto, o valor da multa punitiva (GFIP) aplicada no presente caso deve ser revista por esta Turma Julgadora, a fim de se adequar ao disposto no artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional;

## 66. ILEGALIDADE DA MULTA PROGRESSIVA

- 66.1. aponte-se que a cobrança da multa de mora progressiva no tempo (tal como estava prevista no artigo 35 da Lei n° 8.212/91) restou revogada com a edição da Medida Provisória n° 449 de 2008. E, nem se alegue que as alterações veiculadas pela Medida Provisória n° 449/08 não se aplicariam de forma retroativa, com base na suposição de que a multa de mora em questão não possuiria caráter punitivo. Isso porque, nos termos do que prescreve a Súmula n° 565 do Supremo Tribunal Federal, "*a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência*";
- 66.2. conclusivamente, a multa de mora exigida no presente caso não pode ser superior a 20% (vinte por cento), sob pena de ilegalidade;

## 67. JUROS SOBRE MULTA

- 67.1. os juros considerados no cálculo do pretense crédito tributário não poderão incidir sobre a multa de mora e a multa punitiva aplicadas, por absoluta ausência de previsão legal.

Isso porque, o artigo 13 da Lei nº 9.065/95, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic, remete ao artigo 84 da Lei nº 8.981/95, que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos;

67.2. demonstrado que (i) multa não é tributo; e (ii) só há previsão legal para que os juros calculados à taxa Selic incidam sobre tributo (e não sobre multa), a cobrança de juros sobre a multa, que se verifica no cálculo da RFB para atualização dos créditos tributários objeto do presente processo, desrespeita o princípio constitucional da legalidade, expressamente previsto nos artigos 5º, II, e 37 da Constituição Federal, o que não pode ser admitido por essa Turma Julgadora;

68. se permitido que os juros incidam sobre a multa de mora aplicada no presente processo, se estará agindo em evidente afronta ao Princípio constitucional da Legalidade. Nesse sentido já decidiu o antigo Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

69. por qualquer ângulo que se analise a questão, se verifica que não poderão ser exigidos juros sobre a multa, sob pena de ilegalidade;

70. MULTA NA SUCESSÃO – inovando alega que ainda que tivesse ocorrido qualquer infração à legislação tributária, o que se admite meramente a título argumentativo, é certo que o recorrente não pode ser responsabilizada pela multa de ofício atribuída, pois os supostos fatos infracionais foram praticados pela empresa sucedida.

#### 71. RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS

71.1. refuta a indevida imputação de responsabilidade solidária dos seus diretores, pois, de acordo com a legislação em vigor, as únicas hipóteses em que pessoas distintas do contribuinte poderiam ser responsabilizadas pelo cumprimento de obrigações tributárias estão previstas nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, hipóteses estas que não ocorreram no caso presente e não podem ser presumidas;

71.2. ressalta que de acordo com o art. 13, parágrafo único da Lei nº 8.620/93 (revogado pela Lei nº 11.941/2009), a responsabilidade solidária dos sócios ou gerentes dar-se-á somente quando provado pelo Fisco a inadimplemento das obrigações para com a seguridade social, por dolo ou culpa, sendo que tanto um como a outra jamais restaram configurados;

#### 72. DIANTE DE TODO O EXPOSTO, REQUER O RECORRENTE:

72.1. (i) seja declarada a nulidade dos Autos de Infração, em razão da impossibilidade de descaracterização dos planos;

72.2. (ii) caso assim não se entenda, sejam anuladas as autuações, diante da incorreta apuração do pretense crédito tributário; face a ausência de configuração da hipótese de incidência, decorrente da incompatibilidade da legislação que trata da incidência das contribuições em questão com o plano criado pelo recorrente.

72.3. (iii) sejam julgados integralmente improcedentes os lançamentos fiscais, uma vez que os argumentos apresentados pela Fiscalização e DRJ não são suficientes para atribuir aos Planos de Opção de Compra de Ações da recorrente natureza remuneratória; e

- 72.4. (iv) independente do acolhimento dos pedidos acima, que seja vedada a aplicação de juros sobre a multa, bem como determinada a exclusão dos diretores da recorrente no pólo passivo da autuação fiscal e declarada a ilegalidade da multa aplicada.

A DRFB encaminhou o processo para julgamento no âmbito do CARF.

É o relatório.

CÓPIA

## Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

### **PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:**

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1373. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

### **DAS PRELIMINARES AO MÉRITO – AIOP E AIOA**

#### **QUANTO A DESCARACTERIZAÇÃO DOS PLANOS - DO TRABALHO DO AUDITOR**

O primeiro ponto trazido pelo recorrente é que o único meio que poderia autorizar a exigência das contribuições previdenciárias seria a desconsideração do acordo firmado entre a empresa e seus empregados e administradores para outorga de ações. Não pode o lançamento fundar-se em mero palpite ou desconfiança.

Conforme mencionado pelo recorrente, comumente questiona-se a competência da autoridade fiscal para desconsiderar pactos entre os empregados e empregadores ou contratantes, seja quanto a possibilidade de desclassificar planos de STOCK OPTIONS, PLR, desconsiderar pessoas jurídicas, formar vínculos de emprego nos casos em que constata os requisitos da condição de empregado, desenquadramento do sistema SIMPLES etc. Ou seja, discuti-se quais as limitações do trabalho do auditor.

Nesse ponto, é plausível a argumentação dos contribuintes, tendo em vista que a interpretação dada pela autoridade fiscal, muitas vezes mostra-se diametralmente oposta ao que o recorrente interpreta da legislação, ou mesmo pactua com seus empregados.

Contudo, o papel da auditoria, no exercício da atividade vinculada de verificar o cumprimento da legislação previdenciária (da qual não pode escusar-se), é não apenas identificar o efetivo recolhimento das contribuições sobre os fatos geradores declarados pelo contribuinte, mas, especialmente, em realizando a auditoria contábil, verificar a existência de outros pagamentos que, mesmo pactuados em sentido diverso, constituam fato gerador de contribuições previdenciárias.

É nesse ponto, que autorizado está o auditor ao identificar pagamentos outros, dos mais diversos títulos, como no caso da outorga de opções de ações (STOCK OPTIONS), intimar o contribuinte a apresentar os fundamentos para o referido pagamento. Ao deparar-se com esses instrumentos (ACORDOS), os fatos encontrados durante o procedimento e considerando as alegações da empresa para o pagamento em questão, verificar se aquele pagamento é ou não fator gerador de contribuições previdenciárias. Não se trata, portanto de descaracterização dos planos ou acordos firmados, ou interferir nas tratativas ali acordadas, **MAS TÃO SOMENTE, IDENTIFICAR SE O PLANO ATENDE AS EXIGÊNCIAS LEGAIS QUANTO AO PAGAMENTO DESVINCULADO DO CONCEITO DE SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.**

Entendo ao contrário do que busca demonstrar o recorrente que não houve por parte da fiscalização a efetiva descaracterização dos planos, mas sim a interpretação acerca do caráter remuneratório da outorga de opção pela compra de ações, buscando demonstrar, por meio de diversos argumentos, os motivos pelos quais identificou na outorga fato gerador de contribuições previdenciárias.

**CONCLUSÃO: AFASTO A NULIDADE PRETENDIDA PELA AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA DESCARACTERIZAÇÃO DO PLANO.**

**NULIDADE PELA AUSÊNCIA DA CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.**

Requer ao final do seu recurso a nulidade do feito, por entender que a autoridade fiscal não se desincumbiu de configurar a hipótese de incidência. Contudo, nesse primeiro momento, sem adentrar ao mérito, se os “supostos ganhos” constituem salário de contribuição, afasto a nulidade pretendida pelo recorrente.

No caso, ao apreciarmos o relatório fiscal, observa-se que o auditor descreveu não apenas o que entendeu ser o “ganho” ou “pagamento” feito pela empresa aos empregados e contribuintes individuais, como detalhou como foi, no seu ver a constituição do plano de opção por ações e em que momento passou a constituir salário de contribuição.

Assim, acredito que a divergência do recorrente quanto ao mérito da incidência de contribuições sobre o stock options, não implica considerar a nulidade do lançamento pela ausência de configuração do fato gerador ou hipótese de incidência.

Descreveu o auditor devidamente em seu relatório: I) o que entendeu ser o “ganho” ou benefício concedido, sendo que o mesmo não se encontra no rol de exclusão do salário de contribuição; II) quando ocorreu o fato gerador de acordo com informações prestadas pelo próprio recorrente; III) qual o dispositivo legal que fundamenta o lançamento em relação aos contribuintes individuais e empregados, bem como os motivos que o levaram a inclusão do stock options no conceito de salário de contribuição.

Dessa forma, não há a nulidade a ser acatada em relação ao lançamento. Neste sentido, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida indicação ou mesmo configuração do salário de contribuição, entendo que razão não assiste ao recorrente.

Superadas as preliminares, passo ao exame das questões de mérito.

### **DO MÉRITO**

No mérito, foi atacado basicamente o caráter remuneratório do plano de Opção por Ações, a inoccorrência do fato gerador, o momento da indicação do fato gerador, a base de cálculo apurada, a aplicação de multa sobre juros e a exclusão dos diretores como corresponsáveis, e em relação ao auto de infração pela não informação em GFIP, a multa aplicada.

### **DA DEFINIÇÃO DE SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO PARA SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS**

De acordo com o previsto no art. 28, I e III da Lei n ° 8.212/1991, para o segurado contribuinte individual, entende-se por salário-de-contribuição:

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 30/04/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 30/04/2015 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 30/04/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)- grifo nosso.*

*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;*

A legislação previdenciária é clara quando destaca, em seu art. 28, §9º, quais as verbas que não integram o salário de contribuição. Tais parcelas não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial, nestas palavras:

*Art. 28 (...)*

*§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;*

*c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;*

*d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10/12/97, e de 6 a 9 acrescentados pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)*

*I. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;*

2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;

3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;

4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;

5. recebidas a título de incentivo à demissão;

6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;

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

8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;

9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;

f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870,

*de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)*

*u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

*x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)*

Pelo exposto, tanto o conceito de salário de contribuição para o segurados empregados, como para o contribuintes individuais envolvem uma gama de retribuições, sejam em dinheiro ou utilidades e apenas a análise da natureza de cada uma será capaz de identificar se a verba encontra-se ou não excluída do conceito de salário de contribuição. Ressalte-se, que o art. 28, § 9º da lei 8212/91, acima transcrito não prevê expressamente o Plano de Stock Options, como excluído da base de cálculo, razão pela qual, passamos a analisar mais profundamente essa modalidade de benefício.

## DA DEFINIÇÃO DO STOCK OPTIONS

Doutrinariamente, Stock Option Plan (Plano de Opção de Compra de Ações) representa um plano que determina regras e critérios para outorga a determinados trabalhadores da possibilidade de aquisição de ações da empresa. Esses trabalhadores podem encontrar-se na situação de empregados, autônomos, administradores (contribuintes individuais para a previdência social). A opção por ações proporciona ao beneficiário o direito de compra de ações por um valor pré-determinado, após um período de carência previamente determinado (permanência na empresa) e a possibilidade de vendê-las no mercado de capitais auferindo lucro ao final desse prazo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a opção de compra de ações esta prevista no § 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404/76, *verbis*:

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

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

Para elucidar a definição do Plano de Opção de Compra de Ações, podemos citar o texto da lavra de “CALVO, Adriana Carrera. A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho – “employee stock option plans”. Clubjus, Brasília-DF: 25 ago. 2007”, que assim aborda a matéria:

### *1. Introdução*

*Nas últimas décadas, o sistema de remuneração adotado pelas empresas brasileiras modificou-se drasticamente, devido à transferência de investimentos de empresas estrangeiras para o Brasil, principalmente da área de tecnologia. Tal fato alterou o nosso cenário empresarial e influenciou diretamente a nossa política de recursos humanos.*

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

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

*Segundo o dicionário Barron’s Dictionary of Legal Terms, o termo “stock option” significa; “a outorga a um individuo do direito de comprar, em uma data futura, ações de uma sociedade*

*por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, e não ao tempo em que as ações são adquiridas”.*

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

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

## *2. O plano de opção de compra de ações*

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

*Em geral, o plano de “stock options” contém os seguintes elementos: (1) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção (“exercise price”); (2) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções (“vesting”) e; (3) termo de opção – prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação (“expiration date”): O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado.*

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

*Quanto ao prazo de carência é definido como um número mínimo de tempo de serviço na empresa, que costuma variar de 3 (três) a 5 (cinco) anos. A prática de mercado é de um prazo máximo de termo de opção que varia de 5 (cinco) a 10 (dez) anos da data da concessão da opção de compra.*

Segundo o dicionário 'Barrons Dictionary of Legal Terms', o termo stock option significa: *“a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data a futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, e não ao tempo em que as ações são adquiridas”.* Assim, as opções representam o direito de comprar ações a um preço fixo, definido na data em que as opções são concedidas (preço de exercício). Após um determinado período (prazo de carência, também chamado de 'vesting'),

esse direito de opção de compras pode ou não ser exercido, já que não se trata de obrigação, como mencionado acima e envolve risco para o empregado,

Ou seja, em termo conceituais, no entender desta relatora, conceitualmente, stock option é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime opção de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo, em sua concepção original, caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso da prestação de serviços (seja no contrato de trabalho, seja em contrato autônomo) desde que respeitada a natureza do plano. Assim, não parto da premissa, de que qualquer plano de stock options teria natureza salarial, como também não há como se afirmar que ao atribuir a nomenclatura de "stock options", estará a empresa desobriga de incluir tal verba na base de alculo de contribuições previdenciárias.

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

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

É no mesmo sentido, que entendo que o simples fato de uma empresa ofertar aos seus trabalhadores, um plano de outorga de opção pela compra de ações de forma onerosa, não pode ser fundamentação isolada para a configuração de fato gerador de contribuições previdenciárias, partindo da premissa de que toda a forma de STOCK OPTIONS, tende a remunerar, premiar o trabalhador pela prestação de serviços.

Embora, o contrato de concessão da opção por ações possa ter decorrido da prestação de serviços, trata-se, em sua origem conceitual, em regra, de típico contrato mercantil, desde que envolva riscos desde a sua concepção, submetendo o trabalhador, a volatilidade do mercado e a risco que estariam totalmente fora do controle da empresa e do próprio trabalhador.

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

*"Alguns empregadores oferecem aos seus empregados o direito de adquirir ações da companhia por um custo abaixo do mercado (stock option). Uma vez adquiridas voluntariamente pelo trabalhador, será possível a venda quando da valorização de seu valor econômico. Esse exercício de opção de compra de ações da empresa empregadora envolve riscos, pois o empregado poderá ganhar ou perder com a operação. Por isso entendemos que "ganho" eventualmente obtido pelo trabalhador com a venda das ações de sua empregadora não tem natureza salarial, pois é espécie de operação financeira no mercado de ações. Ademais, pago em razão do negócio, e não da prestação de serviços."*

Entendo que ao contrário dos prêmios, que são concedidos de forma gratuita, bastando o atingimento de metas, ou situação particular da prestação de serviços, no stock options (conceitualmente falando) o trabalhador pode ou não obter benefícios, e caso a opção lhe seja vantajosa, terá que pagar o preço de exercício estipulado, donde o seu caráter oneroso, afastaria a pretensão de reconhecimento da natureza de prêmio do plano de compra de ações.

Neste mesmo sentido, tem-se encaminhados os julgamentos da matéria no âmbito do TST. Cite-se acórdãos a respeito do tema.

**SALÁRIO-UTILIDADE. VEÍCULO.** *A Turma a quo consignou expressamente que, diante do exame das provas produzidas, o fornecimento do veículo ao empregado se deu para o desempenho de seu labor, muito embora também utilizado para fins particulares. Incidência da Súmula 126 do TST. Ademais, o fato de o Reclamante fazer uso do veículo também para uso pessoal não transmuda a finalidade para o qual foi concedido, qual seja, a execução do contrato de trabalho, consoante a Súmula 367, I, do TST. Recurso de Revista não conhecido.*

**SEGURO DE VIDA. SEGURO-SAÚDE. REEMBOLSOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA.** *O art. 458, § 2º, da CLT estabelece que a assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde, assim como seguros de vida não são considerados salário-utilidade. Recurso de Revista não conhecido.*

**GRATIFICAÇÃO ANUAL. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.** *O eg. Tribunal Regional consignou expressamente que a verba gratificação anual não era concedida por mera liberalidade do empregador, mas, na verdade, dependia dos resultados obtidos pela empresa ao longo do exercício e do cumprimento de metas individuais pelos empregados. Para se chegar a conclusão diversa, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nessa instância recursal, nos termos da Súmula 126 do TST. Recurso de Revista não conhecido.*

**BONIFICAÇÃO EM AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.** *Apesar da verba "bonificação em ações" ser concedida anualmente, não pode ser considerada como uma gratificação propriamente dita, já que para o seu "recebimento" o Reclamante deveria investir na compra das ações e estava a mercê das oscilações do mercado financeiro. Recurso de Revista não conhecido. (grifei)*

**DANO MORAL.** *A controvérsia suscitada pelo Autor encontra óbice na Súmula 126 do TST, uma vez que a análise de suas alegações recursais envolveria o revolvimento do conjunto fático-probatório. Recurso de Revista não conhecido.*

**ACÚMULO DE FUNÇÕES.ADICIONAL.** *Consta do v. acórdão que o Reclamante não comprovou acúmulo de funções. Desse modo, a aferição da alegação recursal ou da veracidade da assertiva do Tribunal Regional depende de nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nesta*

*instância recursal, nos termos da Súmula 126 do TST. Recurso de Revista não conhecido. (Processo:RR - 106500-98.2000.5.02.0070 Data de Julgamento:08/10/2008, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT24/10/2008.)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. QUITAÇÃO. SÚMULA 330 TST. Pela leitura do acórdão de fls. 296/299, infere-se que em nenhum momento o Órgão Colegiado a quo se manifestou a respeito da tese de contrariedade ao conteúdo do art. 477, §1º da CLT, tanto é que o Agravante sequer transcreveu ou mencionou o trecho pertinente em suas razões do Agravo. Ademais, não opôs embargos declaratórios no momento oportuno objetivando o pronunciamento sobre este tema. Incidência da Súmula n. 297, por falta de prequestionamento. ABONO ANUAL. Partindo do quadro fático-probatório delineado pelo Tribunal, cuja reapreciação encontra óbice na Súmula 126 do TST, não há qualquer alteração ilícita do contrato de trabalho (art. 468 da CLT) ou supressão de indenização por rescisão de contrato por prazo indeterminado (art. 468 da CLT). Dispositivos legais invocados não ofendidos. ACÕES. NÃO-INTEGRAÇÃO. REMUNERAÇÃO. A não-integração dos "stock options" ou ações na remuneração do empregado decorre da literalidade do disposto no §1º do art. 457 da CLT. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.*

*( AIRR - 38740-45.2003.5.15.0045 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 24/09/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 17/10/2008.*

Contudo, a análise realizada acima, teve por escopo aspectos doutrinários do termo "STOCK OPTIONS", sendo que a conclusão acerca da procedência do lançamento, ou seja, sobre a efetiva natureza salarial do plano de outorga ora apresentado, merece uma análise não apenas conceitual, mas especialmente, se o pagamento feito pela recorrente encontra-se em perfeita consonância com a concepção original descrita acima, afastando-se a natureza remuneratória, conforme argumentado pelo recorrente.

### **DA APRECIÇÃO DO PLANO DE COMPRA DE AÇÕES NO ÂMBITO DA BM&F BOVESPA S/A - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS**

#### **CONFIGURAÇÃO DA NATUREZA REMUNERATÓRIA DO STOCK OPTIONS**

Assim como descreve a doutrina, o recorrente e o próprio auditor fiscal, o surgimento do Plano de Opção pela Compra de Ações – chamado de stock options, deu-se na lei da S.A em seu art. 128, o que lhe conferiu inicialmente caráter mercantil.

Mas, o objetivo desse lançamento e de toda a discussão acerca do tema, é se o fato de a previsão para outorga de ações ter se dado na lei das S.A, afastaria qualquer possibilidade de considerar o benefício como salário indireto, e por conseguinte, incluí-lo na base de cálculo de contribuições? Acredito que não!

O fato da legislação das S.A ter previsto essa modalidade de pagamento, não a excluiu do conceito do salário de contribuição. Nesse ponto, entendo oportuno a indicação do auditor que a verba não está contida no rol de exclusões do art. 28, §9º, mas devemos nos

aprofundar nos fatos indicados no relatório fiscal para constituição do crédito ora sob análise. Tal fato mostra-se relevante para evitar que as empresas passem a adotar sistemáticas de remuneração indireta, passando as chamá-las de stock options.

Vimos, no decorrer dos últimos anos, nascer, disseminar, e morrer diversas formas de pagamentos indiretos, como é o caso das empresas de premiação, que surgiram como ideias legítimas de satisfação dos empregados, ou mesmo de diminuição dos custos das empresas. É certo que o planejamento estratégico, muito presente nos dias atuais tanto na contratação de trabalhadores, como organização das empresas, impulsiona os empresários a buscar formas de vencer no mercado, com a consequente diminuição de custos e aumento da eficiência. Não condeno essa prática, mas, não podemos entender que o simples uso de uma nomenclatura seja capaz de excluir determinado benefício do conceito de remuneração. Ademais, não é a simples nomenclatura atribuída pelo contribuinte que afasta a natureza remuneratória de uma verba, devendo a autoridade fiscal e órgão julgador verificar se na essência o pagamento cumpriu sua premissa básica, aquela na qual original encontrava-se consubstanciado.

Assim, não interessa a nomenclatura atribuída a verba conferi-lhe caráter indenizatório, se o pagamento da mesma consubstancia-se em verba com cunho remuneratório.

Como defendeu a autoridade fiscal, o caráter remuneratório nasce, na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma, que o mesmo veja no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta. Destaco, porém, que embora, não concorde com a frase dita de forma isolada, no contexto apresentado pelo auditor, entendo que a conclusão mostra-se acertada.

E aqui, conforme descrito acima, não importa se estamos falando de empregado, ou mesmo prestador de serviços contribuinte individual. O termo “remuneração” deve ser tomado em sua acepção mais ampla, como qualquer pagamento tendente a remunerar o trabalho prestado ou o tempo a disposição do empregador.

## AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NORMATIZANDO O PAGAMENTO

O grande problema acerca da interpretação sobre a natureza tributária dos benefícios concedidos aos trabalhadores à título de compra de ações, repousa na ausência de legislação própria, capaz de normatizar a forma como deve se dar a concessão, e principalmente, os limites para o seu exercício.

Vejamos, trecho do relatório fiscal, acerca do objetivo do plano implementado:

- *o contribuinte foi regularmente intimado através do Termo de Intimação Fiscal nº 01, a apresentar os documentos relacionados aos Planos de Outorga de Opções de Compra de Ações, prestando esclarecimentos;*
- *da análise do comunicado interno aos funcionários da BM&F (sociedade incorporada) nº 013/2007DG, referente ao IPO da BM&F S.A. Início de Negociação das Ações e Plano de Outorga de Opções de*

*Compra de Ações aos Funcionários, temos o que segue, nos termos utilizados pela empresa:*

*"Um dos principais ativos da BM&F está em seus funcionários. Assim, em reconhecimento aos esforços e à dedicação dessas pessoas, foi aprovado para eles um plano de opção de compra de ações. Com isso, os funcionários poderão participar diretamente de mais essa etapa da história da BM&F.*

*Para tanto, na primeira quinzena de dezembro os funcionários que na data da desmutualização da BM&F (1º/10/2007) haviam sido contratados há pelo menos seis meses serão chamados para a assinatura do contrato pelo qual receberão as suas opções de compra de ações da BM&F S.A., que serão exercidas pelo valor de R\$ 1,00 (um real) por ação e serão vendidas, em nome dos beneficiários, por valor de mercado. Por ocasião da assinatura do contrato serão esclarecidos também os critérios para a determinação do número de opções que cada um receberá, bem como outras informações relevantes".*

Realmente analisando pela ótica trazida pelo auditor, que transcreveu trecho de comunicado da própria empresa acima, fazendo referência a “reconhecimento dos esforços e dedicação”, poder-se-ia atribuir caráter salarial a verba, mas entendo que não é simplesmente a “nomenclatura” utilizada, seja pelo recorrente ou pelo próprio comunicado que deve servir de fundamento para identificar a natureza do pagamento. Conforme já defendi em outras oportunidades, a essência do pagamento, sua natureza é que será determinante na identificação do caráter salarial do benefício, ou fato gerador de contribuições previdenciárias. Se assim não o fosse, bastaria atribuir a um benefício concedido uma das nomenclaturas descritas no art. 28, § 9º da lei 8212/91, para afastar a natureza salarial da verba.

#### O FATOR DETERMINANTE PARA QUE O STOCK OPTIONS SE AFASTE NA NATUREZA MERAMENTE REMUNERATÓRIA – O RISCO

Acredito, conforme descrito anteriormente, que o argumento consistente para que a opção de compra de ações se afasta da natureza remuneratória é o fato do risco atribuído ao empregado ou contribuinte individual, quando lhe é feita a opção pela compra de ações. No caso, destacou o auditor em seu relatório:

*as opções foram outorgadas ao preço de exercício fixo de R\$ 1,00 (um real), exercício esse que coincidiu, por vezes em parte (25%) e por vezes totalmente, com a data da própria outorga, ou seja, 18/12/2007. Nessa data, segundo informações prestadas pelo contribuinte, o preço de mercado da ação foi de R\$ 23,06 (vinte e três reais e seis centavos). Exclui-se, assim, qualquer natureza mercantil dessa operação, visto que possui características peculiares e também vantagens delas decorrentes oferecidas aos empregados e aos administradores, situações essas não disponibilizadas ao investidor comum.*

*Portanto, a outorga de opções de compra de ações aos empregados e administradores do contribuinte possui, integralmente, natureza salarial, remuneratória;*

Ora, não fossem outros argumentos trazidos pelo auditor para demonstrar a natureza remuneratória da verba, entendo que esse fato já seria o suficiente para descrever a natureza salarial da verba e o distanciamento da concepção original de contrato mercantil, qual seja "o risco". Com a atribuição do valor de R\$ 1,00 podemos identificar a ausência do risco, o

que demonstra que a opção pela compra sempre beneficiará o trabalhador, passando neste caso, afastado o risco inerente ao negócio a constituir uma simples forma de remunerar indiretamente o empregado, já que dificilmente o preço da ação estaria abaixo desse patamar. Note-se, ainda, que não há pagamento no momento da possibilidade de opção, o que corroborado ao preço de exercício, demonstra a intenção de atribuir o ganho ao beneficiário. Ou seja, nem mesmo estabeleceu a empresa um valor ou antecipação no momento da contratação da outorga, demonstrando que o recorrente simplesmente atribuiu a possibilidade de aquisição (diga-se que não é obrigatório), a um preço baixo. Não estou falando aqui, que o recorrente tenha que ter “bola de cristal”, adivinhando um valor que seja próximo da realidade de mercado, mas não consigo enxergar que o valor atribuído no presente caso, oferta o risco previsto em um plano de ações com natureza meramente mercantil.

Ademais, outro ponto identificado pelo auditor que mostra-se relevante é o fato que na data da outorga não houve qualquer dispêndio por parte do beneficiário, limitando-se ao pagamento pelo exercício das ações quando do vencimento antecipado. Esse fato mostra-se relevante, quando em outras oportunidades (outros planos de stock options) identifica-se um desembolso no momento da outorga, sem nesse momento exercer qualquer tipo de direito, mas tão somente para ter direito de futuramente exercê-las por um preço previamente estipulado. A atribuição de um valor no momento de assinatura do contrato, isso denota um risco, pois se o trabalhador futuramente não tiver interesse em exercer o direito de comprar, não terá direito ao reembolso do valor.

Quando tratamos da definição de Stock Options, citamos as palavras de Adriana Carrera. Calvo, in A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho – “employee stock option plans”. Clubjus, Brasília-DF: 25 ago. 2007”, onde a mesma bem retrata a questão do valor de exercício da ação para não desconfigurar a natureza mercantil:

*Em geral, o plano de “stock options” contém os seguintes elementos: (1) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção (“exercise price”); (2) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções (“vesting”) e; (3) termo de opção – prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação (“expiration date”): O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado.*

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

Na lição de Paulo Cezar Aragão, ex-superintendente jurídico da Comissão de Valores Mobiliários, a respeito do tema: *(...) a companhia não efetua pagamento algum ao empregado quando lhe outorga opções de compra de ações, mas simplesmente permite que ela subscreva ações a um preço determinado. O possível ganho de capital decorreria de fato alheio à companhia e ao contrato de trabalho, e seria pago pelo terceiro comprador.*

Concluindo, entendo ser o valor atribuído, não estendido ao mercado, o argumento mais consistente trazido pelo próprio auditor para definição do caráter salarial, ou seja, à medida que a empresa interfere no plano de opções de ações de forma a afastar o risco

do seu beneficiário fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Ou seja, passa o negócio a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o empregado a opção de GANHAR COM A COMPRA DAS AÇÕES.

Por fim, ao ler os termos do Contrato, outro ponto me chama a atenção, embora não citado expressamente pelo auditor. "4.2 Na forma desta cláusula a própria BM&F poderá emprestar os recursos para o pagamento do exercício, cujo valor deverá ser restituído (...). Contudo, dita questão serve apenas como fato capaz de solidificar meu entendimento de que o plano em questão não oferece risco ao beneficiários.

CONCLUSÃO: os valores atribuídos pela empresa no presente programa afastam o risco do negócio.

## ESTABELECIMENTO DE METAS PARA EXERCÍCIO DA OUTORGA,

Entendo ainda, que existe outro ponto que corrobora o entendimento de que os valores configurariam salários indiretos. Trouxe o auditor em seu relatório, transcrevendo trechos dos próprios contratos individuais com os empregados, fls. 276, do termo de verificação fiscal, que o valor desembolsado pela empresa para conceder a seus empregados e administradores opções de compra de ações é parcela remuneratória decorrente dos serviços que lhe foram prestados, visto que concedido em função do vínculo laboral, como se demonstra através do item abaixo transcrito, extraído do INSTRUMENTO PARTICULAR DE OUTORGA DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. Vejamos, trecho do referido contrato:

### *2. CONDIÇÕES DA OUTORGA*

*2.1. A outorga das Opções referentes às ações integrantes dos Lotes 2, 3 e 4 relacionados no Anexo II deste Instrumento ficará condicionada:*

*(a) ao cumprimento de metas de performance, estabelecidas pelo Diretor Geral, que permitam, periodicamente, avaliar a eficiência e a responsabilidade profissional do Beneficiário, levanto em conta, dentre outros, parâmetros sobre: controle de despesas correntes; contribuição à geração de receitas operacionais e/ou financeiras; contribuição à imagem institucional da BM&F; atitude próativa frente aos desafios profissionais e postura cooperativa com seus pares;*

*(b) à avaliação de desempenho do Beneficiário, quando Gerente, pelos demais gerentes de sua Diretoria e pelo respectivo Diretor e, quando Diretor, pelos demais Diretores da Companhia; e*

*(c) à avaliação de desempenho pelo Diretor Geral.*

*2.2. Caberá ao Diretor Geral estabelecer as metas de produtividade e de redução de custos referidas na cláusula 2.1. acima, bem como os critérios de aferição de desempenho do Beneficiário, a ser feita pela Diretoria da Companhia.*

Tal constatação encontra-se às fls. 235 dos autos, onde encontram-se descrito no item 2 Condições da outorga, que as mesmas ficarão condicionadas tanto ao cumprimento de metas, como a avaliação de desempenho.

Concordo com o fato de que a legislação não prevê quem seriam os destinatários, contudo, atrelar a opção pela compra ao desempenho profissional, (como já abordado), torna evidente que se buscar premiar o desempenho, o que não se coaduna com operação meramente mercantil. A indicação dos trabalhadores que poderão efetivar a outorga, como dito anteriormente, tem na sua concepção a manutenção de profissionais, contudo, após essa escolha, ainda condicionar o número de ações a serem outorgadas a desempenho, faz com que, nitidamente, o benefício esteja condicionado ao exercício profissional., ratificando, novamente a natureza salarial da verba.

Analisando os documentos colacionados aos autos pelo auditor (acima transcritos), mencionados tanto no relatório, como na decisão de primeira instância, observa-se que a instituição do programa, também passa essa idéia de atrelar a concessão do stock options a metas, o que no meu entender, afasta sua natureza meramente mercantil.

Um dos argumentos doutrinários para afastar a natureza remuneratória do plano de opção por compra de ações é que o mesmo não se assemelha a prêmio (que possui natureza salarial), nem a participação nos lucros, posto que nos dois casos, identifica-se que o pagamento do benefício condiciona-se ao desempenho do empregado, ou do trabalhador no geral, como no caso dos contribuintes individuais. Ao descrever no plano, como condição para o seu exercício, o alcance de metas coletivas e individuais, acaba novamente por desvirtuar sua natureza, atribuindo-lhe feição salarial. Aliás, a empresa só vai ofertar o plano aos que entende ter interesse em manter, posto que já são “talentos”, por isso não se faz necessário a vinculação de metas na concepção original do benefício.

Cito os autores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Cavalcante, in Direito do Trabalho, Tomo I, 5 edição, Ed. Lumem Juris, fl. 586:

*O employee stock option não pode ser visto como uma forma de participação nos lucros. O direito de opção de compra relaciona-se com o valor da ação da empresa à época d efetivo exercício do direito e não com a existência ou não de lucros ou resultados positivos da empresa. Vale dizer, o empregado não tem metas ou produtividade a ser implementada, como ocorre, geralmente na participação nos lucros, para fins de se exercitar o direito de opção de compra de ações negociáveis da empresa no mercado de capitais.*

*Também não pode ser visto como um prêmio na medida em que a opção nada tem a ver com o esforço do empregado. Stock Option não é um salário condição, como ocorre com o prêmio. O empregado somente poderá aguardar o implemento do prazo de carência para adquirir o direito a opção.*

**CONCLUSÃO:** Assim, ao condicionar a opção de compras de ações e o número de ações a serem outorgadas a condições relacionadas ao desempenho profissional, o recorrente acaba por desnaturar a operação mercantil do Stock options aproximando sua concessão a de um mero prêmio, demonstrando sua feição salarial (tão evidenciada pela autoridade fiscal), vez que acaba vinculando o seu pagamento ao implemento da prestação de serviços. Aqui ressalto, questão abordada no início deste voto, qual seja, não devemos nos ater apenas a nomenclatura utilizada pelo contribuinte para definição do salário de contribuição, mas identificar como, na prática dava-se o pagamento.

## DA POLÍTICA REMUNERATÓRIA DESCRITA NOS COMUNICADOS ACERCA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS.

Um ponto, que embora isoladamente apreciado não seria capaz de conferir caráter remuneratória são os pronunciamentos técnicos elaborados, mas precisamente o CPC 10, transcrita pelo auditor em seu relatório, senão vejamos:

*• o Auditor Fiscal faz análise do Pronunciamento Técnico CPC 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, afirmando que a outorga de opções de compra de ações para seus administradores e empregados tem caráter salarial, sendo uma espécie de remuneração a curto, médio e longo prazos, devendo integrar o salário de contribuição (base de cálculo) para fins de incidência das contribuições previdenciárias, concluindo que as opções de ações concedidas devem integrar o salário de contribuição, pois:*

*nas **Demonstrações Contábeis da sociedade incorporada, em sua Nota Explicativa nº 16 (dezesseis) Benefícios a Empregados Stock Option**, é afirmado que o Plano de Opções de Compra de Ações tem o objetivo de permitir que administradores, empregados e prestadores de serviço da companhia ou de outras sociedades sob seu controle, segundo determinadas condições, adquiram ações da companhia, com vistas em: (a) estimular a expansão, o êxito e a consecução de seus objetivos sociais; (b) alinhar os interesses dos acionistas aos de administradores, empregados e prestadores de serviços da companhia ou de outras sociedades sob seu controle; e (c) possibilitar à companhia ou outras sociedades sob seu controle atrair e manter a ela vinculados administradores e empregados. Afirma ainda que as opções de compra de ações outorgadas nos termos do plano poderão conferir direitos de aquisição sobre um número de ações, a título de reconhecimento e retenção dos atuais administradores e funcionários da companhia;*

*nas **Demonstrações Contábeis da sociedade incorporadora, em sua Nota Explicativa nº 19 (dezenove) Benefícios a Empregados Stock Option BM& F S.A. (Plano migrado para BM&FBOVESPA)**, reproduzida anteriormente, é afirmado, a respeito do plano da sociedade incorporada, que ele foi concebido com o objetivo preponderante de conferir aos administradores e empregados da antiga BM&F (i) a retribuição por serviços prestados por seus beneficiários ao longo do período anterior ao processo de desmutualização e, também, (ii) a retenção dos profissionais ao longo dos quatro anos após a aprovação do Plano e ao IPO;*

*no **comunicado interno aos funcionários da BM&F (sociedade incorporada) nº 013/2007DG**, referente ao IPO da BM&F S.A. Início de Negociação das Ações e Plano de Outorga de Opções de Compra de Ações aos Funcionários, reproduzido anteriormente, é afirmado que em reconhecimento aos esforços e à dedicação dos funcionários, foi aprovado para eles um plano de opção de compra de ações, através do qual receberão opções de compra de ações da BM&F S.A., que serão exercidas pelo valor de R\$ 1,00 (um real) por ação e serão vendidas, em nome dos beneficiários, por valor de mercado;*

Às fls. 287 e seguintes, promove o auditor na apenas transcrições de trechos dos comunicados realizados pela própria empresa, como conclui que a forma como realizado o programa da empresa, leva a conclusão de que o benefício na maneira como concedido enquadra-se na acepção ampla de remuneração.

Isto posto, ao considerar que, na maneira como disponibilizado, a opção pela compra de ações, visou remunerar indiretamente os empregados e contribuintes individuais, correta a indicação da autoridade fiscal, de que o benefício não se encontra no rol de exclusão do conceito de salário de contribuição, descrito no art. 28, § 9º da lei 8.212/91, razão pela qual entendo corretos os fundamentos (em sua maioria, com as observações descritas no voto) para manutenção do crédito.

### **DA DESVINCULAÇÃO COM O TRABALHO DESENVOLVIDO - AUSÊNCIA DE RETRIBUTIVIDADE**

Rechaço o argumento do recorrente de que o pagamento em questão não possui correlação com o trabalho prestado, ou mesmo não caracteriza-se como contraprestação pelo serviço prestado.

Qual seria outra forma de enquadrar o pagamento do STOCK OPTIONS , como feito pelo recorrente, que não contraprestação pelo serviço prestado. Tanto o é, que se estabelecem metas de trabalho, desempenho, como forma de estímulo para que o empregado e contribuinte individual, produza cada vez mais, e por conseguinte, sinta-se recompensado e queira manter o vínculo com a empresa. Não estou dizendo com isso que qualquer plano de outorga de ações é salário (como exaustivamente apreciado). Nem tampouco, acato os argumentos de que não se tratam de valores provenientes do trabalho. Respeito o posicionamento defendido pelo recorrente, contudo, possuo entendimento inverso a respeito do tema, como foi devidamente destacado pela autoridade fiscal e julgadora. Na maneira como concedido pelo recorrente o engajamento do trabalhador renderá frutos não apenas sobre o crescimento do negócio, mas lhe proporcionará pagamentos na modalidade de ações, cuja outorga (conforme previsto no próprio contrato), está relacionada ao alcance de metas e avaliação do beneficiário.É nesse sentido, que discordo do recorrente de que encontra-se desvinculado do trabalho.

### **DA HABITUALIDADE NO PAGAMENTO**

Argumentar que a verba não era paga com habitualidade, mas apenas eventualmente, também não demonstra equívoco no lançamento. Aliás, o conceito de habitual, no presente caso, não reporta-se a idéia de pagamentos constantes, mas, relacionados ao desempenho profissional, afastando-se da idéia serviço sem qualquer relação de continuidade. A interpretação de ausência de habitualidade não deve indicar pagamentos contínuos, mas devem ser diferenciados de pagamentos eventuais, ou seja, aqueles que não tem qualquer relação com a prestação do serviços ou pelo vínculo de emprego. Estariam excluídos pela ausência de habitualidade aqueles benefícios decorrentes de um infortúnio. A habitualidade será determinante quando buscar a definição do conceito de remuneração para reflexos em outras verbas trabalhistas, tais com férias, 13 salário. Já para incidência de contribuições previdenciárias, o fatos determinante é a natureza em si da verba, donde buscamos caracterizar a verba como salarial, ou indenizatória se a mesma vincula-se ao contrato de trabalho.

### **QUANTO AO INDEVIDO ENQUADRAMENTO DE PRESTADORES DE SERVIÇO COMO EMPREGADOS E DIRETORES VINCULADOS A CLT COMO CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS**

Quanto a este argumento vejamos o que argumenta o recorrente em sua impugnação, fls. 379

*Na planilha denominada "outorga de opções de compra de ações, anexa ao Termo de Verificação Fiscal, se verifica que a fiscalização segregou os valores autuados considerando (i) a qualificação do beneficiário (diretores ou empregados) e (ii) a data da carência.*

*E, com base nessas informações, a d. fiscalização calculou as contribuições previdenciárias supostamente devidas, aplicando a alíquota de 20% para os beneficiários considerados diretores e a alíquota de 21% (20% + 1% RAT) para os beneficiários considerados empregados.*

*Contudo ao analisar o DAD, se verifica que a d. fiscalização indevidamente enquadrando os prestadores de serviços beneficiados pelo plano como empregados da impugnante, o que gerou a cobrança a maior do tributo (21% ao invés de 20%).*

*Ressalte-se, nesse aspecto, que à fiscalização foram disponibilizados todas as informações necessárias a averiguação de que os prestadores de serviços não integram o quadro de empregados da impugnante, especialmente: folhas de pagamento e GFIP.*

*E, na mesma linha de irregularidade, a fiscalização desconsiderou o fato de que os diretores da impugnante são contratados sob a égide da CLT, indevidamente considerados contribuintes individuais, não obstante lhe tenham sido prestados todas as informações necessárias para que não tivesse incorrido em tal erro.*

*Desta forma, diante da irregularidade na materialização do lançamento fiscal, em total afronta ao disposto no art. 142 do CTN, se conclui que o lançamento fiscal carece de validade e, portanto, não pode prosperar.*

Quanto a este ponto, debrucei-me sobre o lançamento na busca de informações que levassem a identificar os erros apontados pelo recorrente, contudo não obtive êxito. A alegação de que houve a troca quanto a identificação do tipo de segurado torna-se inócuo se não apontado pela recorrente os erros cometidos, mas tão somente refutar dizendo que a autoridade fiscal tenha condições de identificar. No recurso, novamente refutou de forma genérica o recorrente, o que não nos permite apreciar e excluir (se fosse o caso) possíveis erros no enquadramento dos fatos geradores, razão pela qual, não confiro razão ao recorrente.

Note-se que mesmo após a DRJ indicar que o recorrente não apresentou qualquer elemento de prova capaz de esclarecer os erros apontados, o recorrente argumenta que se a DRJ tinha dúvidas deveria converter o julgamento em diligência. Ora, para que se tenha dúvida sobre supostos erros de enquadramento, não leva em consideração o julgador apenas argumentos, devendo serem os mesmos fundamentados com qualquer prova ou informação adicional, o que não foi o caso. Dessa forma, concordo com o posicionamento adotado pelo julgador.

#### DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR,

Muito discutiu o recorrente argumentando que não houve pagamento ou mesmo ganho, e portanto, a verba não poderia constituir salário de contribuição, sendo indevida o lançamento em relação a este período, o que não venho a concordar.

Argumenta que tão somente se o beneficiário vendesse a ação, poderia se vislumbrar alguma espécie de ganho, e mesmo assim, caso ocorresse, seria uma relação desvinculada da auçada, não havendo como estabelecer o liame jurídico, capaz de determinar sua sujeição passiva pelos créditos ora lançados.

Acho que o entendimento levado a efeito pela autoridade fiscal, encontra-se acertado. Ora, em que momento houve o “ganho”, ou conforme descrito anteriormente a remuneração indireta do trabalhador?

Acredito que, no momento em que houve o direito de opção (com o efetivo exercício) pela ações ocorreu, sim, o fato gerador, mesmo que não tenha havido a efetiva venda a terceiro, pois naquela oportunidade o mesmo integralizou a efetiva compra das ações sobre o preço de exercício, valor inferior aquela oportunidade ao preço de mercado, representando um ganho direto do trabalhador. Devemos, identificar que remuneração não é representada apenas por pecúnia, mas qualquer ganho, mesmo na forma de utilidades, como o caso de aquisição de ações. Conforme demonstrado acima, houve o desvirtuamento do stock options em sua natureza inicial, qual seja, mera operação mercantil, razão pela qual procedeu o auditor ao lançamento do ganho real, (diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado no momento da opção pela compra de ações.). Não tivesse ocorrido ditos fatos (acima apreciados) não se discutiria a ocorrência do fato gerador, posto que não restaria caracterizada a remuneração indireta.

Conforme descrito anteriormente, em geral, o plano de “stock options” contém os seguintes elementos: (1) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção (“exercise price”); (2) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções (“vesting”) e; (3) termo de opção – prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação (“expiration date”): O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado.

Afasto, dessa forma, o argumento de eventual diferença entre o valor da ação no pregão da bolsa e o valor da ação pago pelo beneficiário do Plano de Opção de Compra de Ações da Recorrente seria irrelevante e imprestável para a cobrança do tributo, vez que em grande parte dos casos não ocorre a efetiva venda a terceiros. Pelo contrário, ao fornecer o benefício ao trabalhador, inclusive com a conseqüente possibilidade de venda imediata, como enfatizado pelo auditor (donde se extrai dos contratos), ofertou a recorrente ao trabalhador um ganho indireto, cuja definição da base de cálculo deu-se sobre o ganho auferido pelo beneficiário, seja ele advindo do bolso financeiro ou do ganho a forma de utilidade.

*Prova disso é o comunicado interno aos funcionários da BM&F (sociedade incorporada) nº 013/2007DG, referente ao IPO da BM&F S.A. Início de Negociação das Ações e Plano de Outorga de Opções de Compra de Ações aos Funcionários, que a seguir se transcreve, com grifos nossos:*

*"Um dos principais ativos da BM&F está em seus funcionários. Assim, em reconhecimento aos esforços e à dedicação dessas pessoas, foi aprovado para eles um plano de opção de compra*

*de ações. Com isso, os funcionários poderão participar diretamente de mais essa etapa da história da BM&F.*

*Para tanto, na primeira quinzena de dezembro os funcionários que na data da desmutualização da BM&F (1º/10/2007) haviam sido contratados há pelo menos seis meses serão chamados para a assinatura do contrato pelo qual **receberão as suas opções de compra de ações da BM&F S.A., que serão exercidas pelo valor de R\$ 1,00 (um real) por ação e serão vendidas, em nome dos beneficiários, por valor de mercado.***

Assim, como já demasiadamente descrito, realmente entendo que o ganho inicial pela outorga de ações não constitui salário de contribuição de maneira geral, contudo, na forma como pago, representando um ganho na forma de utilidade, mais uma vez correta aindicação da natureza salarial.

## DO FATO GERADOR - MOMENTO DA VENDA DAS AÇÕES NO MERCADO

Ademais, também afasto o argumento de que o fato gerador (se existisse) só se daria no momento da venda a terceiros. O momento da ocorrência do fato gerador, deu-se com a concretização da opção, auferindo um ganho indireto. (o direito de compra), que nesse caso específico, coincidiu com o período de carência.

Aliás, entendo que a antecipação da carência, inclusive no caso de desligamento da empresa, denota que a intenção da empresa era realmente praticar uma forma de remuneração indireta, assim, como descrito pela própria autoridade julgadora quando tratou da política remuneratória da empresa.

Não podemos dizer que se dará apenas com a venda, pois poderemos nos deparar com situações em que o empregado nunca realizasse essa venda, mas, possua o “bem” (direito a ação) direito esse concedido, como no presente caso, pela contraprestação do serviços.

Ainda com relação a esse ponto, assim, trouxe o recorrente em seu recurso: "A fiscalização desconsiderou o fato de que os valores por ele considerados como base de cálculo nunca foram pagos pelo recorrente ao beneficiário."

Entendo que equivocada a premissa trazida pelo recorrente. Em momento algum a autoridade fiscal disse que houve pagamento, mas sim ganho pelo direito incorporado ao patrimônio do beneficiário. A diferença entre o valor pago e o valor de mercado é que representa o referido ganho e por conseguinte o fato gerador de contribuições previdenciárias. NO momento que a ação é exercida (e só será se a pessoa tiver vantagem), o que no presente caso, torna-se provável, considerando o valor estipulado de R\$ 1,00, teremos aferido o suposto ganho, sempre que o valor de mercado estiver acima do valor pago. Mas, vale ressaltar, que só será apurada base de cálculo, se restar caracterizado o caráter remuneratório da verba.

E não me venha falar que esse ganho pode ser incerto, pois depende do preço da ação no futuro, sendo que o valor da ação pode sofrer redução. Concordo, mas importante identificar que ninguém é obrigado a exercer, nem tampouco vender a ação anteriormente exercida em momento de baixa de mercado.

O valor do suposto ganho com a venda da ação no futuro não é parâmetro para definição de salário de contribuição (ganho auferido como contraprestação pelo serviço

prestado), mas tão somente para definir ganho de capital para efeito de apuração de imposto de renda.

Nesse mesmo sentido já se encaminhou o julgador de primeira instância:

*Desse modo, temos que o momento da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração a título de opções de compra de ações é a data do vencimento do seu prazo de carência, não importando o exercício das opções pelo beneficiário. Ocorrido o fato gerador, a base de cálculo das contribuições previdenciárias sobre ele incidentes será a mesma data, qual seja, a do vencimento do prazo de carência, conforme cálculo realizado pela auditoria fiscal.*

*Nestes termos, a outorga de opção de ações aos segurados que prestaram serviços à Impugnante, conforme antes exposto, configura remuneração em face do ganho concedido ao beneficiário decorrente do valor da diferença entre o valor estipulado pela ação (R\$1,00), fixado no contrato do Plano de Opção de Compra de Ações, e o seu valor de mercado na data do vencimento da carência, a exemplo do Diretor Alcides de Francisco Ferreira: ações outorgadas = 250.000, cumpridas = 62.500, valor de mercado em 18/12/2007 = R\$23,06, preço de exercício de R\$1,00, portanto, ganho de R\$1.378.750,00 (23,06 – 1,00 x 62.500).*

*Verificase da planilha anexa aos autos “Outorga de Opções de Compra de Ações”, que estão listados todos os beneficiários do plano de opção de compra de ações, tendo sido computadas para fins de apuração do salário de contribuição (base de cálculo) tão somente as opções que foram “cumpridas” (no prazo de carência) em relação ao total que foi outorgado a cada beneficiário, conforme relação fornecida à auditoria fiscal pela própria Impugnante.*

*Ressalte-se que somente foram computadas para fins do lançamento tributário, tão somente as opções de compra de ações cumpridas no prazo de carência, repita-se, conforme **relação fornecida** à auditoria fiscal **pela Impugnante**, isto é, foi considerado o momento em que foi implementada a condição suspensiva, e assim sendo, não há que se questionar o feito fiscal, pois houve realmente um ganho ao beneficiário e um custo para a empresa no montante equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações na data de vencimento da carência e valor das ações nas opções ofertadas aos beneficiários (R\$1,00).*

*Desse modo, o acréscimo patrimonial relativo às opções de compra de ações ocorreu ao fim do prazo de carência, este sim, o momento de ocorrência do fato gerador (implemento da condição suspensiva), razão pela qual para os administradores da Impugnante o encerramento do lock up não desconfigura a ocorrência do fato gerador.*

*Assim, as Opções de Compra de Ações significam para os trabalhadores efetiva vantagem econômica, a qual não se confunde com o eventual ganho de capital a ser apurado apenas quando da alienação das ações.*

*Conforme até aqui exposto, não se sustentam as alegações da Impugnante no sentido de que não ter efetuado qualquer espécie de pagamento aos beneficiários do Plano de Opção de Compra de Ações, visto que o ato de outorgar um direito de subscrever ações de uma empresa através do Plano de Opção de Compra de Ações por preço inferior ao de mercado em contraprestação ao serviço prestado consiste em remunerar, não importando se o beneficiário exerceu ou não este direito, pois, ao término do prazo de carência o beneficiário adquiriu um bem correspondente a um direito com valor econômico correspondente à diferença entre o valor de mercado da ação, na data do término de carência (quando as ações poderiam ser adquiridas), e o valor de subscrição, preestabelecido no contrato de outorga das opções, o que lhe gerou inevitavelmente um acréscimo patrimonial.*

Por fim, em relação a ocorrência do fato gerador para os administradores (diretores), também entendo que o fato de a empresa estabelecer um lock up (6 meses), não interfere na data do fato gerador descrito pelo auditor fiscal. Conforme descrevemos acima, não é a possibilidade de venda das ações e o ganho dela resultante que determina o momento da ocorrência, mas o exercício das ações, que no presente caso, coincide com o data da carência.

Não é a possibilidade de venda imediata que determina que haverá ou não ganho. Seja com ou sem lockup o ganho auferido decorre do direito a aquisição da ação (que pode ser total ou parcial). Novamente, o lockup pode interessar para que se identifique o momento do ganho de capital (IRPF), mas não o ganho (benefício in natura) como retribuição pelo serviço prestado.. O exemplo trazido pelo recorrente acerca da volatilidade no valor da ação em épocas futuras só seria relevante, se o fato gerador, para efeitos previdenciários, ocorresse no momento da venda a terceiros, o que não é o caso. Assim, no momento em que exerceu as opções pela ações ocorreu o fato gerador, independente se a possibilidade de dispor das ações adquiridas só ocorresse em momento posterior.

## DA BASE DE CÁLCULO

Quanto a este cálculo também concordo com a posição adotada pela autoridade fiscal. O valor estipulado pela empresa para o exercício não entrou na base de cálculo da contribuição lançada, mas a diferença entre esse valor e a média estipulada pelo mercado no dia da carência antecipada, que nada mais é, no presente caso, do que a data do exercício. A utilização da média do mercado do dia, é mais do que justa, considerando a variação do preço da ação em um mesmo dia. Assim, correto os valores lançados.

A planilha indicando a aviação da ação na abertura e no decorrer do dia, apenas demonstra acertada a utilização da média, tanto que no dia 18/12/2007, adotou-se como base o valor de R\$ 23.06 (planilha), o que reflete o valor abaixo da médio da ação nesse dia.

Para definição de remuneração não levamos em consideração apenas os valores fornecidos em dinheiro, bem como qualquer ganho até mesmo na forma de utilidades, razão pela qual o ganho (direito de ações), pode ser também considerado uma espécie de

remuneração. Entendo importante firmar entendimento do papel das utilidades dentro do conceito de salário de contribuição para contribuintes individuais e empregados.

Conforme, já transcrito anteriormente a definição de salário de contribuição encontra-se prevista no art. 28, III da Lei nº 8.212/1991, para o segurado contribuinte individual:

*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;*

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei nº 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição:

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

*I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)- grifo nosso.*

Dessa forma, pela análise dos dois dispositivos legais, podemos estabelecer que não existe nenhuma distinção entre a base de cálculo da contribuição dos segurados empregados e dos contribuintes individuais. Entendo que o detalhamento do dispositivo com relação aos segurados empregados, visa simplesmente transcrever o que a Consolidação da Leis do Trabalho – CLT, destaca como remuneração para os trabalhadores por ela amparados. A preocupação do legislador trabalhista, reafirmada pelo previdenciário, foi simplesmente enfatizar que tudo aquilo que o empregador der ao seu empregado, como contraprestação pelo trabalho realizado, deve ser incluído no conceito de remuneração seja em dinheiro ou outro tipo de retribuição, como ocorreu no presente caso.

Segundo o ilustre professor Arnaldo Süssekind em seu livro Instituições de Direito do Trabalho, 21ª edição, volume 1, editora LTr, o significado do termo remuneração deve ser assim interpretado:

*No Brasil, a palavra remuneração é empregada, normalmente, com sentido lato, correspondendo ao gênero do qual são espécies principais os termos salários, vencimentos, ordenados, soldo e honorários. Como salientou com precisão Martins Catharino, “costumeiramente chamamos vencimentos a remuneração dos magistrados, professores e funcionários em geral; soldo, o que os militares recebem; honorários, o que os profissionais liberais ganham no exercício autônomo da*

*profissão; ordenado, o que percebem os empregados em geral, isto é, os trabalhadores cujo esforço mental prepondera sobre o físico; e finalmente, salário, o que ganham os operários. Na própria linguagem do povo, o vocábulo salário é preferido quando há prestação de trabalho subordinado.”*

Pelo exposto, o fato do legislador não ter detalhado o conceito de remuneração para o contribuinte individual é simplesmente porque não é comum se ajustar outra modalidade de pagamento pela prestação do serviço que não dinheiro. Porém resta evidente que qualquer espécie de pagamento feito ao contribuinte individual, caracteriza-se como contraprestação pelo serviço realizado integrando a base de cálculo de contribuições previdenciárias.

Não se pode descartar o fato de que os valores ganhos pela compra de ações abaixo do valor de mercado, sem atribuir ao trabalhador os riscos, não sejam um ganho indireto, obtido por meio da aquisição de ações, mesmo sem haver a conversão em pecúnia. É justamente aí que identificamos o conceito de utilidade, que é a forma de remunerar sem que envolva a transferência de numerário ao trabalhador. Essa modalidade de benefício, está inseridos no conceito lato de remuneração, assim compreendida a totalidade dos ganhos recebidos como contraprestação pelo serviço pactuado.

Este tópico, bem afasta o argumento do recorrente que não há nos autos qualquer indício ou evidência de que os valores atrelados ao Plano de Opção se prestavam a substituir ou complementar a remuneração. Não houve presunção do fisco, como argumentado. Pelo contrário o auditor (como já afastado em sede preliminar), bem fundamentou o lançamento, com a correta descrição dos fatos geradores., estando o lançamento em conformidade com a legislação.

DA INDICAÇÃO DO FATO GERADOR - QUANTO AO TERMO "INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO DAS OPÇÕES PELO TRABALHADOR"

Bom, considerado restar devidamente caracterizada a natureza salarial da verba, resta-nos, por fim, enfrentar a alegação quanto ao momento da indicação do fato gerador. Para tanto, valho-me da descrição trazido pelo auditor em seu relatório:

**• portanto, a data da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador.** No caso, o vencimento do prazo de carência ocorreu em três situações distintas, todas previstas no Plano de Outorga de Opções mantido pelo contribuinte:

Quanto a este ponto, entendo que não logrou êxito o auditor em indicar da forma mais acertada a ocorrência do fato gerador, demonstrando, verdadeiro equívoco no lançamento.

Conforme indiquei como fundamento para definir a natureza salarial da verba, o exercício das opções que foram outorgada ao trabalhador, demonstra um ganho, considerando, dentre outras características o valor definido pela BM&F.

Contudo, não tenho como concordar com a premissa trazida pelo auditor, qual seja: "data da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, independentemente do exercício das opções pelo

**trabalhador"**. Até poderíamos acatar, conforme indicado no relatório, que o fato gerador ocorreria na data do vencimento da carência, partindo do raciocínio de que no presente caso, ocorreria a carência antecipada, porém não foi essa a indicação da autoridade fiscal, mas a de que o fato gerador **ocorreria independentemente do exercício das opções pelo trabalhador**.

O que se conclui do raciocínio ali exposto é que exercendo ou não, o valor da ação seria automaticamente incorporado ao patrimônio do trabalhador, seja empregado ou contribuinte individual, afastando qualquer ato de vontade deste. Não entendo ser possível levar como correto esse raciocínio, pois se acatássemos, estaríamos desconstruindo o pagamento como "outorga de ações", desconsiderando tudo narrado pelo auditor e partido da premissa de que os pagamentos seriam simplesmente prêmios, ou gratificações.

Da análise dos fatos trazidos pela autoridade fiscal, também não consigo afirmar que no dia do vencimento da carência tenham os trabalhadores exercido a totalidade das ações, pois não vejo esse fato narrado nos autos. Tivesse o auditor, mesmo colocando a frase "independentemente do exercício das opções", indicado que os valores lançados seriam apenas aqueles efetivamente exercidos (na data da carência antecipada), sentiria-me confortável em manter o lançamento, face a impossibilidade de constarem do lançamentos, valores que na minha opinião não são fatos geradores.

Dessa forma, embora para mim, esteja clara a natureza salarial, entendo que não posso ratificar a adoção da fundamentação quanto ao fato gerador, pois tida de forma, isolada, levaria a possibilidade de que nem todas as ações cujo prazo de carência tenha sido cumprido, tenham sido exercidas.

Face o exposto, entendo existir um erro essencial na constituição do lançamento, qual seja, a indevida indicação dos fatos geradores, que pela forma trazida pela autoridade fiscal, impossibilitam dizer se os valores lançados correspondem apenas ao ganho obtido sobre ações exercidas, ou foram lançadas as totalidades de valores, independentemente do exercício, razão pela qual, nessa parte entendo exista um vício no lançamento que inviabiliza a manutenção do lançamento na forma como lançado.

Ressalto, que considerando o vício apontado, abstenho-me de apreciar as demais questões suscitadas pelo recorrente (DA ILEGALIDADE DA MULTA, DA IMPOSIÇÃO DE MULTA A SUCESSORA, SOBRE EXCLUSÃO DOS CORRESPONSÁVEIS, DA ILEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO), considerando a improcedência da autuação, pelas razões acima narradas, o que leva a improcedência dos demais autos de infração N. 37.346.306-5 e 37.346.307-3, lavrados na presente autuação.

### **CONCLUSÃO**

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO dos recursos em relação aos autos de infração constantes do presente processo, para rejeitar as preliminares de nulidade, e no mérito DAR-LHES PROVIMENTO

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

## Declaração de Voto

Conselheiro Igor Araújo Soares,

Em que pesem os sempre bem lançados fundamentos do voto da ilustre relatora, peço vênias para não acompanhá-la de forma integral.

Conforme já relatado, a fiscalização tributária considerou que o plano de opções de compra de ações instituído pela recorrente em seu estabelecimento, possui a natureza de remuneração indireta, de modo que, sobre os ganhos auferidos por seus empregados quando da adesão ao mesmo, deveriam incidir as contribuições previdenciárias.

O relatório fiscal aponta uma série de argumentos, através dos quais o ilustre fiscal autuante entendeu como evidente o caráter remuneratório do plano.

Fato é que, como bem apontou a ilustre relatora, além de considerar o plano como dotado do caráter salarial, ao efetuar o lançamento, o fiscal adotou como momento da ocorrência do fato gerador, a data de vencimento do prazo de carência para o exercício da opção, independentemente de cada um dos trabalhadores ter ou não exercido suas respectivas opções.

Vejamos, novamente, o que considerou o fiscal em seu relatório fiscal:

*• portanto, a data da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador. No caso, o vencimento do prazo de carência ocorreu em três situações distintas, todas previstas no Plano de Outorga de Opções mantido pelo contribuinte*

E esta turma, ainda capitaneada pelo voto da Em. relatora, entendeu que o momento da efetiva ocorrência do fato gerador para o lançamento ora sob análise não poderia ser o adotado pelo fiscal autuante, conforme restou bem fundamentado pela relatora no tópico “*DA INDICAÇÃO DO FATO GERADOR - QUANTO AO TERMO "INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO DAS OPÇÕES PELO TRABALHADOR"*”, tese esta acolhida forma unânime.

Assim, ao eleger de forma incorreta o momento da ocorrência de tal evento, o lançamento realmente não tem o condão de prosperar.

A meu ver, tal inconsistência, é questão necessariamente prejudicial à análise dos demais argumentos das partes para decidir-se acerca da presença ou não do caráter salarial do plano de opções de compra de ações objeto do presente processo, bem como dos demais argumentos periféricos e constantes no recurso voluntário da parte.

Ora, se por tal motivo o lançamento já não pode ser mantido, tendo em vista que um de seus pressupostos intrínsecos deixou de ser observado, a discussão acerca do caráter salarial ou não e demais pontos contidos no recurso, torna-se, a meu ver, despicienda.

Se, de antemão, já se vislumbra - existindo ou não o caráter salarial sobre a verba em questão - que um dos critérios adotados para considerar como aperfeiçoado o lançamento, no caso, o momento da ocorrência do fato gerador, foi adotado de forma equivocada, não vejo como esta Turma discutir e manifestar-se acerca de possível existência do caráter salarial sobre a verba, já que, no momento eleito pelo fiscal, não ocorreu qualquer ganho comprovado pelos beneficiários do plano.

Deixo, portanto, de manifestar-me quanto a existência ou não de caráter salarial no plano de opções de compra de ações objeto do presente processo, acompanhando a relatora, tão somente, no que se refere ao equívoco na eleição do momento da ocorrência do fato gerador do lançamento, conforme alhures apontado.

Assim, por tais motivos, acompanho a relatora pelas conclusões, para dar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Igor Araújo Soares.