



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

Processo nº 16327.721268/2012-88
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-003.437 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de junho de 2016
Matéria IRRF
Recorrente BM&F BOVESPA S/A - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2007, 2008

MULTA PUNITIVA. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA. FATO GERADOR OCORRIDO ANTES DA INCORPORAÇÃO. TESE FIRMADA PELO STJ. REGIMENTO INTERNO DO CARF.

O STJ, no julgamento do REsp nº 923.012/MG, submetido ao regime do artigo 543-C, do revogado Código de Processo Civil, e já transitado em julgado em 04/06/2013, firmou a tese que a responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. Tal tema gerou inclusive a Súmula 554/STJ, publicada em 15/12/2015, com o seguinte teor: na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES - STOCK OPTIONS. NATUREZA SALARIAL. DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO. PRECEDENTE.

No julgamento do processo administrativo nº 16327.720152/2014-93, relativo a este mesmo contribuinte, aos mesmos planos de opções de compra de ações pelos empregados, mediante o Acórdão nº 2202-003.367, esta

Turma fixou o entendimento que as vantagens econômicas oferecidas aos empregados na aquisição de lotes de ações da empresa, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando natureza remuneratória.

Decidiu-se ainda que o fato gerador ocorre (aspecto temporal), na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito de compra em relação às ações que lhe foram outorgadas. Não há como atribuir ganho se não demonstrado o efetivo exercício do direito sobre as ações.

E, por fim, que a base de cálculo é uma ordem de grandeza própria do aspecto quantitativo do fato gerador. O ganho patrimonial, no caso, há que ser apurado na data do exercício das opções e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário. O ganho patrimonial do trabalhador se realiza nas vantagens econômicas que auferir quando comparadas com as condições de aquisição concedidas ao investidor comum que compra idêntico título no mercado de valores mobiliários.

FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. MULTA ISOLADA. LEGALIDADE. BASE DE CÁLCULO. IMPROCEDÊNCIA

A falta de retenção/recolhimento do IRRF a título de antecipação incidente sobre pagamentos efetuados, quando o imposto deve ser retido e antecipado pela pessoa jurídica, fonte pagadora do rendimento, enseja sanção no percentual de 75%, na forma do artigo 9º da Lei 10.426, de 2002 que aponta para o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Entretanto, sendo declarada a improcedência do lançamento, em face de vício na indicação do momento da ocorrência do fato gerador e da base de cálculo eleitas, a multa, que é proporcional, não pode subsistir.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para cancelar o lançamento por vício material, vencida a Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto (Suplente convocada) que cancelou por vício formal. Os Conselheiros Martin da Silva Gesto, Dílson Jatahy Fonseca Neto e Júnia Roberta Gouveia Sampaio votaram pelas conclusões. A Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio apresentará declaração de voto.

Assinado digitalmente

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente.

Assinado digitalmente

Marcio Henrique Sales Parada - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Dílson Jatahy Fonseca Neto, Rosemary Figueiroa Augusto (Suplente Convocada), Martin da Silva Gesto e Márcio Henrique Sales Parada.

Fez sustentação oral, pelo Contribuinte, a advogada Maria Isabel Tostes da Costa Bueno, OAB/SP nº 115.127.

Relatório

Em desfavor do contribuinte acima identificado foi lavrado Auto de Infração (fl. 292) tocante a **multa exigida isoladamente** em decorrência de **falta de retenção na fonte** do Imposto sobre a Renda incidente sobre as remunerações pagas aos empregados e administradores a título de *stock options*, conforme o Termo de Verificação Fiscal que consta das folhas 262 e seguintes. O valor do crédito tributário lançado foi de **R\$ 42.774.929,98**, na data de 22/10/2012.

Para delinear a construção do lançamento, mencionamos e transcrevemos a seguir partes do Termo de Verificação Fiscal:

1. Em AGE de 20 de setembro de 2007 da BM&F S/A foi aprovado o plano de opções de compra de ações de sua emissão (Plano), com o propósito de conferir direitos de aquisição sobre um número de ações, a título de reconhecimento e retenção dos funcionários da BM&F S/A e, posteriormente, da BM&FBOVESPA (Companhia), após 8 de maio de 2008, até o limite de 3% (três por cento) das ações do capital da Companhia.

2. Para apuração do valor justo das opções concedidas, a Companhia considerou o modelo binominal. Esse modelo apresenta resultados equivalentes aos do modelo Black&Scholes para opções européias simples, possuindo a vantagem de incorporar, conjuntamente, as características de exercício antecipado e de pagamento de dividendos associados à opção em questão.

3. Como resultado, a Companhia reconheceu o efeito contábil desse plano (despesas) diretamente contra reservas de lucros em contrapartida de reservas de capital no patrimônio líquido. Adicionalmente considerou nos cálculos um percentual estimado de *turnover* de 5%, ou seja, a quantidade estimada de opções que não atingirá o *vesting*, em razão de colaboradores que optarem por deixar a Companhia.

4. Concluiu, em suma, a auditoria fiscal que:

4.1. o Plano possui natureza salarial, constituindo-se em remuneração para o trabalho e pelo trabalho. Estabeleceu as diferenças entre as opções de ações "comuns" e as opções de ações "para trabalhadores". Estabeleceu o vínculo entre trabalhador e empresa. Registrou presente a característica da retributividade pelo trabalho.

4.2. a outorga das opções de compra de ações para trabalhadores se traduz em um contrato sujeito a condições suspensivas. As outorgas de opções 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. Portanto, a data da ocorrência do fato gerador do IRRF incidente 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 (fl. 287)

4.3. Nesse momento, acima definido, tem-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. Assim, a base de cálculo do IRRF 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. (fl. 287)

5. Sobre a base de cálculo acima descrita, aplicou-se a multa prevista no artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002. Explicou que, individualmente e por mês de pagamento, foi calculado o imposto de renda na fonte que deveria ter sido retido sobre o valor calculado pela metodologia acima explicada, à alíquota de 27,5% e, então, sobre o valor do imposto foi aplicada a multa de 75% (fl. 288). Elaborou-se uma planilha na qual estão relacionados, de forma individualizada, os beneficiários, o mês de cumprimento da carência, opções outorgadas, data da carência, valor de mercado da ação no cumprimento da carência, preço de exercício da opção, a base de cálculo apurada, o IRF não retido e a multa aplicada (fl. 297 e seguintes).

Cientificado da autuação, o contribuinte apresentou impugnação à primeira instância (fl. 319). Alega, em resumo, que inexistente previsão legal para exigência de multa isolada no presente caso e que existe impossibilidade de exigi-la do contribuinte em questão, falando em ausência de responsabilidade tributária por sucessão, relativamente a multa. Explica os fundamentos do mercado de opções de ações comparados com as particularidades dos Plano de Opções da impugnante. Entende que não incide o IR/Fonte na outorga dessas Opções. Aponta que a fiscalização cometeu equívocos na apuração da base de cálculo, considerando-os erros insanáveis. Diz que a hipótese de incidência descrita pelo trabalho de fiscalização levou a um crédito ilíquido e incerto. Pede o cancelamento total da exigência tributária.

A impugnação foi analisada pela 12ª Turma da DRJ/SPO1, que, em resumo, assim dispôs:

1 - o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial em contraprestação pela atividade exercida. Resta claro que a oferta de opções de compra de ações aos empregados e administradores da Impugnante teve por fundamento o trabalho prestado e que a outorga de Opções de Compra de Ações foi o instrumento patrimonial utilizado pela Impugnante para remunerar adicionalmente seus empregados e dirigentes pela prestação de serviços por um determinado prazo (período de carência).

2 - o fato gerador do imposto de renda, segundo o CTN, ocorre automática e instantaneamente no momento da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, nele não interferindo qualquer atividade posterior do sujeito passivo ou ativo. Desse modo, temos que o momento da ocorrência do fato gerador do Imposto sobre a Renda incidente sobre as 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

do imposto será apurada na mesma data, qual seja, a do vencimento do prazo de carência, conforme cálculo realizado pela auditoria fiscal.

3 - Nestes termos, a outorga de opção de ações aos segurados que prestaram serviços à Impugnante, conforme antes exposto, configura renda, assim entendido o acréscimo patrimonial auferido pelo beneficiário decorrente do valor da diferença entre o valor pago pela ação (R\$1,00) e o seu valor de mercado na data do vencimento da carência, a exemplo: 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).

4- Verifica-se 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.

5- Não prospera a irresignação da Impugnante quanto a aplicação da multa isolada. Sujeita-se à multa isolada, prevista no inc. I, do “caput” do art. 44 da Lei nº 9.430/96, a fonte pagadora obrigada a reter imposto, no caso de falta de retenção do imposto incidente sobre rendimentos tributáveis pagos.

6 - Também não prospera a intenção do Interessado em eximir-se da responsabilidade pela multa aplicada no presente Auto de Infração, pois o fato da multa não ter sido lançada anteriormente à sucessão não desqualifica a ocorrência do fato gerador. A interpretação sistemática do Código Tributário Nacional remete ao entendimento de que a responsabilidade dos sucessores no caso da Impugnante (incorporação) é pelo crédito tributário, que inclui as multas e os acréscimos legais.

Deu-se então o julgamento de 1ª instância para considerar **procedente o lançamento**, mantendo o crédito tributário exigido.

Cientificado dessa decisão em 12 de agosto de 2013, conforme AR na folha 517, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 11 de setembro de 2013, com protocolo na folha 519. Em sede de recurso, assim, resumidamente, apresenta as razões de sua inconformidade:

a) preliminarmente, faz alusão ao processo administrativo nº 16327.721267/2012-33 onde lhe foram exigidas contribuições previdenciárias incidentes sobre o salário de contribuição, decorrente da outorga de opções de ações, tendo entendido assim a Autoridade Fiscal. Trata dos aspectos daquele lançamento que entende descabido.

b) trata do artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, para defender que não existe previsão legal para a exigência de multa isolada, neste caso. Traz decisões do CARF, sobre as quais trabalha para concluir que *"fica evidente a falta de previsão legal para a cobrança de multa de ofício isolada no que tange à falta de recolhimento do IR/fonte"*.

c) repete a impugnação no que tange aos fundamentos do mercado de opções e as particularidades de seu Plano. Conclui que este *"prevê certas condições que retiram a possibilidade de uma apreciação econômica do direito outorgado"*.

d) diz que não incide o IR/Fonte nem no momento da outorga de opções nem no momento em que se opera a condição de "*vesting*" ou o "*amadurecimento*" das Opções. Defende que não ocorre o fato gerador do imposto de renda. Não há "*pagamento efetivo*".

e) alega que a base de cálculo considerada pela fiscalização, na realidade, é uma operação aritmética para apuração dos '*ganhos líquidos*' nas operações com opções de compra de ações, para os quais a sistemática de fonte é '*absolutamente inaplicável*'.

f) fala do conceito de renda e do regime de caixa, para a tributação das pessoas físicas. Diz que "*não houve disponibilidade econômica*", para a tributação na fonte.

g) além de equívocos quanto à materialidade da infração apontada, eles existem também em relação ao critério na apuração da base de cálculo. Diz ser impossível aceitar que todos os outorgados que exerceram o direito que lhes foi conferido com a verificação da carência auferiram o mesmo benefício econômico.

h) à época da outorga das opções pela Recorrente, bem como da verificação da carência, os seus administradores, contemplados pelas Opções e que as exerceram, estavam impedidos de realizar a alienação da totalidade dessas ações pelo período de 360 dias (chamado de "*lock up*"). Nesse sentido, resta clara a inaplicabilidade do raciocínio da autuação, quanto à ocorrência do fato gerador no momento da ocorrência da carência, para o caso dos administradores.

i) diz que a hipótese de incidência descrita pelo trabalho de fiscalização levou a um crédito ilíquido e incerto.

j) considerando que houve uma hipótese de sucessão, entre a ocorrência dos fatos geradores e o lançamento do crédito tributário (BM&F S/A incorporada pela BM&F BOVESPA S/A), e que a responsabilidade na sucessão refere-se apenas a "*tributos*", em relação às *multas* deve-se averiguar o momento em que tal penalidade foi constituída, para então atribuir-se ou não a responsabilidade ao incorporador.

PEDE o provimento do recurso para que seja cancelado o auto de infração e extinto o crédito tributário nele consubstanciado.

Os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para análise e manifestação. A Fazenda Nacional, na folha 1.221, disse que "*após distribuição, serão encaminhados memoriais para o Conselheiro relator*". Não foram recebidos, até o momento, tais documentos.

É o relatório.

Voto

O recurso é tempestivo, conforme relatado, e, atendidas as demais disposições legais, dele tomo conhecimento.

Primeiramente, entendo ser necessário dirimir questão sobre a responsabilidade do sujeito passivo recorrente pelo crédito tributário (multa isolada) que aqui se discute. Tratada tanto na decisão de 1ª instância quanto no recurso apenas após a discussão de mérito, creio que deva ser alterada essa ordem, uma vez que se concluir-se por erro na identificação do sujeito passivo ou ausência de responsabilidade pela infração cometida pela sucedida (incorporada) perde o sentido discutir-se se a aplicação da multa isolada é legal e cabível ao caso e se a outorga de opções de ações para empregados e administradores constitui-se em fato gerador do imposto de renda, bem como qual é o momento de ocorrência do fato gerador e qual é a base tributável.

Na folha 568, afirma o contribuinte que a "**multa de ofício isolada foi lançada em 22/10/2012, enquanto a incorporação da BM&F S/A pela recorrente foi aprovada em 08/05/2008**", transcrevendo a seguir trechos do TVF. A multa foi lançada pela constatação da falta de retenção do imposto de renda na fonte, relativamente a fatos geradores ocorridos em 2007 e 2008, ressalte-se.

Desde a impugnação, a Recorrente vem defendendo a tese de que a sucessora responde pelos "tributos" devidos pela sucedida, mas não pela multa.

Ao analisar esse tópico, especificamente, a DRJ disse que:

EMENTA. A interpretação sistemática do Código Tributário Nacional remete ao entendimento de que a empresa incorporadora é responsável não só pelo tributo devido pela incorporada, como também pelas multas e outros encargos, constituídos antes, durante, ou após a data da incorporação.

Em seu voto, tratou o Julgador recorrido dos artigos 132, 129 e 113 do CTN, para chegar a tal conclusão. Ou seja, a incorporadora responde pelas "obrigações tributárias" da incorporada, e por "obrigações tributárias", a teor do artigo 113, entendem-se tanto as obrigações principais quanto as acessórias que, pelo simples fato de sua inobservância, convertem-se em principal, relativamente à penalidade pecuniária (fl. 513). Citou o entendimento do STJ, no REsp 959.389/RS, publicado em 21/05/2009. Citou ainda o Acórdão 1802-001.380, de 13 de setembro de 2012, deste CARF.

Cabe citar, então, a Súmula CARF nº 47, que foi copiada pelo recorrente em seu recurso:

Súmula CARF nº 47: Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.(sublinhei)

O recurso aponta que o TVF não traz nenhuma prova de que sucessor e sucedida, no caso, pertenciam a um mesmo grupo econômico ou estavam sob controle comum.

Observe, conforme pesquisa no sítio eletrônico do CARF, em 02/06/2016, <<https://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/sumulas-consolidadas>>, que todos

os Acórdãos paradigma que lá constam, que serviram de base à supramencionada Súmula, são de 2007/2008.

Ocorre que o STJ, no julgamento do REsp nº 923.012/MG, submetido ao regime do artigo 543-C, do revogado Código de Processo Civil, e já transitado em julgado em 04/06/2013, firmou a tese que:

A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão.

Tal tema gerou inclusive a Súmula 554/STJ, publicada em 15/12/2015, com o seguinte teor:

Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão.

Considerando o disposto no artigo 62, § 2º do Regimento Interno do CARF, é de ser aplicado o entendimento repetitivo e sumulado do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Portanto, deve a incorporadora responder pela multa punitiva aplicada após a incorporação, porém referente a fatos geradores ocorridos antes da incorporação.

1. MULTA ISOLADA. FALTA DE RETENÇÃO. CABIMENTO.

Em relação ao cabimento da aplicação da multa isolada de 75% sobre o valor do imposto que deveria ter sido retido pela fonte pagadora no momento do pagamento de vantagens remuneratórias a seus empregados, pessoas físicas, mantenho o entendimento que externei no Voto Vencedor do **Acórdão nº 2801-003.780** - 1ª Turma Especial, em 04 de novembro de 2014. Vejamos:

A redação original do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, trazia o seguinte:

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

I- de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento

do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

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

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II- isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste.

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano calendário correspondente;

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido.

(grifei/destaquei)

Assim, para um rendimento sujeito à antecipação mensal do imposto, quando não devidamente antecipado, aplicava-se a multa de 75%, ainda que no ajuste anual não fosse apurado tributo a pagar. Ou seja, a finalidade da multa não era penalizar aquele que deixava de recolher o tributo devido no ajuste anual, mas sancionar aquele que não cumpriu a obrigação acessória de antecipar do tributo devido, na forma da lei. Mencionava-se especificamente o "carnê leão" e a pessoa física, sem falar na obrigação da fonte pagadora em reter e antecipar o tributo devido sobre os pagamentos efetuados.

A sanção para a fonte pagadora que deixasse de antecipar o imposto que deveria ser retido veio com a Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, artigo 9º:

Art.9o. Sujeita-se às multa de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (grifei/destaquei)

Ou seja, quando a fonte pagadora deixasse de cumprir a obrigação legalmente estabelecida, estaria sujeita, então, à multa de 75% (inciso I), duplicada quando se constatassem as hipóteses previstas no inciso II (150%).

Naquele cenário, então, foi emitido o Parecer Normativo Cosit nº 1, de 24 de setembro de 2002, no intuito de esclarecer e estabelecer sobre/os limites da responsabilidade para a fonte pagadora e para o contribuinte beneficiário dos rendimentos, concentrando-se especialmente na exigibilidade do imposto e não da multa. Dizia o documento que tal responsabilidade da fonte pagadora extingue-se na data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual da pessoa física e que a falta de oferecimento dos rendimentos à tributação por parte desta última sujeita-a à exigência do imposto correspondente, em geral acrescido de multa de ofício e juros de mora, conforme abaixo transcrito:

“...

IRRF. ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO APURADO PELO CONTRIBUINTE. RESPONSABILIDADE.

Quando a incidência na fonte tiver a natureza de antecipação do imposto a ser apurado pelo contribuinte, a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto extingue-se, no caso de pessoa física, no prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste anual, e, no caso de pessoa jurídica, na data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual.”

(...)

Retenção exclusiva na fonte

8. Na retenção exclusiva na fonte, o imposto devido é retido pela fonte pagadora que entrega o valor já líquido ao beneficiário.

9. Nesse regime, a fonte pagadora substitui o contribuinte desde logo, no momento em que surge a obrigação tributária. A sujeição passiva é exclusiva da fonte pagadora, embora quem arque economicamente com o ônus do imposto seja o contribuinte.

...

Imposto retido como antecipação

11. Diferentemente do regime anterior, no qual a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é exclusiva da fonte pagadora, no regime de retenção do imposto por antecipação, além da responsabilidade atribuída à fonte pagadora para a retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, a legislação determina que a apuração definitiva do imposto de renda seja efetuada pelo contribuinte, pessoa física, na declaração de ajuste anual. (sublinhei)

Posteriormente, em 2007, houve nova alteração legislativa, que obviamente não esteve considerada no Parecer Cosit, que data de 2002. Vejamos:

Redação dada ao artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007:

Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, **a fonte pagadora obrigada a reter imposto** ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007)(grifei/destaquei)

Entendo que tal alteração pouco de substancial trouxe, o que alterou foi a remissão aos dispositivos do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que também fora alterada, na mesma ocasião. Assim, a multa duplicada que era prevista no inciso II, passou a ser estabelecida no § 1º, e excluiu-se a expressão "sem o acréscimo de multa moratória".

Ainda, no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a Lei nº 11.488, de 2007 incluiu novo inciso II, com a seguinte redação:

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Vejamos, a Lei de 2007 primeiro criou a multa no percentual de 50%, que não existia originalmente, segundo excluiu aquela referência ao "carnê lêo", referindo-se agora somente ao artigo 8º da Lei nº 7.713, de 1988, que fala de rendimentos recebidos por pessoas físicas, pagos por outras pessoas físicas ou fontes situadas no exterior.

Então, quando uma pessoa física recebe rendimentos de outra pessoa física ou de fontes situadas no exterior, não havendo obrigatoriedade portanto de "retenção na fonte", ela deve antecipar, ao longo do período de apuração, ou seja, no decorrer do ano calendário, o imposto devido e, caso não o faça, apurada a infração e ainda não findo o período de apuração, sujeita-se à multa de 50%. A multa, nesse caso, que era de 75%, passou a ser de 50%. E aí sim, aplicar-se-ia a situação de "retroatividade benigna" que foi tratada no Voto do Conselheiro Relator.

Contudo, observo que aqui nestes autos não se fala da pessoa física, mas da pessoa jurídica que ao efetuar pagamento de

rendimentos sujeitos à antecipação do imposto na forma de retenção pela fonte pagadora, não o fez.

A redação dada ao artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, diz que "Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996", ou seja, a multa no percentual de 75%. E quando essa multa foi alterada ou revogada? Não foi, permanece em vigor.

Assim, parece-me que ficou criada uma graduação de penalidades, pela Lei nº 11.488, de 2007, que alterou tanto o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996 quanto o artigo 9º da Lei 10.426, de 2002. Quando é a própria pessoa física beneficiária dos rendimentos que, obrigada a efetuar o recolhimento a título de antecipação mensal, deixa de fazê-lo, aplica-se uma multa de 50%, na forma do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996. Já quando o imposto deve ser retido e antecipado pela pessoa jurídica, fonte pagadora do rendimento, a sanção é de 75%, na forma do artigo 9º da Lei 10.426, de 2002 que aponta para o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Por essas razões, modestamente discordo do seguinte entendimento, que fundamentou o Voto do ilustre Relator:

A multa isolada prevista no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9430/96, foi expressamente excluída, relativamente à fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, com fundamento na Lei nº 11.488/2007. Aplicação do artigo 106, inciso II, "c", do CTN.(sublinhei)

A multa prevista no inciso II, era a de 150%, quando se verifica a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que passou a ser disciplinada pelo § 1º. No inciso II, então, incluiu-se a multa de 50%, que aplica-se ao próprio beneficiário do rendimento pessoa física (alínea a)) ou a pessoa jurídica sujeita ao lucro real (alínea b)), e o artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, passou a determinar aplicação da multa de 75%, prevista no inciso I, do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, para a pessoa jurídica que não efetuasse a retenção e o recolhimento do imposto na fonte, a título de antecipação.

Quanto às considerações do Parecer Cosit nº 1, de 2002, mais uma vez destaco que não levaram em conta as alterações que foram promovidas somente em 2007.

Segundo, grifo que a partir dele a jurisprudência deste CARF fixou-se no sentido de não admitir a aplicação de penalidades cumulativas, para a pessoa física que deixasse de promover a antecipação do imposto devido e ainda tivesse imposto a pagar no ajuste anual, apurado em procedimento de ofício.

Concluo, portanto, ser cabível e legal a aplicação da multa de 75% sobre o valor do imposto que deixa de ser retido por fonte pagadora, pessoa jurídica, ao pagar

benefícios de natureza salarial a pessoas físicas que lhe prestaram serviços, com base na legislação (artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002), corretamente indicada pela Autoridade Fiscal.

2. STOCK OPTIONS. NATUREZA. ASPECTOS DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.

Este Conselho já vem tratando há tempos da questão da tributação das *stock options*, representadas por planos de outorga de opções de compra de ações a preços pré-fixados, pelas companhias, a seus próprios empregados, diretores e administradores.

No julgamento do processo administrativo nº 16327.720152/2014-93, que se referia aos mesmos planos de outorga de opções de compra de ações por este mesmo contribuinte, onde estavam sendo-lhe exigidas contribuições previdenciárias, esta Colenda Turma julgadora, no mês de maio de 2016, acompanhou o Voto do relator que fixou o seguinte, no Acórdão nº 2202-003.367:

Entendo que devam ser analisados, para resolver a questão aqui em caso, três pontos: I - a natureza do plano de opção para compra de ações (stock options), se salarial, como defende a Fiscalização, ou se mercantil, como defende o Recorrente; II - quando ocorre o fato gerador (aspecto temporal da hipótese de incidência) e III - qual é a base de cálculo do tributo (aspecto quantitativo da hipótese de incidência).

As conclusões, pelas razões lá declinadas, foram que :

I - PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. NATUREZA. Este CARF já se deparou com diversos casos de *stock options*, chegando à conclusão, a partir da análise e condições dos Planos, que se desvirtua a concepção original, inclusive aquela prevista na Lei das Sociedades por Ações, para criar uma forma de retribuir alguns empregados/dirigentes 'especiais', atraindo-os e mantendo-os com a possibilidade de um *plus* ou ganho adicional decorrente e relacionado ao seu trabalho e sua fidelidade para com a companhia e ausente o risco típico do negócio mercantil. Portanto, correta a tributação das *stock options*, neste caso, como uma forma de remuneração/retribuição pelo trabalho, sujeitando-se à retenção do imposto de renda pela fonte pagadora.

II - QUANDO OCORRE O FATO GERADOR (ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA).

Só há o efetivo pagamento, com natureza salarial, se de fato o beneficiário exercer sua a opção de compra que lhe foi outorgada. Assim, o correto momento de ocorrência do fato gerador é **definido como sendo a data do exercício das opções pelo beneficiário**, ou seja, para a incidência da tributação é necessário o efetivo exercício da opção pelo beneficiário, verificado-se que as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra.

III - QUAL É A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO (ASPECTO QUANTITATIVO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA).

A data do fato gerador corresponde à data em que houve o exercício das opções a que se refere e a Base de Cálculo é, exatamente, a diferença entre o valor pago para

Aquisição das Ações, previsto nos contratos, e o Valor de Mercado das Ações na data da liquidação financeira, ou seja, do exercício da opção de compra. Explica-se: a base de cálculo (aspecto quantitativo) é o ganho patrimonial, e, portanto, deve **corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.**

Neste lançamento aqui em debate, definiu o Auditor Fiscal, conforme Termo de Verificação Fiscal (fl. 287) que:

"... 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."(sublinhei)

"... a base de cálculo do IRRF 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."(sublinhei)

Mais adiante, em seu Termo, explicou a Autoridade Fiscal que a própria Companhia forneceu as informações necessárias ao implemento da metodologia de cálculo acima descrita.

Nos autos do processo administrativo nº 16327.720152/2014-93 o Auditor Fiscal entendeu diferente. Vejamos:

Diante do que foi exposto, as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra.

(...)

Portanto, a data da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do exercício das opções pelo beneficiário. (fl. 282 daqueles autos) (grifo original)

Verifica-se que existe de fato uma incerteza da Autoridade Fiscal quanto à definição do momento da ocorrência do fato gerador e da base de cálculo, no caso do Plano de opções de ações deste contribuinte, a partir da análise dos processos 16327.720152/2014-93, 16327.720154/2014-82 e 16327.721267/2012-33. Este último, aliás, que encerra a exigência de contribuições previdenciárias sobre parcela do salário de contribuição, como foi entendido o ganho de administradores e empregados da Companhia ao exercerem suas opções de ações por estes mesmos Planos que aqui se debate, em 2007 e 2008, teve a seguinte tese fixada em sua ementa:

Acórdão nº 2401-003.891 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária

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

TERCEIROS.

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

IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR - DATA DA CARÊNCIA ANTECIPADA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO DAS AÇÕES - VÍCIO NO LANÇAMENTO.
O fato gerador de contribuições previdenciárias em relação ao plano de Stock Options ocorre pelo ganho auferido pelo trabalhador (mesmo que na condição de salário utilidade), quando o mesmo exerce o direito em relação as ações que lhe foram outorgadas.

Improcedente o lançamento quando parte a autoridade fiscal de uma premissa equivocada de que o fato gerador no caso de stock options seria a data de vencimento da carência, independentemente do exercício das ações. Não há como atribuir ganho, se não demonstrou a autoridade fiscal, o efetivo exercício do direito de ações. (destaquei)

Recurso Voluntário Provido.

Só há o efetivo pagamento, com natureza salarial, se de fato o beneficiário exercer sua a opção de compra que lhe foi outorgada. A teor do artigo 43 do CTN, o imposto sobre a renda incide sobre a disponibilidade econômica ou jurídica de renda, mas não posso entender que haja um pagamento de vantagem com natureza salarial no momento em que se outorga a opção de compra das ações, sendo incerto que vá ser exercida a opção, ou mesmo no momento em que se encerra o período de carência (*vesting*) quando o beneficiário "poderia" exercer a opção, mas, obviamente, dependente de condições favoráveis de mercado e disponibilidade pessoal.

Imagine-se se, não possuindo disponibilidade financeira para adquirir as ações e exercer seu direito de opção, não o faz. Mesmo assim interpretar-se-ia que encerrado o período de carência houve o pagamento de vantagem com natureza salarial ao empregado?

Entendo que essa vantagem somente se configura se ele, efetivamente, exerce seu direito, comprando um bem de valor "X", na data do exercício da opção, por um valor pré-fixado "Y", obviamente com "X" maior que "Y", e sua vantagem é medida pela diferença entre X e Y.

Esse momento da ocorrência do fato gerador já foi discutido também em outros Acórdãos paradigmas, neste Conselho. Cite-se:

Acórdão 2401-003.044 –

Voto vencedor

O momento da ocorrência do fato gerador, deu-se com a concretização da opção, auferindo um ganho indireto. (o direito de compra). Não podemos dizer que se dará apenas com a venda, pois poderemos nos deparar com situações em que o empregado nunca realizasse essa venda. Mas, possua o "bem" (direito a ação) direito esse concedido, como no presente caso, pela contraprestação do serviços.(grifei)

Entende-se aqui que, para a incidência do imposto de renda na fonte é necessário o efetivo exercício da opção pelo beneficiário, verificado-se que as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra.

CONCLUSÃO.

No caso, a análise efetiva do Plano de opções de compra de ações (*stock options*) oferecido a determinados empregados/dirigentes consubstancia efetiva vantagem patrimonial em razão do trabalho desenvolvido para a companhia e, portanto, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário, sujeito ao imposto de renda.

O fato gerador ocorre (aspecto temporal), conforme estabelecido no Acórdão nº 2401-003.891 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito em relação as ações que lhe foram outorgadas.

A base de cálculo (aspecto quantitativo) é o ganho patrimonial, e, portanto, há que ser apurado nesse momento histórico e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

Neste lançamento, verifica-se, conforme TVF, que foi estabelecido que "... as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que ocorre o vencimento do prazo de carência, e que "não importa se o trabalhador exerceu ou não as opções que detinha."(sublinhei). Ainda, que "... a base de cálculo do IRRF 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."(sublinhei)

Considerando-se tais parâmetros, e pela definição da hipótese de incidência que vimos aqui defendendo, constata-se que houve equívoco na apuração do montante devido (aspecto quantitativo da hipótese de incidência) e o lançamento encontra-se viciado e, para sanar o problema, necessário ser feito um novo lançamento.

Não entendo que se trate de mero erro de forma, de inobservância de aspectos formais, mas que esteve ferida a própria substância do lançamento, na aferição do montante devido. Porque, observando o processo tributário, forma é aquilo que existe para garantir às partes o exercício de seus direitos, como, por exemplo, a ampla defesa e o livre acesso ao judiciário. Cito:

"... porque as formalidades se justificam como garantidoras da defesa do contribuinte; não são um fim, em si mesmas, mas um instrumento para assegurar o exercício da ampla defesa.

(PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário*....15. ed. - Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, ESMAFE, 2013, p.1197)

É necessário um novo lançamento, porque se feriram aspectos substanciais da hipótese de incidência tributária. Nesses casos, o novo lançamento só seria possível enquanto não decaído o direito da Fazenda Pública e observadas todas as normas pertinentes, na legislação tributária.

Em conclusão, VOTO por rejeitar as preliminares e, no mérito, **dar provimento ao recurso**.

Assinado digitalmente

Marcio Henrique Sales Parada

Declaração de Voto

Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio.

Conforme bem elucidado no voto do Conselheiro relator, a solução da controvérsia posta nos autos depende da análise de 3 premissas: I - a natureza do plano de opção para compra de ações (stock options), se salarial, como defende a fiscalização, ou se mercantil, como defende a Recorrente; II - quando ocorre o fato gerador (aspecto temporal da hipótese de incidência) e III - qual é a base de cálculo do tributo (aspecto quantitativo da hipótese de incidência).

De acordo com o voto do relator o lançamento das contribuições previdenciárias sobre os plano de opção de compra de ações pela Recorrente seria improcedente, uma vez que a fiscalização utilizou como base de cálculo "*a parcela assumida como despesa pela empresa, que se traduz no valor que o beneficiário deixou de pagar pela opção de compra quando da sua outorga, o qual é mensurável pelo valor justo da opção de compra*".

Não obstante a clareza e precisão do voto do Relator, entendo que o plano de compras da Recorrente possui natureza mercantil, nos termos em que definido pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho tem entendido, de forma unânime, que a integralização das ações pelos empregados, em razão de planos de opção se subscrição de ações não configura verba de natureza salarial, por lhe faltar as seguintes características:

a) Inexistência de contraprestação

O conceito de remuneração vem previsto no artigo 457 da CLT que assim dispõe:

“Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

§ 3º - Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados

De acordo como artigo acima transcrito, a remuneração caracteriza-se ao conjunto de retribuições concedidas habitualmente ao empregado pela prestação de serviço, seja em dinheiro ou em utilidades, decorrentes do contrato de trabalho.

O conceito de salário está intrinsecamente ligado ao valor percebido pelo empregado em virtude das atividades executadas para o empregador. Todavia, a remuneração é composta de outras parcelas, que decorrem do contrato de trabalho celebrado entre as partes, ou seja, a pessoa só recebe porque trabalha na empresa, mas estas não estão relacionadas à retribuição direta pelos serviços prestados.

Nesse contexto, o TST tem entendido que o benefício denominado *stock option* não se enquadra em nenhuma das parcelas que compõe a remuneração, vez que por mera liberalidade o empregador concede ao empregado o benefício de aquisição de ações, que poderá subscrevê-las ou não, como forma de incentivo e valorização pelo serviço prestado. Conforme esclarece o Ministro Alexandre de Souza Agra Belomonte, Relator do RR 122200-69.2002.5.01.0039, da 3ª Turma do TST:

*“(…) Não há afronta à literalidade do art.457, § 1º, da CLT a decisão regional que não reconheceu a natureza de abono ao benefício denominado stock options, uma vez que tal parcela por força tanto de cláusula do contrato de trabalho quanto de norma interna da empresa controlada do grupo econômico não tem natureza de comissão, porcentagem, gratificação ajustada, diária para viagem ou abono pago pelo empregador, mas de prêmio conferido aos empregados que se destacavam na empresa”.*¹

b) Onerosidade das ações

Outra característica que retira o caráter remuneratório do plano de *stock options* da Recorrente seria onerosidade. É necessário que o funcionário recorra para a

compra das ações, não tendo o empregador qualquer participação no ônus. Como bem demonstrou a Recorrente o valor de R\$ 1,00 atribuído às ações não se caracterizava como valor inferior ao de mercado. Isso porque foi esse o preço de ações praticados quando da sua desmutualização.

A análise aprofundada das decisões do Tribunal Superior do Trabalho, que negam natureza salarial às *stock options*, evidencia que o argumento central refere-se à onerosidade da operação. Conforme decisão do Ministro Mauricio Godinho Delgado, quando do julgamento do AIRR-85740- 33.2009.5.03.0023 da 6ª Turma:

“(...)As "stock options", regra geral, são parcelas econômicas vinculadas ao risco empresarial e aos lucros e resultados do empreendimento. Nesta medida, melhor se enquadram na categoria não remuneratória da participação em lucros e resultados (art. 7º, XI, da CF) do que no conceito, ainda que amplo, de salário ou remuneração. De par com isso, a circunstância de serem fortemente suportadas pelo próprio empregado, ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa, mais ainda afasta a novel figura da natureza salarial prevista na CLT e na Constituição. De todo modo, torna-se inviável o reconhecimento de natureza salarial decorrente da possibilidade de compra de ações a preço reduzido pelos empregados para posterior revenda, ou a própria validade e extensão do direito de compra, se a admissibilidade do recurso de revista pressupõe o exame de prova documental - o que encontra óbice na Súmula 126/TST.

(...) O programa pelo qual o empregador oferta aos empregados o direito de compra de ações (previsto na Lei de Sociedades Anônimas, n. 6404/76, art. 168, § 3º) não proporciona ao trabalhador uma vantagem de natureza jurídica salarial. Isso porque, embora a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorra do contrato de trabalho, o obreiro pode ou não auferir lucro, sujeitando-se às variações do mercado acionário, detendo o benefício natureza jurídica mercantil. O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, não se lhe podendo atribuir índole salarial”.

c) Caráter mercantil da operação

Finalmente, é importante destacar que o caráter remuneratório do plano também é descaracterizado pelo fato de que, ao aceitar o plano, o empregado participa dos riscos inerentes do negócio. Não há garantia alguma contra perdas decorrentes das flutuações do preço das ações.

Assim, o plano se torna ato negocial da esfera civil/empresarial, vez que o empregado, ao subscrever as ações, está se sujeitando aos riscos empresariais e as incertezas da rentabilidade do negócio. Conforme esclarece Desembargador da 2ª Região, Sérgio Pinto Martins:

O exercício da opção de compra de ações pelo empregado envolve riscos, pois ele tanto poderá ganhar como perder na operação. Trata-se, portanto, de operação financeira no

Processo nº 16327.721268/2012-88
Acórdão n.º **2202-003.437**

S2-C2T2
Fl. 1.244

mercado de ações e não de salário. Não há pagamento pelo empregador ao empregado em decorrência de prestação de serviço, mas risco do negócio. Logo, não pode ser considerada salarial a prestação" (TRT 2ª R. (20030145141) - 3ª T - Rel. Sérgio Pinto Martins - DOESP 08.04.2003).

Em face do exposto, dou provimento ao recurso.

Assinado digitalmente

Júnia Roberta Gouveia Sampaio.