



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.721356/2012-80
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-005.968 – 2ª Turma
Sessão de 26 de setembro de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ITAU UNIBANCO HOLDING S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2009

RECURSO ESPECIAL. ART. 67 DO RICARF. COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA.

Deve ser conhecido o Recurso Especial da Divergência quando restar comprovado que, em face de situações equivalentes, a legislação de regência foi aplicada de forma divergente, por diferentes colegiados.

DECADÊNCIA. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. AUTONOMIA. ART. 173, I DO CTN.

As obrigações acessórias ostentam caráter autônomo em relação à regra matriz de incidência do tributo. Assim o descumprimento de obrigação acessória leva ao lançamento de ofício da penalidade, aplicando-se o art. 173, I do CTN.

REMUNERAÇÃO INDIRETA. OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. NATUREZA REMUNERATÓRIA.

Os pagamentos efetuados pelas empresas a seus diretores, sob a forma de opções de compra de ações - *Stock Options*, condicionada à permanência do beneficiário na empresa, caracterizam-se como retribuição ao trabalho prestado, portanto têm natureza remuneratória.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento,

vencidas as conselheiras Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (relatora), Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes e Ana Cecília Lustosa da Cruz (suplente convocada), que lhe negaram provimento. Votaram pelas conclusões, em relação ao conhecimento, os conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Heitor de Souza Lima Júnior e Luiz Eduardo de Oliveira Santos e, em relação ao mérito, a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Por unanimidade de votos, acordam em retornar os autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões constantes do recurso voluntário, vencido o conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior, que entendeu que o retorno deveria ser também para decidir sobre a natureza do plano, para o período decaído, em relação à obrigação acessória. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Ana Paula Fernandes. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Maria Helena Cotta Cardozo.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Redatora Designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Cecília Lustosa da Cruz (suplente convocada), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

Relatório

Adotando o relatório do acórdão recorrido esclareço que:

*"O processo administrativo em análise decorre de fiscalização na qual foi lavrado contra o Recorrente o **DEBCAD nº 37.346.308-1**, através do qual são exigidas as contribuições previdenciárias a cargo da empresa nas competências de abril/2007, dezembro de 2007, janeiro a maio de 2008 e dezembro de 2008, incidentes sobre as remunerações pagas a determinados diretores (contribuintes individuais) por meio da outorga de opções de compra de ações (Stock Options) do Recorrente.*

*Na mesma oportunidade, foi lavrado contra o Recorrente o **DEBCAD nº 37.346.309-0**, por meio do qual foi cobrada multa por descumprimento de obrigação acessória consistente na ausência de declaração dos fatos geradores acima mencionados em GFIP. O contribuinte tomou ciência das autuações em 05/2012/2012 (fls. 173 e 180).*

DA AUTUAÇÃO

Conforme consta no Termo de Verificação Fiscal (fls. 61-78), o Auditor Fiscal autuante adotou o entendimento de que os planos de opções de compra de ações outorgados pelo Recorrente a seus diretores configuram remuneração e, como tal, sujeitam-se à incidência da contribuição previdenciária patronal.

Com o objetivo de sustentar tal posicionamento, o Auditor Fiscal, inicialmente, transcreveu trechos de documentos apresentados pela Companhia no curso da fiscalização ou obtidos através do seu sítio eletrônico, tais como notas explicativas de demonstrações financeiras e trechos do formulário 20F apresentado à SEC – US Securities and Exchange Commission, que fazem alusão aos planos de opções de compra de ações ofertados pelo Recorrente como remuneração dos beneficiários (diretores ou empregados de alto escalão). Vejamos:

Visa integrar executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazos, através da outorga de opções de ações pessoais e intransferíveis, que concedem o direito de subscrição de uma ação do capital autorizado, ou, a critério da administração, de compra de uma ação em tesouraria adquirida para relocação.

(Trecho da Nota Explicativa às Demonstrações Contábeis n.º 15 (quinze) – Patrimônio Líquido, em seu item “e” – Plano para Outorga de Opções de Ações)

Em 1995, instituímos nosso plano de opção de compra de ações (“Plano”). O Plano tem por objetivo reter os serviços de nossos diretores e obter funcionários altamente capacitados. Cada opção dá direito a seu detentor a uma ação preferencial. Quando as opções são exercidas, emitimos novas ações ou transferimos ações em tesouraria para o detentor da opção. [...]

(Trecho extraído do item 6E. Propriedade de Ações)

Em seguida, o fiscal autuante efetua uma análise das principais disposições do Plano para Outorga de Opções de Ações aprovado pela Assembleia Geral de 01/11/2002 e alterado pelas Assembleias Gerais de 28/04/2004, 27/04/2005 e 26/04/2006, na forma abaixo transcrita:

- Objetivo: integrar os executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazo, facultando participarem das valorizações que seu trabalho e dedicação trouxerem para as ações representativas do capital da instituição;

-- Beneficiários: O Comitê de Nomeação e Remuneração tem a competência para designar os diretores aos quais serão outorgadas as opções, nas quantidades que especificar. As opções serão pessoais e intransferíveis;

-- Quantificação: O Comitê poderá segmentar em séries o lote total de opções a serem outorgadas, estabelecendo as características e condicionamento de cada série, especialmente o preço de exercício, o prazo de vigência e o período de carência das correspondentes opções;

-- Rateio: O Comitê selecionará os executivos aos quais serão outorgadas e fixará as quantidades de opções de cada série que caberão a cada executivo selecionado. Efetuará as designações e rateios ponderando, a seu exclusivo

critério, a performance dos elegíveis no exercício-base, as remunerações já auferidas nesse exercício e avaliações outras que entender aplicáveis;

- Preço do Exercício: É o valor que deverá ser pago ao Banco pela subscrição de cada ação, em decorrência do exercício de opção que haja sido outorgada. Para a fixação do preço é considerada a média dos preços verificados para as ações do Banco nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data de emissão das opções, a critério do Comitê, facultado ainda um ajuste de 20% (vinte por cento), para mais ou para menos;

- Prazo de Vigência: As opções terão vigência pelo prazo que o Comitê fixar ao outorgá-las, ficando automaticamente extintas no término desse prazo. O prazo de vigência de cada série de opções terá início na data em que essa série houver sido emitida e o respectivo término recairá no final de um período que poderá variar entre o mínimo de AE+5 anos e o máximo de AE+10 anos, entendendo-se por AE (Ano de Emissão) o ano civil do calendário durante o qual a emissão houver ocorrido. Terão sua vigência extinta antecipadamente as opções cujos titulares se desligarem ou forem desligados do Banco e deixarem de ter atribuições executivas. As opções de diretores se extinguirão na data em que deixarem o exercício do cargo, seja por renúncia, seja por iniciativa do órgão que se elegeu. Em se tratando de funcionário, a extinção ocorrerá na data em que se rescindir o contrato de trabalho.

- Exercício das Opções: Os titulares das opções outorgadas poderão exercê-las subcrevendo as ações a que tiverem direito. As opções só poderão ser exercidas após o decurso de um “período de carência” e fora dos “períodos de suspensão” estabelecidos pelo Comitê;

- Período de Carência: O período de carência de cada série de opções será fixado pelo Comitê ao emití-las, podendo a respectiva duração variar entre os prazos de AE+1 e AE+5 anos, sendo AE o ano civil do calendário durante o qual a emissão houver ocorrido. Esse período se extinguirá antecipadamente se ocorrer a aposentadoria do titular da opção, caso em que ele poderá exercê-la quando desejar, ou se ocorrer o falecimento do titular, caso em que os herdeiros poderão exercê-la quando desejar;

- Período de Suspensão: Serão determinados pelo Comitê quando se justificarem, seja para ordenar os trabalhos de subscrição, seja para impedir subscrições nos períodos em que a CVM veda aos diretores negociarem ações da empresa que dirigirem;

- Disponibilidade das Ações: o titular da opção poderá dispor livremente da metade das ações que houver adquirido através de cada ato de exercício dessa opção. A outra metade das ações que houver adquirido através de cada ato de exercício dessa opção. A outra metade ficará indisponível pelo prazo de 2 (dois) anos, contados a partir da data do exercício da opção

1. Natureza Salarial

Feitas as considerações iniciais acima indicadas, o auditor fiscal passa a defender a natureza salarial das opções de compra de ações ofertadas pelo Recorrente:

6. DA NATUREZA SALARIAL DOS FATOS NARRADOS

A outorga aos administradores de opções de compra de ações da companhia é uma forma de remuneração a médio e longo prazo, possuindo, portanto, natureza inegavelmente salarial conforme se demonstrará a seguir.

A autoridade fiscal autuante, então, apresenta distinções entre as opções de compra de ações comuns e as opções de compra de ações para trabalhadores, com o objetivo de fortalecer a alegada natureza salarial dos pagamentos decorrentes do plano de opção de compra de ações destinados aos trabalhadores, ressaltando, para tanto, as seguintes características:

- O trabalhador não desembolsa valores na aquisição do direito de comprar ações da empresa.*
- Não há risco na aquisição da opção, na medida em que o trabalhador tem o direito de não exercer essa opção, ou seja, se a ação estiver com o valor baixo, ele não é obrigado a adquiri-la.*
- O trabalhador só corre o risco de ganhar, não corre o risco de perder já que não há desembolso pelo direito de opção e o exercício só ocorre se o valor da opção for inferior ao de mercado,*
- As opções outorgadas são pessoais e intransferíveis, de modo que não é possível negociar as opções recebidas.*
- O período de vigência é geralmente bastante superior em relação aos planos de ações comuns.*
- Em regra, não permite que o direito seja exercido no momento da concessão, com o objetivo de fortalecer a relação entre a empresa e o trabalhador, de modo a vincular o capital humano, além de ser oferecido como recompensa pelo trabalho prestado, como um “prêmio” ao empregado, como remuneração pelo seu trabalho.*

Acrescenta o fiscal autuante que o que une o trabalhador ao empregador é a prestação de serviço, diante do que todo o fluxo entre os dois se deve à relação de trabalho. E que, como as instituições financeiras não têm por seu objeto a negociação de suas próprias ações, a outorga de opções de compras de ações não se trata de uma operação mercantil.

Alega que as instituições financeiras, ao ofertarem opções de compra de ações a seus trabalhadores, buscam motivá-los, reter profissionais, vincular a sua remuneração à performance da empresa, alinhar os interesses dos trabalhadores aos dos acionistas, dentre outros fatores, que acabam levando o beneficiário a trabalhar mais e provocam um efeito “algemas de ouro”.

Pontua que os planos de opções de ações são oferecidos como recompensa pelo 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 (prêmios), pois o empregado não terá que pagar por esses planos.

E assim conclui:

Portanto, as opções de ações concedidas aos administradores devem integrar o salário de contribuição, pois:

- De acordo com o artigo 6º do Estatuto Social reproduzido anteriormente, compete ao Comitê de Nomeação e Remuneração definir a política de*

remuneração dos Diretores, compreendendo, entre outros, a outorga de opções de compra de ações, tendo em conta as responsabilidades, o tempo dedicado às funções, a competência e reputação profissional e o valor dos serviços no mercado.

- A Nota Explicativa nº 15 às Demonstrações Contábeis referentes ao exercício de 2006 – Patrimônio Líquido, em seu item “e” – Plano para Outorga de Opções de Ações, reproduzida anteriormente, afirma que a companhia visa integrar seus executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazos, através da outorga de opções de ações, pessoais e intransferíveis.

- No Formulário 20F, item 6B, reproduzido anteriormente, o sujeito passivo categoriza a outorga de opções de compra de ações como honorários do Conselho de Administração e da Diretoria.

- No Formulário 20F, item 6C, reproduzido anteriormente, o sujeito passivo nos diz que o atual Comitê de Nomeação e Remuneração teve origem no antigo Comitê de Opção de Compra de Ações, que depois passou a ser chamado de Comitê de remuneração.

- No Formulário 20F, item 6E, reproduzido anteriormente, o sujeito passivo afirma que o Plano de Opção de Compra de Ações tem por objetivo reter os serviços dos diretores e obter funcionários altamente capacitados para a companhia.

- No item 6B do Formulário 20F, reproduzido anteriormente, ao tratar dos honorários do Conselho de Administração e da Diretoria, o contribuinte utiliza a expressão “despesas de remuneração”, como segue: “As despesas de remuneração referentes aos planos de opção de compra de ações totalizam R\$...”

- Em resposta ao Termo de Intimação o contribuinte afirma que o Plano para Outorga de Opções de Ações é um instrumento para atração, estímulo e principalmente a retenção de grandes profissionais que são violentamente disputados pelas grandes empresas.

- O Plano para Outorga de Opções de Ações, aprovado pela Assembleia Geral de 01.11.2002 e alterado pelas Assembleias Gerais de 28.04.2004, 27.04.2005 e 26.04.2006, com trechos reproduzidos anteriormente, estabelece que o Comitê selecionará os executivos aos quais serão outorgadas e fixará as quantidades de opções de cada série que caberão a cada executivo selecionado e efetuará as designações e rateios ponderando, a seu exclusivo critério, a performance dos elegíveis no exercício-base, as remunerações já auferidas nesse exercício e avaliações outras que entender aplicáveis. Com relação ao período de carência de cada série de opções, ele será fixado pelo Comitê ao emití-las, podendo a respectiva duração variar entre prazos de AE+1 e AE+5 anos, sendo AE o ano civil do calendário durante o qual a emissão houver ocorrido. Com relação ao preço de exercício da opção, é facultado um abatimento de 20% sobre o valor calculado com base na métrica definida.

2. Momento da ocorrência do fato gerador

Em seguida, o Auditor Fiscal analisou o momento da ocorrência do fato gerador nos casos envolvendo os planos de opção de compras de ações e concluiu que o fato gerador resta caracterizado com o vencimento do prazo de carência, tendo em vista que, naquele momento, há o implemento da condição suspensiva contratual, sendo irrelevante para a configuração do fato gerador se o trabalhador exerceu ou não a

opção de adquirir as ações. Vejamos os exatos termos do raciocínio desenvolvido pelo Auditor.

7. DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

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. [...]

Diante do que foi exposto, 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, reproduzido anteriormente), 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.

3. Apuração da base de cálculo

Com o objetivo de apurar a base de cálculo devida para incidência das contribuições previdenciárias, o Auditor, em observância ao critério adotado quanto ao momento em que resta caracterizada a ocorrência do fato gerador, utilizando os dados extraídos da planilha apresentada pelo contribuinte, entendeu que o montante corresponderia à multiplicação da quantidade de opções de compra outorgadas ao trabalhador (passíveis de exercício) pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço do exercício da opção no momento do vencimento da carência, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador.

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. [...]

As informações utilizadas para quantificar a base de cálculo das contribuições previdenciárias, de acordo com os critérios descritos acima, foram extraídas de planilha intitulada “Opções de Ações – Vencimento do Prazo de Carência”, segundo aponta o relatório fiscal.

4. Multa aplicada

Após a análise da penalidade mais benéfica ao contribuinte, em observância ao exposto no art. 106, inciso III, alínea “c” do Código Tributário Nacional, o Auditor Fiscal confrontou a multa por descumprimento de obrigação acessória (ausência de declaração do fato gerador em GFIP) somada à multa de mora (24%) com a multa de ofício, estabelecida pela Lei nº 11.941/2009 (75%), e concluiu que a aplicação da legislação anterior seria mais benéfica ao contribuinte. Foi lavrado, assim, o Decad de n. 37.346.3022 (AI 68), pelo descumprimento da obrigação prevista no art. 32, IV, da Lei 8.212/1991.

DA IMPUGNAÇÃO

O ora Recorrente apresentou tempestivamente impugnação aos Autos de Infração em 03/01/2013, alegando, em síntese:

1. Decadência

Em relação à decadência, o ora Recorrente considerou que, de acordo com a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN, os valores referentes à competência de abril de 2007 já estariam decaídos quando da ocorrência do lançamento, que ocorreu apenas em 05/12/2012.

2. Mérito

O Recorrente iniciou sua impugnação trazendo elementos característicos dos planos de outorga de opções de compra de ações, com o objetivo de atestar a natureza societária desses planos, demonstrando, para tanto, a base legal (art. 168, §3º da Lei n.º 6.404/76) e ressaltando a regulamentação da CVM, que, por meio das Instruções n.º 290/98, 291/98 e 390/09, estabelece requisitos para instituição do plano, como, por exemplo, a necessidade de disciplina em estatuto e aprovação do plano por meio de assembleia geral de acionistas, o que reafirmaria o caráter societário dos planos de stock options.

Ressaltou que a outorga da opção gera apenas expectativa de direito, que, uma vez exercida, e a depender das perspectivas do mercado de ações, pode acarretar ganho ou perda de capital ao trabalhador ou, até mesmo, pode nem vir a ser exercida após findo o prazo de carência do plano. Tais circunstâncias seriam aptas a demonstrar a ausência de caráter Com o objetivo de demonstrar as distorções ocasionadas pelo equivocado entendimento da acusação fiscal quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, o Recorrente ressaltou que algumas opções foram consideradas como exercidas quando findo o prazo de carência, embora os respectivos funcionários jamais tenham exercido a referida opção, pois se desligaram da companhia antes de findo o prazo de carência, ou seja, antes mesmo de o direito de compra das ações poder ser exercido.

Aduziu, ainda, que a jurisprudência do TST manifesta-se no sentido de que a opção pela compra de ações não proporciona ao trabalhador vantagem de natureza salarial.

Em relação à multa, o Recorrente alegou que, considerando que as verbas oriundas do exercício da opção de compra de ações não possuem natureza salarial e, portanto, não devem compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias, não seria cabível a cobrança referente à obrigação acessória.

Por fim, pleiteou a não incidência de juros sobre multa ofício, tendo em vista que, nos termos do art. 61, caput, apenas os débitos de tributos e contribuições se sujeitam aos juros de mora, além de não ser cabível a aplicação dos juros sobre a multa de ofício.

ACÓRDÃO DA DRJ

Após relatados os fatos e argumentos trazidos no processo, a DRJ chegou as seguintes conclusões.

Decadência

A DRJ entendeu que não restou configurada a decadência, diante da manutenção da aplicação da regra prevista no art. 173, I, do CTN, já que as remunerações pagas por meio do plano de outorga de opções de compra de ações (stock options), objeto do presente lançamento de ofício, não foram declaradas em GFIP, inexistindo pagamento antecipado sobre tais valores.

Desse modo, considerando que os créditos, referentes às obrigações principal e acessória, foram lançados nos períodos de abril de 2007, dezembro de 2007, janeiro a maio de 2008 e dezembro de 2008 e que a ciência pessoal do contribuinte ocorreu em 05/12/2012, nenhuma competência estaria decaída, já que o lançamento poderia ocorrer até 31/12/2012, considerando a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, I, do CTN, segundo a qual o prazo é de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte.

1. Mérito

A DRJ ressaltou que o próprio Recorrente admitiu a natureza remuneratória das parcelas, tanto no formulário 20F quanto nas reuniões do Comitê de Opções do Itaú Unibanco, por meio das quais foi aprovada a outorga de opções de compras de ações, através de assembleia geral.

Logo, o plano de stock options teria sido oferecido como vantagem adicional à remuneração básica, como um atrativo para que o executivo continuasse trabalhando, tanto que tinha como um de seus requisitos a prestação de serviço durante determinado período para que o trabalhador pudesse se beneficiar do exercício da opção, além de ter caráter personalíssimo, só admitindo que a opção fosse transferida a herdeiros, no caso de herança.

Reiterou os argumentos trazidos na autuação quanto à ausência de risco, tendo em vista que, na data da outorga, nenhum pagamento foi realizado, diferente do que ocorre com os contratos mercantis. Ressaltou, ainda, ser adequado o critério adotado na autuação para a definição da configuração o fato gerador, segundo o qual o fato gerador resta configurado na data de vencimento do prazo de carência, momento em que restaria caracterizada a implementação da condição suspensiva contratual.

Nota-se que o entendimento sustentado pela DRJ quanto ao momento da ocorrência do fato gerador está em total consonância com aquele sustentado na autuação:

4.45. Pouco importa se o beneficiário exerceu, ou não, este direito, o fato é que, no termo do período de carência, com o implemento da condição suspensiva acima citada, o beneficiado adquiriu um bem, correspondente a um direito, que tem valor econômico e que gera acréscimo patrimonial. Tal

valor econômico corresponde 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, pré-estabelecido no contrato de outorga. Se aquele for superior a este, obviamente o beneficiado tem um acréscimo patrimonial, correspondente à remuneração em virtude do trabalho prestado anteriormente (durante o período de carência) e, conseqüentemente, também houve a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária previdenciária. Caso contrário, obviamente não houve acréscimo patrimonial e tampouco remuneração, não havendo que se falar em fato gerador de obrigação tributária previdenciária.

Chamou atenção quanto à inadequação de o Recorrente ter trazido, como argumento de defesa, o posicionamento sustentado pelo TST, tendo em vista que o conceito de salário adotado pela legislação trabalhista é distinto daquele adotado no caso em questão.

Quanto à multa, a DRJ entendeu que, diante da correção do lançamento principal, não haveria que se falar na inadequação da aplicação da multa por ausência do pressuposto fático necessário à sua incidência. Também considerou que as multas foram aplicadas corretamente em observância à penalidade menos severa ao Impugnante, conforme cálculo constante no termo de verificação fiscal.

Ressaltou, por fim, o cabimento da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, nos termos do art. 161 do CTN e do art. 61 da Lei n.º 9.430/96, bem como que o conceito de crédito tributário abrange a multa, de modo que, se o pagamento não foi efetuado dentro prazo legal, configura-se a existência de débito em face da União, incidindo juros de mora sobre o principal e a multa de ofício.

DO RECURSO

Devidamente intimada em 18/07/2013, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, em 15/08/2013, rebatendo a decisão proferida pela DRJ e reiterando os argumentos já trazidos na impugnação ao lançamento.

Além de reiterar os argumentos trazidos na impugnação, o Recorrente colacionou julgados do CARF, por meio dos quais restou aplicada a regra de contagem do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN, considerando como pagamento antecipado a comprovação de recolhimento de quaisquer das rubricas que compõem a base de cálculo do tributo.

Aduziu, ainda, que três diretores, cujos pagamentos decorrentes do plano de opção de compra de ação foram incluídos na base de cálculo, tinham sido desligados da empresa antes mesmo de findo o prazo de carência, como demonstram atas de assembleia apresentadas, de modo que tais diretores sequer poderiam ter exercido a opção de compra das ações que lhes foi outorgada. Tal exemplo apenas ratificaria o equívoco da acusação em considerar configurada a ocorrência do fato gerador quando findo o prazo de carência para o exercício da opção.

O Recorrente trouxe, ainda, como exemplo, situação em que, durante todo o prazo de carência do plano, a opção do exercício não seria vantajosa, considerando os valores de mercado das ações da Companhia naquele período, de modo que o direito poderia sequer vir a ser exercido.

CONTRARRAZÕES

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional afirmou que os próprios documentos apresentados pelo Recorrente demonstram que os pagamentos decorrentes do plano de stock options possuíam caráter remuneratório, ressaltando o fato de que

competiria ao Comitê de Nomeação e Remuneração designar periodicamente os diretores aos quais seriam outorgadas as opções.

De acordo com a Procuradoria, a designação dos diretores que teriam direito ao exercício demonstra que o plano não era estendido a todos os trabalhadores indistintamente, bem como que a performance do executivo seria relevante para que fosse concedida a opção de compra de ação, o que reforçaria a sua natureza remuneratória. Tais fatos demonstrariam que a concessão das opções de ação possui caráter discricionário e retributivo, vinculado ao desempenho do profissional na empresa.

Destacou que as opções outorgadas aos diretores são pessoais e intransferíveis, não havendo a possibilidade de negociação das opções recebidas pelos executivos, ao contrário do que ocorre com os planos de stock options tipicamente mercantis, que são cotidianamente negociadas no mercado de ações.

Para fundamentar tal alegação, ressaltou que, se qualquer titular da opção se desligar ou for desligado da Companhia, as opções terão sua vigência extinta, restando evidente que a circunstância de o indivíduo estar prestando serviços à empresa, e somente enquanto assim o estiver, é condição sine qua non para que ele possa se beneficiar da opção.

Diante das considerações realizadas, concluiu pela existência de uma política de remuneração e de atuação voltada à eliminação de potenciais riscos quanto às variações do mercado de ações.

Por fim, a Procuradoria da Fazenda Nacional sustentou que deveria ser mantida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, tendo em vista a consolidação da jurisprudência judicial e administrativa nesse sentido.

TERMO DE CONSTATAÇÃO

Em 27/10/2014, o Recorrente solicitou a juntada de termo de constatação, elaborado pela empresa de auditoria KPMG Tax Advisors, com o objetivo de comprovar que, considerando as regras estabelecidas através do plano de stock options para a definição do preço de exercício de compra das ações, seria impossível saber, na data da outorga, se o exercício da opção de compra realmente ocorreria, sendo, para tanto, simulada situação, por meio da qual restou constatado que, durante o período de vigência do plano, a ação sempre esteve desvalorizada, de modo que seria provável que a opção sequer fosse exercida.

Demonstrou, ainda, que a aplicação da regra prevista no plano de stock options quanto à possibilidade de exercício em relação a 50% das ações adquiridas, remanescendo a outra metade indisponível por mais dois anos, também levou, em alguns períodos de vigência do plano, à configuração de prejuízo e não de ganho aos trabalhadores, ratificando o risco suportado pelo trabalhador com o exercício da opção de compra das ações do Recorrente."

A 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, apreciando o recurso de ofício e o recurso voluntário, por meio do acórdão 2401-003.888, decidiu por a) excluir do lançamento os fatos geradores até 11/2007, face a aplicação da decadência quinquenal - inclusive quanto a obrigação acessória; b) no mérito, dar provimento ao recurso, por entender que não restou comprovado o caráter remuneratório dos valores pagos aos beneficiários no presente caso.

A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2007 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO.

Tratando-se as contribuições previdenciárias de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a norma decadencial aplicável é aquela prevista no art. 150 §4º do CTN, caso se verifique a antecipação de pagamento. Decaída a competência de abril de 2007.

STOCK OPTIONS. CARÁTER MERCANTIL. PARCELA NÃO INTEGRANTE DO SALÁRIO REMUNERAÇÃO.

No presente caso, o plano de stock options é marcado pela onerosidade, pois o preço de exercício da opção de compra das ações é estabelecido a valor de mercado, pela liberalidade da adesão e pelo risco decorrente do exercício da opção de compra das ações, de modo que resta manifesto o seu caráter mercantil, não devendo os montantes pagos em decorrência do referido plano integrarem o salário de contribuição.

MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. OMISSÃO DE FATO GERADOR EM GFIP. PREJUDICIALIDADE. JULGAMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

Aplicando-se a regra de decadência prevista no art. 150 §4º do CTN, está decaída a competência de abril de 2007. Em relação às competências remanescentes, excluo a multa aplicada diante da improcedência da autuação referente à obrigação principal.

Recurso Voluntário Provido.

Discordando da decisão proferida pelo Colegiado *a quo*, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial visando rediscutir:

- i)** regra decadencial aplicável ao lançamento de ofício da multa por descumprimento de obrigação acessória. Afirmar ser aplicado ao caso o art. 173, I do CTN e cita como paradigmas os acórdãos 2402-01335 e 9202-002.193; e
- ii)** o entendimento relativo a natureza mercantil do Stock Option Plan ofertado. Adotando a corrente cujo entendimento é pelo caráter remuneratório da vantagem econômica envolvida na operação, cita como paradigmas os acórdãos 2201-002.685 e 2302-003.536.

Intimado do despacho que admitiu o recurso especial o contribuinte apresentou contrarrazões, além de destacar a ocorrência do trânsito em julgado da parte do acórdão que declarou a decadência parcial do lançamento da obrigação principal relativa ao mês de abril de 2007, requereu:

- 1)** o não conhecimento do recurso: **i)** pugna pela não aceitação do acórdão paradigma nº 2201-002.685, pois o mesmo trata de tributo diverso do ora

lançado, fato que ensejou em outro processo o não conhecimento do recurso lá interposto; e em relação ao segundo paradigma nº 2302-003.536 defende **ii)** a inexistência de similitude fática entre as decisões.

2) no mérito: reitera os argumentos de defesa destacando o risco que envolve os plano de ações ofertados pela empresa, o que caracterizaria sua natureza mercantil e lembra que na eventualidade de se dar provimento ao recurso os autos deverão retornar ao Colegiado *a quo* para a apreciação das demais questões postas no Recurso Voluntário, notadamente aquelas relativas ao momento da ocorrência do fato gerador.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

Do conhecimento:

O presente Recurso Especial visa à rediscussão das seguintes matérias: a) Natureza remuneratória das *stock options*; e b) regra decadencial aplicada ao lançamento de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Em sede de contrarrazões o Contribuinte pugna pelo não conhecimento do recurso em razão dos seguintes pontos:

i) imprestabilidade do acórdão paradigma nº 2201-002.685, pois refere-se a lançamento de outro tributo; e

ii) em relação ao segundo paradigma nº 2302-003.536 defende a inexistência de similitude fática entre as decisões.

No que tange a imprestabilidade do primeiro acórdão paradigma apontado - **Acórdão nº 2201-002.685**, argumenta o recorrido que por coerência o exame de admissibilidade deveria ter rejeitado a divergência arguida. Explica que no caso temos um acórdão recorrido que trata de contribuição previdenciária, enquanto que o paradigma trata de multa pela não retenção do imposto de renda na fonte, fato que levou ao não conhecimento do recurso especial interposto por ele no processo 16327.720085/2013-26.

No citado processo foi proferida decisão que concluiu pelo caráter remuneratório dos planos de stock options razão pela qual confirmou-se lançamento onde se cobra multa pela não retenção do Imposto de Renda pela fonte pagadora. O recurso interposto naquele processo possuía duas teses principais - natureza mercantil dos planos e data da

ocorrência do fato gerador, e tese subsidiária - inaplicabilidade da multa por falta de retenção do IRPF.

Embora o contribuinte tenha se socorrido de ordem judicial para fazer subir seu recurso, vale destacar que este Colegiado, quando enfrentou a situação relativa ao processo 16327.720085/2013-26, por meio do acórdão 9202-005.443 se manifestou no sentido de que para a discussão acerca da natureza jurídica dos planos de Stock Options, acórdão proferido por colegiado distinto em análise da incidência de contribuição previdenciária serviria como paradigma. Quanto a esta interpretação vale citar o voto da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, redatora do voto vencedor quanto ao conhecimento:

Destaca que os mesmos argumentos utilizados pelo acórdão recorrido para negar provimento ao recurso voluntário do recorrente foram rejeitados por este primeiro paradigma.

Quanto a este ponto, entendo restar demonstrar a divergência entre os julgados. Nesse ponto não se trata de empregar legislação diferentes para definir fato gerador, mas o discussão para por um ponto comum entre a legislação do IR e da Previdência social, qual seja, possuem os contratos de outorgas de ações, chamados de stocks options natureza mercantil ou remuneratória. Entendo que nesse ponto, para a averiguação do caráter mercantil ou remuneratório o paradigma apresentado mostra-se válido, mesmo tratando de lançamento de contribuições previdenciárias.

Portanto, no presente caso e seguindo meu entendimento já manifestado naquela oportunidade, admito como paradigma válido o acórdão nº **2201-002.685**.

Em relação ao segundo paradigma - **Acórdão nº 2302-003.536**, em que pese toda a argumentação tecida pelo Recorrido, entendo que foram cumpridos os requisitos previstos no regimento o que leva ao conhecimento do recurso da Fazenda Nacional.

Importante destacar que este Colegiado já firmou entendimento no sentido de que o recurso deve apresentar elementos suficientes que comprovem a alegada divergência, sendo desnecessário a realização de comparativo ponto a ponto entre acórdão recorrido e paradigma.

Vale destacar que este Colegiado tem o cuidado, quando da reanálise dos exames de admissibilidade que foram aceitos com base apenas na colação de ementas, em havendo dúvidas, de proceder a consulta e leitura do inteiro teor da decisão apontada como paradigma. Por isso, no presente caso, diante da leitura das razões postas no acórdão 2302-003.536 é possível perceber a similitude fática dos casos. Em ambos processos para caracterização da natureza jurídica do plano de Stock Options ofertado pelo contribuinte levou-se em consideração os mesmos aspectos: valor de mercado das ações, risco do negócio, onerosidade, faculdade de exercício, prazos de carência e caráter pessoal das ações.

Entendo que além da fundamentação dada pelo Relator do acórdão paradigma 2302-003.536, os fatos descritos na declaração de voto apresentada pela Conselheira Juliana Campos de Carvalho Cruz demonstram a semelhança fática entre as decisões inclusive suscitando a existência de cláusula que impunha restrições à disponibilidade das ações, vale citar:

Em todos esses contratos (programas 2000, 2001 e 2002) foram especificados os períodos para o exercício das opções, as datas

limites para o exercício total ou parcial da opção, as restrições à disponibilidade das ações recebidas pelo exercício da opção e a transferência do controle da companhia (fls. 81 – Relatório Fiscal).

Assim, diante do conjunto das razões postas na pela recursal e reiterando o despacho de fls. 560/572, conheço do recurso da Fazenda Nacional.

Da decadência:

É sedimentado que o prazo decadencial aplicável às obrigações acessórias é aquele previsto no art. 173, I do CTN. Isso porque, independentemente do reconhecimento da decadência, em algum momento a obrigação principal era devida e por não ter sido adimplida gerou o lançamento de ofício, tanto do tributo quanto do respectivo descumprimento do dever instrumental.

A meu ver o art. 113 do CTN deixa claro que as obrigações acessórias, apesar de em sua maioria estarem relacionadas ao dever de pagar um tributo, dessas são distintas e autônomas:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Assim, descumprida uma obrigação acessória haverá o lançamento de ofício da penalidade, devendo neste caso ser aplicado o art. 173, I do CTN.

Cito, para ilustrar, o entendimento da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, no acórdão 2401-003.209, que ainda nos traz apontamentos relevantes acerca da finalidade das informações prestadas em GFIP:

Ressalto, que independente da decadência das obrigações principais ter sido decretada a luz do art. 150, § 4, nos autos de obrigação acessória não há como atribuir mesmo raciocínio, tendo em vista serem obrigações distintas, a de recolher a contribuição devida, e a de informar em GFIP fatos geradores de contribuição previdenciária. A informação em GFIP não possui o condão de apenas informar a contribuição devida, mas

acima de tudo, informar a remuneração do segurado da previdência social, informação essa que irá subsidiar a concessão de benefícios e o correspondente cálculo do salário de benefício.

Assim, tratando-se de obrigação autônoma e distinta da obrigação principal, ao lançamento de ofício de multa por descumprimento de obrigação acessória aplica-se a regra do art. 173, I do CTN não restando configurada, no presente caso, a decadência relativa ao mês de abril de 2007.

Vale destacar que não foi objeto de recurso a parte do acórdão recorrido que declarou a decadência do mês de abril/2007 em relação ao fato gerador da obrigação principal, trata-se de matéria atingida pela preclusão consumativa em desfavor da Fazenda Nacional.

Da natureza jurídica dos 'Stock Option Plans':

Delimitado o período abrangido pelo lançamento, passo a análise da divergência relativa a natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações.

Stock Option Plans são os planos de incentivos a empregados, administradores ou prestadores de serviço baseados em opções para aquisição de ações da própria companhia ou de outra empresa do mesmo grupo (a controladora final, ou holding, por exemplo) em que o profissional trabalha. Nesses planos, é dada opção de compra de ações para determinados profissionais a um preço prefixado, cujo exercício será realizado em data futura predeterminada.

Importante citar que embora a previsão de uso de Stock Option esteja no art. 168, §3º da Lei das Sociedade Anônimas, Lei nº 9.604/76, o mesmo dispositivo não nos traz qualquer elemento de definição acerca da natureza jurídica do instituto:

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

...

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

E quanto a este ponto, ao contrário do entendimento posto no recurso, e citando a premissa adotada pela própria decisão recorrida, na essência tais planos possuem natureza mercantil, onerosa, em que o trabalhador, embora pretenda obter lucros, poderá amargar prejuízos inerentes ao risco de investir no mercado de ações – não configurando, portanto, base de cálculo das contribuições previdenciárias, pois decorrem de contrato particular firmado entre as partes e por meio do qual a empresa se obriga a, implementadas as condições, vender ao beneficiário parte de suas ações.

Nem toda vantagem ofertada ao empregado ou contribuinte individual pode ser classificada como remuneratória, tal característica somente estará presente se de fato o benefício assumir caráter primordial de retribuição pelo trabalho, e nos planos de opção de compras de ações não é isso que ocorre.

Para o Professor André Mendes Moreira (in 'Plano de Stock Options. Análise sob o prisma da não incidência de Contribuições Sociais', Revista Dialética de Direito Tributário nº 214) o objetivo perseguido pela empresa é incentivar seus empregados ou prestadores de serviço a aumentar os índices de desempenho da companhia, bem como fomentar o compromisso e a lealdade à empresa.

Corroborando com o entendimento acima, cito o jurista Fábio Ulhoa Coelho, que em sua obra intitulada Curso de Direito Comercial (volume 2, p. 170/171, 6ª edição) nos apresenta alguns elementos essenciais deste instrumento:

As companhias muitas vezes buscam motivar seus administradores (diretores e membros do Conselho de Administração) e executivos de elevado nível, concedendo-lhes a oportunidade de participarem dele como acionistas. Quando assumem a condição de sócio, eles passam a ter interesse na distribuição dos lucros, e, por via de consequência, nos resultados da companhia. Os administradores e executivos que são também acionistas da sociedade presumivelmente se encontram mais motivados com as tarefas correspondentes às suas funções e cargos. É, assim, comum que as sociedades anônimas outorguem aos membros da administração superior opção de compra de ações. Trata-se de negócio jurídico, pelo qual a companhia se obriga, a partir da declaração de vontade do executivo beneficiário (exercício da opção) e pagamento por este do preço, a entregar-lhe ações de sua emissão, em quantidade e espécie previamente definidas no instrumento de opção.

Além do aspecto citado, ainda há na Stock Options particularidades que no entender desta Relatora afastam, em regra, o caráter remuneratório do benefício ofertado. Para melhor compreensão citamos os momentos temporais envolvidos no instituto, considerando os contratos envolvidos no presente lançamento:

1) Aprovação do plano de opção de compras de ações: nos termos art. 168, §3º da nº 9.604/76, a outorga de opção de compra ao empregado ou prestador de serviço exige prévia autorização estatutária, com aprovação, em Assembléia Geral, de um Plano de Concessão e capital autorizado.

Considerando que os requisitos acima são prévios a celebração do 'contrato de opção de compra', podem ocorrer casos e que os mesmos são definidos em data posterior a contratação do beneficiado, ou seja, estaríamos diante de vantagem não considerada pelo contratado quando da assinatura do respectivo contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

No mais, entendo que é nesta etapa que se tornam públicos e delimitados os critérios e condições que compõem o Plano de Concessão e portanto estamos diante de critérios objetivos e desvinculados do serviço prestado. Feita a eleição daquele a quem poderá ser outorgada a opção de compra de ações, não mais se exige o cumprimento de condições vinculadas exclusivamente aos trabalhos desempenhados pela parte envolvida. O que quero dizer é que se há análise de desempenho pessoal essa é feita como condição para oferta do

benefício e não para fruição desse, considerando neste último caso o momento do exercício de compra das ações.

2) Celebração do contrato de outorga de opção de compra: neste momento firma-se o contrato mercantil por meio da qual a empresa se compromete, mediante pagamento em pecúnia realizado pelo empregado/prestador, a vender determinado número de ações. Fixam-se as condições do contrato como número de ações disponibilizadas, valor de cada ação, prazo para o exercício do direito de compra e carência.

Considerando os elementos, em especial o temporal (*vesting*), o que temos até aqui é o mero surgimento de uma expectativa de direito - condicionada a evento futuro e incerto - para pessoa contratada.

Assim, vejo um conflito entre a essência de uma parcela tida como remuneratória com o fato de o contrato prever a necessidade de pagamento para o exercício desse direito e ainda o risco de, ao final, não existir qualquer ganho ao empregado/prestador seja pela não implementação de uma condição seja pela própria variação do mercado que leve decisão pela não efetivação da compra.

E aqui cabe um apontamento acerca do argumento de que o caráter remuneratório seria reforçado por cláusula que prevê a perda de direito nos casos de desligamento do empregado antes de encerrado o prazo de carência. Ora, se o direito decorrente da stock option assumisse feição de remuneração pelo serviço prestado dever-se-ia reconhecer, nessas circunstâncias, ao beneficiado direito a parcela proporcional ao período trabalhado.

3) Da aquisição (ou não) das ações: aqui inicia-se a discussão acerca de eventual ganho ao empregado/prestador.

Implementadas as condições do contrato de outorga nasce para o empregado o direito de adquirir as ações. Essa aquisição é facultativa e depende exclusivamente da vontade do empregado.

Em regra o valor de aquisição das ações é fixado no contrato de outorga e leva-se em consideração o valor médio de mercado dos títulos quando da celebração daquele instrumento. Assim, pode ocorrer que na data da opção de compra, o valor das ações esteja avaliado pelo mercado em patamares inferiores ou superiores ao preço pactuado. No primeiro caso poderia haver um ganho ao empregado/prestador, em contrapartida estando o valor abaixo do pactuado deixará de obter qualquer vantagem com a operação.

É comum haver nos contratos desta natureza cláusula que mitiga a propriedade do colaborador sobre os títulos, é a denominada cláusula 'lock up'. Nestes casos ainda que feita a opção pela compra das ações o colaborador não assume a total disponibilidade dos títulos ficando impedido ceder, transferir ou alienar este direito por determinado período, assim, embora em um primeiro momento possa parecer ter havido um ganho, esse pode simplesmente desaparecer quando da implementação dessa condição temporal suspensiva.

Importante destacar mais uma vez que, para fazer a opção pela compra da ação, necessariamente deverá haver a contraprestação consubstanciada no pagamento em pecúnia da parte assumida pelo adquirente (empregado/contribuinte individual), ou seja, não representa a stock option uma liberalidade do empregador. O empregador não está retribuindo eventual trabalho realizado, ao contrário, por força contratual, havendo o pagamento ele se

obriga a transferir as ações ao novo sócio, caso contrário extingue-se a oferta objeto daquele contrato (ainda que tenha havido a efetiva prestação de serviços).

No mais, a empresa independente de qualquer movimento não consegue interferir no mercado a ponto de assegurar que o empregado ao final do *vesting* e cumpridas as demais condições realizará um ganho, ou seja, ainda que se tenha ofertado no passado suposto benefício de adquirir a preço pré-determinado ações no futuro, tal benefício não pode assumir caráter remuneratório pelo simples fato de não assegurar um ganho ao envolvido quando da sua contratação.

Como dizer que remunera trabalho se para receber o empregado tem que pagar pelas quotas e se ainda pode ocorrer situações em que tal remuneração simplesmente não venha existir? Neste último caso, se fosse remuneração pelo trabalho, entendo que mais uma vez deveria ser reconhecido o direito de recebimento de indenização pela perda registrada, afinal o labor deve ser remunerado.

Assim, no caso das stock options, diante da sua natureza não remuneratória seria desnecessário que o art. 28, §9º da Lei nº 8.212/91 nos trouxesse exceção expressa em relação as essas verbas, pois estamos diante de hipótese de não incidência da contribuição previdenciária haja vista o disposto no art. 195 da CF/88:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

O legislador infraconstitucional ao regulamentar a Contribuição, por meio da Lei nº 8.212/91, reproduziu no art. 22 a essencialidade das verbas que compõe o fato gerador: *total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.*

Entendo que o citado §9º do art. 28, observando as limitações legislativas impostas pode ampliar as hipóteses nas quais dispensará o recolhimento do tributo, mas jamais pode utilizar essa norma para fazer incluir na base de cálculo do fato gerador o recebimento de verba que não foi paga ou creditada em razão do trabalho. Ao delimitar a base de cálculo a Lei nº 8.212/91 e a Constituição Federal abarcam apenas as verbas que atendam, cumulativamente,

os requisitos da retributividade e o da habitualidade, os quais como dito não estão presentes nos planos em questão.

Sobre o ponto acima, o Jurista Fábio Zambitte no artigo "*Stock Options e contribuição previdenciária*" (disponível em: <<http://www.fabiozambitte.com.br/pt/artigos/85-stock-options-e-contribuicao-previdenciaria>> acesso em: 19 set. 2017), em resposta ao questionamento se haveria incidência da contribuição previdenciária sobre toda e qualquer vantagem fornecida a empregados, esclarece:

Tal aspecto é relevante, pois, não raramente, confundem-se as bases previdenciárias e do imposto de renda. Esta, ao contrário da primeira, alcança toda sorte de rendimentos, do trabalho ou do capital, desde que viabilizem incremento patrimonial (renda líquida). A contribuição previdenciária, por sua vez, como instrumento de financiamento de prestações previdenciárias, substituidoras do rendimento do trabalho de segurados, não possui qualquer liame com rendimentos do capital, haja vista a irrelevância dos mesmos para a proteção social.

...

Não podemos estabelecer uma sinonímia entre rendimentos do trabalho e pagamentos derivados do contrato de trabalho. Somente os primeiros, por possuírem natureza contraprestacional, podem ser objeto de incidência previdenciária. Nem toda vantagem fornecida a empregados terá, como finalidade, remunerá-los pela prestação do serviço. Tal aspecto é ainda mais relevante em planos de ações, quando empregados são estimulados a aderir como forma de fidelização da mão-de-obra, comprometimento profissional e alinhamento com acionistas.

A lei 8.212/91 não destoa de tais premissas, ao expor que, independente da denominação, somente parcelas remuneratórias devem ser tributadas. A remuneração, em sua acepção jurídica – e não econômica ou contábil – possui delimitação tradicionalmente reconhecida, seja pela doutrina ou jurisprudência. O alargamento artificial de tais fronteiras em nada ajudará o combalido sistema protetivo brasileiro.

Embora entenda pela natureza eminentemente mercantil desses planos, não podemos aplicá-la indistintamente, pois é comum que empresas - objetivando reduzir os reflexos decorrentes deste - utilizem mecanismos para camuflar pagamentos diretamente relacionados com o contrato de trabalho, aqui adotado no sentido amplo. No caso de a empresa descumprir os requisitos legais e contratuais fixados, por exemplo subsidiando o valor das ações, aplicando formas de se evitar qualquer desembolso efetivo do empregado/prestador, simulando situações para eliminar prejuízo aos beneficiários, deverá sim ser atribuída natureza remuneratória a tais vantagens. Estaríamos diante de abuso de forma que deve ser veemente combatido.

Neste sentido se faz essencial, para fins de incidência da contribuição previdenciária, analisar se no caso concreto o programa ofertado pela empresa cumpriu ou não a finalidade e os requisitos essenciais da stock option. E aqui, embora o lançamento tenha feito uma extensa explanação dos motivos que levaram a desconsideração dos planos atribuindo-lhe efeito remuneratório, alguns pontos merecem destaque:

1) comprovação de tratar-se de opção onerosa ao adquirente das ações, exigindo-se o pagamento (desembolso efetivo) do valor corresponde aos títulos adquiridos. Relevante mencionar a previsão de que uma vez exercida a opção o respectivo titular deverá pagar o preço do exercício em prazo igual ao vigente para liquidação de operações na Bolsa de Valores de São Paulo - Cláusula 06 do Plano.

2) Valor de aquisição não foi subsidiado: a definição do preço de aquisição levava em consideração a média do valor de mercado das ações de no mínimo um e no máximo três meses anteriores a data da emissão das opções, podendo sofrer um ajuste de 20% e ainda estavam sujeitas a incidência de juros e correção monetária pelo IGPM. Inexistiu cessão gratuita ou subsidiada quando da oferta ou aquisição dos títulos.

3) Cláusula lock up: mesmo após o exercício da opção de compra o beneficiário não adquiria a propriedade plena de todas as ações, era necessário o cumprimento de um novo prazo de carência para que as ações pudessem ser negociadas pelo adquirente, ou seja, o risco da obtenção de vantagens pelo trabalhador era maximizado após a compra das ações.

Vale mencionar que o Contribuinte juntou aos autos (fls. 418/442) "Termo de Constatação" elaborado pela KPMG e o qual demonstra que nas situações simuladas pela empresa restou comprovado que o beneficiário não experimentou ganhos ou, quando este ocorreu, diante da cláusula de lock up, foi em proporção bem menor do que o esperado, o que deixa claro o risco da operação.

Assim, diante do exposto, havendo nos autos requisitos que afastam a caracterização do benefício como remuneração, considerando que os valores apurados pela fiscalização não compõem o conceito de salário de contribuição previsto no art. 28, da Lei nº 8.212/91, nego provimento ao recuso especial da Fazenda Nacional, mantendo o acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

Voto Vencedor

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo - Redatora Designada

Discordo do voto da Ilustre Conselheira Relatora, no que tange à natureza do plano de *stock options* utilizado pelo Contribuinte, por ela considerada como sendo mercantil.

Designada para redigir o voto vencedor, aproveito o ensejo para esclarecer meu posicionamento relativamente a decisões proferidas pelo CARF, mormente em sede de Instância Especial, em que o objeto do recurso não é a interpretação de legislação tributária, nem mesmo em sede de normas gerais, que poderiam resultar em prejudicialidade, mas sim a exposição de teses acerca da natureza jurídica de uma determinada operação, sem adentrar-se à questão tributária propriamente dita.

Ora, o efeito satisfativo de um recurso ao CARF, em que se discute a constituição e exigência de crédito tributário, não pode ser alcançado por meio de decisão de cunho unicamente declaratório - declarar se o plano de *stock options* utilizado pela empresa autuada possui natureza remuneratória ou mercantil. Com efeito, a decisão que se espera do CARF deve ter o caráter constitutivo, positivo ou negativo, determinando a manutenção, total ou parcial da exigência, ou a desconstituição do lançamento, que no presente caso é de Contribuições Sociais Previdenciárias. Aliás, no presente processo isso já foi feito em sede de Primeira Instância, cuja decisão não se limitou a declarar que a natureza do plano era remuneratória, mas sim foi adiante e levou a cabo a verificação acerca da exigência do respectivo crédito tributário.

Assim, é forçoso concluir que, no presente caso, desde o Recurso Voluntário, com a mesma abrangência da decisão de Primeira Instância, o apelo deveria objetivar a análise não apenas da natureza do plano de *Stock Options* mas sim a incidência ou não das Contribuições Sociais Previdenciárias, objeto do lançamento. Não há qualquer justificativa técnica, ou mesmo lógica, no sentido de que tenha de haver, apenas no CARF, uma primeira decisão meramente declaratória, e outra efetivamente constitutiva, já que, repita-se, não se trata de processo consultivo e sim de constituição e exigência de crédito tributário.

Ademais, constata-se que, a pretexto de discutir-se apenas a natureza do plano de *stock options* - se mercantil ou remuneratória - o que se conclui na verdade é se os valores relativos ao citado plano integram ou não o salário-de-contribuição previsto no art. 28 da Lei nº 8.212, de 1991, que nada mais é que decidir-se acerca do caráter tributável ou não do plano. Isso depois de utilizar-se como um dos paradigmas, julgado que sequer trata da citada lei.

Ora, se a discussão acerca da "natureza mercantil ou remuneratória" na verdade levou à conclusão sobre o caráter tributável ou não do plano - e essa é a vocação precípua do processo administrativo fiscal, de constituição e exigência do crédito tributário - indaga-se o porquê de o julgamento ser efetuado em duas fases - a primeira declaratória e a segunda constitutiva - quando já na primeira fase de discussões, tal como fez a DRJ, tratou-se efetivamente de discutir o plano, do ponto de vista da tributação pelas Contribuições Sociais Previdenciárias.

A despeito dessas considerações, designada para redigir o voto vencedor apenas quanto à natureza remuneratória do plano de *stock options*, nos exatos termos da matéria recursal admitida, levarei a cabo minha tarefa tratando concretamente do plano de *Stock Options* utilizado pelo autuado, sem adentrar à discussão sobre a exigência de Contribuições Sociais Previdenciárias, embora no voto vencido a conclusão tenha ido além, considerando-se que os valores em tela não integrariam no salário-de-contribuição descrito na Lei nº 8.212, de 1991.

Preliminarmente, consigna-se que a aquisição de ações por meio da modalidade de *Stock Options* constitui prática essencialmente mercantil. Entretanto, quando utilizada pelas empresas para atrair ou fixar determinada mão-de-obra, como qualquer outro

tipo de salário indireto, passa a ter o caráter remuneratório, já que são oferecidas condições que geralmente fogem, em maior ou menor grau, ao padrão praticado no mercado.

A respeito da utilização dos planos de *Stock Options* pelas empresas, trago à colação o estudo apresentado na decisão de Primeira Instância, pelo seu caráter elucidativo:

"4.14. Quanto ao instituto tem-se que a política mais arrojada em gestão de pessoas trouxe ao nosso mercado de trabalho novas políticas de remuneração, principalmente aos empregados de nível gerencial e altos executivos, com planos de opção de compra de ações da companhia ou de outra do grupo. O mecanismo pode ser descrito assim: a) preestabelece-se um preço para as ações; b) marca-se uma data futura para que a ação possa ser adquirida por aquele preço, se mantida a permanência do profissional na companhia; c) vencida a data e durante algum tempo, fica o beneficiário com a opção de adquirir ações da companhia pelo preço anteriormente determinado, independentemente o valor de mercado da ação.

4.15. O prazo de carência é o período em que o beneficiado deve permanecer na empresa, no desempenho de suas funções, até que possa exercer a sua opção de compra de ações. Após o fim do prazo de carência, o trabalhador adquire o direito de opção de compra de ações da companhia, podendo adquirir as ações, quando julgar conveniente, dentro de um prazo pré estipulado.

4.16. A prática designada por stock options serve às empresas para manter em seus quadros os seus executivos qualificados, como também para atrair outros empregados talentosos através de ofertas de opções de compra de ações da sociedade empresarial em condições privilegiadas àqueles. É uma remuneração extra, ou seja, uma contra prestação, para que os beneficiados, no exercício de suas funções, para as quais foram contratados, apostem no desempenho e na valorização continuada da companhia.

4.17. O economista americano Alan Greenspan explica que as stock options são “uma concessão unilateral de valor por parte dos acionistas para um empregado. É uma transferência feita pela companhia de parte da capitalização de mercado detida pelos acionistas. A concessão é feita para adquirir os serviços do empregado, e presumivelmente tem valor equivalente ao dinheiro ou outra compensação que teria sido necessária para obter esses serviços (...).”

4.18. As opções de compra de ação pelos trabalhadores de uma companhia passaram, então, a compor o sistema de remuneração variável das empresas, ao lado dos sistemas tradicionais.

4.19. Nos EUA, berço das Employee Stock Option, elas são corriqueiramente enumeradas como um dos componentes dos chamados Compensation Packages, que nada mais são que o

conjuntos dos benefícios e vantagens oferecidos aos empregados das companhias como parte da retribuição pela execução de tarefas relacionadas ao trabalho, ao lado do oferecimento de planos de saúde, de férias remuneradas, de planos de aposentadoria, de bônus e comissões.

4.20. No ordenamento jurídico brasileiro, a figura da opção de compra de ações a administradores e empregados da companhia está prevista no § 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404/76, que dispõe:

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.

4.21 Cabe destacar que Comissão de Valores Mobiliários expressa o entendimento de que os pagamentos aos trabalhadores, por meio de opções de compra de ações tem natureza remuneratória. Confira-se:

Deliberação CVM nº 562, de 17 de dezembro de 2008

A PRESIDENTE DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM torna público que o Colegiado, (...) DELIBEROU:

I – aprovar e tornar obrigatório, para as companhias abertas, o Pronunciamento Técnico CPC 10, anexo à presente Deliberação, que trata de Pagamento Baseado em Ações, emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC;

(...)

12. Em geral, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são concedidos aos empregados como parte da remuneração destes, adicionalmente ao salário e outros benefícios concedidos (...) Ao beneficiar empregados com a concessão de ações ou opções de ações adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios adicionais (...)

4.22. Posteriormente à Deliberação CVM nº 562, de 17 de dezembro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários, aprovou o Pronunciamento Técnico CPC 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata de Pagamento Baseado em Ações e/ou Opções de Ações, o qual descreve em seu item 12:

12. Em geral, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são concedidos aos empregados como parte da remuneração destes, adicionalmente ao salário e outros benefícios concedidos. Normalmente não é possível mensurar de forma direta cada componente específico do pacote de remuneração dos empregados, bem como não é possível

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

Resta agora verificar o plano de *Stock Options* praticado pelo Contribuinte, a fim de perquirir acerca de sua natureza - se mercantil ou remuneratória. Dito plano foi assim descrito pelo próprio Contribuinte:

"Plano de opção de compra de ações

Somos uma das primeiras empresas brasileiras a remunerar os executivos com planos de opção de compra de ações, uma prática que adotamos desde 1995. Consequentemente, parte da remuneração variável da nossa administração é feita na forma de opção de compra de ações, gerando comprometimento com o nosso desempenho. Nosso plano de opção de compra de ações foi oficializado e encontra-se disponível no nosso website de relações com investidores desde 2002.

Nosso plano foi instituído com o objetivo de integrar os conselheiros e diretores ao desenvolvimento do Itaú Unibanco Holding de médio e longo prazo. Na assembléia extraordinária dos acionistas realizada no dia 24 de abril de 2009, nossos acionistas incluíram o conselho de administração entre os beneficiários do plano. Isto facilita a participação deles no valor agregado por seu trabalho e dedicação que criaram para as ações que representativas do capital do Itaú Unibanco Holding. Ele foi elaborado para manter os serviços dos membros da administração e obter funcionários altamente capacitados. Cada opção dá a seu detentor o direito a uma ação preferencial. Quando as opções são exercidas, emitimos novas ações ou transferimos ações em tesouraria para o detentor da opção

O plano é administrado por um comitê a ser nomeado pelo conselho de administração para este fim. Este comitê periodicamente aponta os membros da nossa administração a quem as opções de compra de ações devem ser concedidas nas quantidades especificadas. Em circunstâncias excepcionais, as opções de compras de ações podem ser concedidas aos membros da administração das controladas ou a funcionários seniores do Itaú Unibanco ou das empresas acima mencionadas. Nosso

conselho de administração pode modificar as decisões do comitê na primeira reunião subsequente da data em que as opções foram concedidas. Se não for este o caso, as opções concedidas pelo comitê podem ser consideradas confirmadas. O comitê somente pode conceder opções se os lucros forem suficientes para permitir a distribuição do dividendo obrigatório de acordo com a legislação societária brasileira. A quantidade de opções concedidas em qualquer ano dado não pode ultrapassar 0,5% do total de nossas ações no fim do exercício em questão. Se, em um determinado exercício, a quantidade de opções de compra de ações concedidas naquele exercício for inferior ao limite máximo de 0,5% da quantidade total de ações, a diferença poderá ser acrescida às opções concedidas em qualquer um dos sete exercícios seguintes.

As opções têm um prazo de exercício de cinco a dez anos a partir da data de sua emissão; no entanto, somente podem ser exercidas após um período de carência estipulado pelo comitê e fora de determinados períodos de suspensão. O período de carência pode variar, a critério do comitê, de um a cinco anos a partir da data de emissão das opções. Os períodos de suspensão são aqueles em que a CVM proíbe aos conselheiros de negociar ações da sociedade à qual são filiados e nos quais, portanto, não há possibilidade de exercício de opções.

O preço de exercício da opção é determinado pelo comitê à época da concessão e deve ser corrigido até o mês anterior ao exercício da opção. Quando da determinação do preço de exercício, o comitê irá considerar os preços médios de nossas ações preferenciais nos dias em que a BOVESPA estiver aberta para negócios, durante no mínimo um e no máximo três meses antes da emissão da opção sobre ações, a critério do comitê. Um ajuste de até 20% acima ou abaixo do preço médio é permitido.

O plano também estipula que, após o exercício da opção, o acionista pode alienar a metade de suas ações imediatamente, mas somente poderá alienar a outra metade após um prazo de dois anos a contar a data do exercício de sua opção.

Adicionalmente, na assembléia geral extraordinária realizada em 24 de abril de 2009, os acionistas também criaram um novo mecanismo para a concessão de opções aos diretores, de acordo com os critérios estabelecidos pelo comitê e através do uso das ferramentas de avaliação de desempenho e liderança, e desempenho potencial extraordinário. O comitê também pode conceder opções cujo preço de exercício é pago por meio da obrigação do beneficiário de investir, em ações do Itaú Unibanco Holding, 20% da participação líquida nos lucros e resultados que receberam referentes ao ano anterior. Os diretores a quem essas opções foram dadas devem manter a propriedade das ações inalterada e sem ônus de qualquer tipo desde a data em que a opção foi concedida até o seu exercício. Cada ação adquirida segundo esse procedimento dá aos diretores o direito de receber uma opção de compra de ação.

A assembléia geral extraordinária realizada em 24 de abril de 2009 também aprovou a assunção pelo Itaú Unibanco Holding de todos os direitos e obrigações que o Unibanco e a Unibanco

Holdings S.A. tinham sob seus respectivos planos de opção de compra de ações. Depois dessa assunção, as opções detidas pelos executivos para adquirir ações emitidas pelo Unibanco e Unibanco Holdings foram trocadas por opções para adquirir ações do Itaú Unibanco Holding, utilizando a mesma relação de troca adotada para a Associação.

Para mais informações sobre a emissão de nossas opções de compra de ações, consulte o "Item 6B. Remuneração". Para mais informações sobre nossos planos de opção de compra de ações, consulte a Nota 26 as demonstrações financeiras consolidadas." (grifei)

De plano, constata-se que, conforme os trechos em destaque, o próprio Contribuinte declara que o plano de *Stock Option* por ele utilizado constitui remuneração variável, o que é confirmado pelas atas das reuniões do Comitê de Opções do Itaú Unibanco (Comitê de Remuneração, a partir de 20/02/2006), realizadas em 10/03/2003, 16/02/2004, 21/02/2005, 20/02/2006, 14/02/2007, 11/02/2008 e 03/03/2009. Conforme essas atas, o objetivo era deliberar sobre a outorga de opções de compras de ações, aprovadas pela Assembléia Geral (fls. 102 a 130) .

Com efeito, verifica-se que o plano de *Stock Option* aplicado pelo Contribuinte constitui efetivamente vantagem adicional à remuneração fixa, como meio de manter o executivo na empresa (remuneração variável), o que caracteriza que tal plano é oferecido pelo trabalho. Note-se que a prestação de serviços, por um período pré-determinado, é condição para que se usufrua da opção.

Ademais, o plano não era oferecido a todos os trabalhadores, mas apenas a diretores e altos executivos, eleitos pelo Contribuinte, o que reforça a utilização da sistemática para fixar na empresa aqueles que nela interessavam. Acrescente-se que a opção de compra era oferecida em caráter personalíssimo, não negociável ou transferível a terceiros, salvo em casos especiais, como a morte do beneficiário, assim mesmo transmissível apenas por herança.

As operações denominadas Opções de Compra de Ações realizadas entre o Contribuinte e administradores não empregados, no contexto em que ocorreram e considerando-se os objetivos pretendidos pelas partes, possuem características que diferem dos contratos mercantis, já que não visaram lucro mas sim retribuir os dirigentes pelo trabalho prestado. Os beneficiados nada pagaram na data da outorga, como ocorre nos contratos mercantis, razão pela qual não adquiriram o referido direito no momento da concessão. Ao contrário, a Opção de Compra de Ações somente foi obtida após um período de carência em que os beneficiados tiveram que permanecer na empresa, por um período pré-determinado, no desempenho de suas funções, ou seja, trabalhando, até que pudessem adquirir tal direito.

Ressalte-se que a contraprestação dos beneficiados era a permanência na empresa, durante um período posterior à data da outorga (período de carência), exercendo as funções para as quais foram contratados, para só depois adquirirem o direito passível de valoração econômica, que consiste na Opção de Compra de Ações da companhia para a qual trabalharam durante o período de carência, por um preço pré-estabelecido (na data da outorga). Referida outorga de opções de compra de ações, que se concretizou após o período de carência, por sua vez, consistiu na contraprestação de valor econômico oferecida pela empresa.

Portanto, o ato de se outorgar o direito de subscrever-se ações de uma companhia em condições mais convenientes que aquelas oferecidas pelo mercado, em contraprestação à permanência do beneficiário na empresa, caracteriza o cunho remuneratório do Plano de *Stock Options* ora enfocado. Entretanto, quanto ao desdobramento desta conclusão, no que tange à exigência das Contribuições Sociais Previdenciárias objeto da autuação, os limites impostos ao conhecimento do Recurso Especial não permitem adentrar a essa seara.

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento apenas no paradigma que trata de Contribuições Sociais Previdenciárias e, no mérito, dou-lhe provimento, determinando o retorno dos autos à Câmara de Origem, para apreciação das demais questões integrantes do Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo

Declaração de Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Considerando os termos trazidos pela ilustre Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, peço vênica para divergir do seu voto, bem como esclarecer o meu posicionamento a respeito do tema.

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.

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 o nascimento e disseminação de diversas formas de pagamentos indiretos, como é o caso das empresas de premiação, que surgiram como idéias 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 conseqüente 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, afastando o seu nítido caráter contraprestativo sem identificar realmente qual a sua verdadeira natureza, seu propóstio.

Ademais, não é a simples nomenclatura atribuída pelo sujeito passivo 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 se a nomenclatura atribuída a verba confere-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, fornecido a qualquer título.

Quanto a alegação de que não teria caráter remuneratório, pois representaria um risco, na medida que as flutuações de mercado não garantiriam o ganho do trabalhador, quando fosse vender as ações posteriormente, entendo que não seja uma interpretação acertada. Acredito que o aspecto do risco só poderia servir como argumento para que a opção de compra de ações se afastasse da natureza remuneratória, caso estivéssemos falando de um plano de stock options com cobrança de um valor atribuído ao empregado ou contribuinte individual, quando lhe é feita a opção pela compra de ações.

Ou seja, só seria cabível trazer o conceito mercantil de oferta de ações para os casos de stock options ofertados aos trabalhadores nas empresas, se representasse um risco desde a sua concepção. Essa discussão poderia ser suscitada se, já no momento da Outorga do plano, fosse estabelecido um prêmio de adesão ao stock options, valor esse que não seria restituído ao trabalhador sob qualquer aspecto.

Mas, vale destacar que, mesmo que se falasse no estabelecimento desse prêmio de assinatura, ainda assim, far-se-ia necessário averiguar as condições/requisitos para a outorga. No caso, se o plano ofertado promovesse ações com vistas a mitigar o risco, com concessão de empréstimos para pagamento do prêmio de assinatura ou mesmo a possibilidade de ressarcimento sob qualquer forma, já resta caracterizado o nítido caráter salarial, na medida que não existe qualquer risco de perda.

Quando tive a oportunidade de enfrentar a questão, na qualidade de relatora em processo semelhante acórdão n.s 2401003.044, deixei claro meu posicionamento de que, nos planos de stock options devemos não nos ater simplesmente aos elementos conceituais das criação dos stock options (como muito trazido pelos recorrentes para defender possuírem os planos natureza mercantil), mas verificar a forma como as empresa vem se utilizando deste instituto na prática, conferindo-lhes verdadeira forma indireta de remunerar os trabalhadores. Aliás, esse fato foi inclusive trazido na declaração de voto de minha autoria no acórdão recorrido. Vejamos trecho da declaração ali posta:

Primeiramente discordo de trecho trazido pela relatora de que essa turma já se debruçou e firmou convicção nos acordãos acórdãos n.s 2401003.044 e 2401003.045), de que se trataria de típico contrato mercantil. Vejamos trecho do seu voto:

Esta Turma já se debruçou sobre esse tema e já manifestou o seu entendimento de que a aquisição de ações através de planos de stock options tratase, em regra, de típico contrato mercantil, oneroso, em que o trabalhador, embora pretenda obter lucros, poderá amargar prejuízos inerentes ao risco de investir no mercado de ações – não configurando, portanto, base de cálculo das contribuições previdenciárias (acórdãos n.s 2401003.044 e 2401003.045).

A onerosidade do contrato decorre do pagamento, pelo trabalhador, do preço de exercício estipulado. E essa onerosidade está diretamente atrelada ao elemento risco inerente a esse tipo de operação, já que, se não fosse oneroso, a entrega pelo empregador das ações ofertadas ao trabalhador poderia ser caracterizada como remuneração.

De fato, sendo, via de regra, a opção de comprar ações facultativa e onerosa ao beneficiário, que, inclusive, poderá experimentar prejuízos na operação, caso o preço de venda seja inferior ao preço pago pelas ações adquiridas, não é possível caracterizar a aquisição das ações por meio dos contratos de opção de compra de ações como remuneração, já que esta decorre diretamente da prestação de serviço, não estando sujeita a risco, muito menos à opção do trabalhador e pagamento de preço— prestado o serviço, a remuneração deve ser paga pelo contratante.

Na verdade nos citados acordãos, por maioria, entendeu-se que os planos ali ofertados constituiriam sim, salário de contribuição. Contudo, enquanto relatora iniciei meu voto fazendo uma abordagem teórica sobre o tema, indicando que em sua concepção originária os stock options constituiriam contrato mercantil, mas, destaquei, que, é claro que não é a mera nomenclatura elemento suficiente para excluir uma verba do conceito de remuneração; restando naquele caso, demonstrado pela autoridade fiscal,

que o plano de *stock options* possuía sim natureza salarial, posto que no intuito de remunerar indiretamente os trabalhador, já que não ofertava qualquer tipo de risco.

Acrescento além do ponto transcrito pela relatora outros trechos que ajudam a refletir a minha posição apresentada naquele voto:

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.

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.

Outros aspectos, inclusive citados nos acórdãos de minha relatoria, tais como estipulação de valor de ações inferiores aos ofertados ao público, alterações do próprio plano no decorrer de sua implementação, com vistas a tornar vantajosa a sua aquisição em momentos ruins de mercado, a possibilidade de venda das ações sem nem mesmo o implemento de todo o período de carência, dentro muitos outros artifícios para que a outorga de opção de ações represente sempre uma vantagem para o trabalhador, torna claro o caráter eminentemente remuneratório do plano de stock options.

Cito trecho do relatório fiscal que corrobora essa premissa:

No exercício 2008, na Nota Explicativa às Demonstrações Contábeis nº 16 (dezesseis) -Patrimônio Líquido, em seu item "e" - Plano para Outorga de Opções de Ações -1 - ITAÚ HOLDING, verificamos as seguintes informações, reproduzidas literalmente abaixo:

"Visa integrar executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo, prazos, através da outorga de opções de ações, pessoais e intransferíveis, que concedem o direito de subscrição de uma ação do capital autorizado, ou, a critério da administração, de compra de uma ação em tesouraria adquirida para recolocação. Somente podem ser outorgadas opções em exercícios com lucros suficientes para permitir a distribuição do dividendo obrigatório aos acionistas e em quantidade que não ultrapasse o limite de 0,5% (meio por cento) da totalidade das ações possuídas pelos acionistas na data do balanço de encerramento no exercício. Compete ao Comitê de

Remuneração ITAÚ UNIBANCO a definição da quantidade total de opções a serem outorgadas, diretores aos quais serão outorgadas, quantidade destinada a cada um, o prazo de vigência das séries de opções, o "período de carência" e os "períodos de suspensão" para o exercício das opções? Podem ser outorgadas opções a funcionários categorizados do ITAÚ UNIBANCO ou a diretores e funcionários de instituições controladas, desde que justificadas por razões excepcionais e relevantes', e na contratação de pessoas altamente qualificadas.

O preço de exercício de cada série é fixado considerando-se a média dos preços verificados para as ações nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de um a três meses anteriores à data de emissão das opções - facultado, ainda, um ajuste de até 20% para mais ou para menos, no ato da outorga da opção e reajustado, pelo IGP-M, até o mês anterior ao exercício da opção. Conforme prevê o regulamento do Plano, até o presente, nos exercícios das opções outorgadas, foram vendidas ações preferenciais mantidas em tesouraria. Os registros contábeis relativos ao plano ocorrem no exercício das opções, quando o montante recebido relativo ao preço de exercício das opções de ações é refletido no Patrimônio Líquido.

O percentual de diluição de participação dos atuais acionistas, considerando-se o exercício ao final do prazo de carência de todas as opções já outorgadas e ainda não exercidas, seria de 0,10% em 2008, 0,20% em 2009, 0,21% em 2010, 0,25% em 2011, 0,24% em 2012 e 0,26% em 2013."

[...]

A seguir, no item 6E, temos informações sobre o Plano de Opção de Compra de Ações:

■ "6E. Propriedade de AçõesI Plano de Opção de Compra de Ações ' Somos uma das poucas empresas brasileiras a remunerar os executivos com planos de opção de compra de ações desde 1995. Consequentemente, parte da remuneração variável da nossa gerência é feita na forma de opção de compra de ações, gerando comprometimento com o nosso desempenho. Nosso plano de opção de compra de ações, ou o Plano, foi oficializado e encontra-se . disponível no nosso website de relações com investidores desde 2002.

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

5.5 DO PLANO PARA OUTORGA DE OPÇÕES

Da análise do Plano para Outorga de Opções de Ações, aprovado pela Assembléia Geral de 01.11.2002, alterado pelas Assembléias Gerais de 28.04.2004, 27.04.2005 e 26.04.2006 e aprimorado e consolidado pela Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária de 23.04.2008, temos o seguinte:

Objetivo: integrar os executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazo, facultando participarem das valorizações que seu trabalho e dedicação trouxerem para as ações representativas do capital da instituição;

Beneficiários: O Comitê de Nomeação e Remuneração tem a competência para designar os diretores aos quais serão outorgadas as opções, nas quantidades que especificar. As opções serão pessoais e intransferíveis. Adicionalmente, as opções poderão ser outorgadas a diretores de instituições coligadas ou a funcionários categorizados do Itau ou das mencionadas instituições e, também, a pessoas altamente qualificadas no ato de sua contratação para o Itau ou instituições^J controladas;

Quantificação: O Comitê poderá segmentar em séries o lote total de opções a serem outorgadas, estabelecendo as características e condicionamento de cada série, especialmente o preço de exercício, o prazo de vigência e o período de carência das correspondentes opções;

Rateio: O Comitê selecionará os executivos aos quais serão outorgadas e fixará as quantidades de opções de cada série que caberão a cada executivo selecionado. Efetuará as designações e rateios ponderando, a seu exclusivo critério, a performance dos elegíveis no exercício-base, as remunerações já auferidas nesse exercício e avaliações outras que entender aplicáveis;

Preço de Exercício: É o valor que deverá ser pago ao Banco pela subscrição de cada ação, em decorrência do exercício de opção que haja sido outorgada. Para a fixação do preço é considerada a média dos preços verificados para as ações do Banco nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data de emissão das opções, a critério do Comitê, facultado ainda um ajuste de 20% (vinte por cento), para mais ou para menos;

Prazo de Vigência: As opções terão vigência pelo prazo que o Comitê fixar ao outorga-las, ficando automaticamente extintas no término desse prazo. O prazo de vigência de cada série de opções terá início na data em que essa série houver sido emitida e o respectivo término recairá no final de um período que poderá variar entre o mínimo de AE+5 anos e o máximo de AE+10 anos, entendendo-se por AE (Ano da Emissão) o ano civil do calendário durante o qual a emissão houver ocorrido. Terão sua vigência extinta antecipadamente as opções cujos titulares se desligarem ou forem desligados do Banco e deixarem de ter atribuições executivas. As opções de diretores se extinguirão na data em que deixarem o exercício do cargo, seja por renúncia, seja por iniciativa do órgão que os elegeu. Em se tratando de funcionário, a extinção ocorrerá na data em que se rescindir o contrato de trabalho.

Exercício das Opções: Os titulares das opções outorgadas poderão exercê-las subscrevendo as ações a que tiverem direito. As opções só poderão ser exercidas após o decurso de um "período de carência" e fora dos "períodos de suspensão" estabelecidos pelo Comitê;\

Período de Carência: O período de carência de cada série de opções será fixado pelo Comitê ao emití-las, podendo a respectiva duração variar entre os prazos de AE+1 e AE+5 anos, sendo AE o ano civil do calendário durante o qual a emissão houver ocorrido. Esse período se extinguirá antecipadamente se ocorrer o desligamento do diretor em razão de não reeleição, ou se ocorrer o falecimento do titular, caso em que os sucessores poderão exercê-la;

Período de Suspensão: Serão determinados pelo Comitê quando se justificarem, seja para ordenar os trabalhos de subscrição, seja para impedir subscrições nos períodos em que a CVM veda aos diretores negociarem ações da empresa que dirigem;
Disponibilidade das Ações: o titular da opção poderá dispor livremente da metade das ações que houver adquirido através de cada ato de exercício dessa opção. A outra metade ficará indisponível pelo prazo de 2 (dois) anos, contados a partir da data do exercício da opção.

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

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

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

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

Aprovada a outorga de 8.463.500 (oito milhões, quatrocentas e sessenta e três mil e quinhentas) opções de ações, com a designação codificada EP-08/12-15/45,00. O primeiro segmento dessa codificação (EP-08) indica a espécie das ações, EP, Escriturais Preferenciais, seguida da dezena final do ano da outorga da opção: 2008. O segundo segmento (12-15) indica, na primeira dezena, o ano (2012) em cujo último dia termina a carência da opção e, na segunda dezena, o ano (2015) em cujo final vence o prazo para o exercício da opção. O terceiro segmento da codificação (45,00) indica o preço de exercício da opção, que corresponde a 95,5% do valor médio dos preços das ações preferenciais verificados nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de outubro a dezembro/2007.

Primeiramente, no entanto, julgamos necessária 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).

6.1 OPÇÕES DE AÇÕES COMUNS X OPÇÕES DE AÇÕES PARA TRABALHADORES

As Opções de Ações Comuns são operações nas quais é negociado o direito,, de compra de ações de determinada companhia por um preço preestabelecido, direito este que deve ser exercido em um prazo definido. Exemplificativamente, uma companhia cuja ação atualmente tenha valor de mercado de R\$ 70,00 (Setenta reais) pode comercializar opções de compra por R\$ 5,00 (Cinco reais), fixando o preço futuro de suas ações na Bolsa de Valores em R\$ 50,00 (Cinquenta reais), com prazo máximo de exercício de 1 (um) ano. Nesta operação, o comprador (conhecido como titular da opção de compra) deve pagar R\$ 5,00 para ter o direito de comprar as ações da companhia dentro de um ano por R\$ 50,00. Ao término deste prazo, caso a ação esteja valendo, por exemplo, R\$.70,00, o titular pode exercer seu direito de compra por R\$ 50,00, auferindo resultado de R\$ 15,00 (70 - 50 -5). Caso a ação valha menos do que R\$ 50,00, a opção não é exercida, ficando o seu titular com o prejuízo de seu investimento inicial, isto é, R\$ 5,00.

As Opções de Ações Comuns são operações realizadas entre partes iguais, conhecedoras de seus direitos e deveres e a valor de mercado. Entretanto, com algumas modificações, é possível que tais operações sejam realizadas entre uma companhia e seus trabalhadores. Estas operações são denominadas de Opções de Ações para Trabalhadores. A principal modificação é que o trabalhador não paga nada pelo direito de comprar as ações da empresa. Aproveitando o exemplo numérico , acima, a companhia abre mão de receber R\$ 5,00. Ao abrir mão desse valor, esta operação já não é mais a valor de mercado, dado que, em bolsa ou balcão, ela poderia obtê-lo. Mantendo iguais os demais dados do exemplo acima, caso a ação estivesse a R\$ 70,00, o trabalhador poderia exercer a opção, embolsando o valor de R\$ 20,00 (70 - 50). Caso a ação esteja no mercado com valor menor do que R\$ 50,00, a opção não é exercida, mas neste caso, como não pagou nada pelo direito, o trabalhador nada perde. E esta é uma das principais diferenças entre as Opções de Ações Comuns e as Opções de Ações para Trabalhadores. O trabalhador (titular da opção) só corre o risco de ganhar; não corre o risco de perder. Caso a ação esteja abaixo de R\$ 50,00, o trabalhador nada perde; acima, sempre ganha.

Os planos de opções de ações para trabalhadores são opções de compra dadas por uma companhia aos seus trabalhadores como remuneração do trabalho. As ações subjacentes das opções são as da companhia empregadora ou de uma empresa com ela estreitamente relacionada. Além do aspecto de remuneração, as

opções visam também, habitualmente, preparar a participação dos empregados no capital e nos resultados das empresas. Em muitos casos, os que recebem essas opções de ações são membros dos escalões superiores de gestão.

Embora a lógica financeira de base dos planos de opções de ações para trabalhadores seja a mesma que a dos planos de opções de ações comuns, há várias coisas que as tornam especiais. Uma diferença central é o fato de as opções de ações transacionadas publicamente serem habitualmente instrumentos financeiros padronizados. Por outro lado os planos de opções de ações para trabalhadores estão sujeitos a regras que podem ser ajustadas às necessidades específicas da companhia.' Em geral, os planos de opções de ações para trabalhadores não são transacionáveis nem podem ser objeto de cessão por qualquer outra forma. Além das restrições à possibilidade de transferência, o detentor das opções também não está geralmente autorizado a realizar operações que reduzam ou minimizem o risco financeiro da opção (por exemplo, vendendo opções de venda correspondentes). A razão para isto é que as empresas pretendem usar as opções como um incentivo 'para o trabalho e o efeito de incentivo estaria reduzido se os detentores pudessem esquivar-se dos riscos das opções.■'.

A maturidade ou período durante o qual é válido um plano de opções de ações para trabalhadores é geralmente muito mais longo do que o prazo para planos de opções comuns. Além disso, os planos de opções de ações para trabalhadores não permitem, em regra, adquirir os direitos no momento da concessão, ou seja, o empregado não pode exercer a opção imediatamente, antes tem de esperar, em muitos casos, vários anos. Estas regras visam, sobretudo, reforçar a ligação entre a empresa e o trabalhador. O efeito "algemas de ouro" dos planos de opções de ações para trabalhadores é também reforçado por disposições segundo as quais um trabalhador que deixe a empresa contra a vontade dos seus empregadores pode deixar de ter a possibilidade de exercer as suas opções ou de as exercer apenas durante um período limitado e/ou apenas até certo limite.

6.2 DO VÍNCULO ENTRE O TRABALHADOR E A EMPRESA E SEUS REFLEXOS SOBRE AS OPÇÕES DE AÇÕES PARA TRABALHADORES

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.

Instituições financeiras não têm como objetivo 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. As instituições financeiras podem 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 das instituições financeiras 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.

6.4 DA INTEGRAÇÃO DAS OPÇÕES DE AÇÕES PARA TRABALHADORES AO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

Diante de tudo o que foi exposto, e que será relacionado resumidamente a seguir, no caso em análise referente ao sujeito passivo Itaú Unibanco Holding S/A, a outorga de opções de compra de ações para administradores tem caráter salarial, sendo uma espécie de remuneração a longo prazo, devendo integrar o salário de contribuição (base de cálculo) para fins de incidência das contribuições previdenciárias.

Portanto, as opções de ações concedidas aos administradores devem integrar o salário de contribuição pois:

- De acordo com o artigo 6º do Estatuto Social reproduzido anteriormente, compete ao Comitê de Nomeação e Remuneração definir a política de remuneração dos Diretores, compreendendo, entre outros, a outorga de opções de compra de ações, tendo em conta as responsabilidades, o tempo dedicado às funções, a competência e reputação profissional e o valor dos serviços no mercado.*

- A Nota Explicativa nº 15 às Demonstrações Contábeis referentes ao exercício de 2007- Patrimônio Líquido, em seu item "e" - Plano para Outorga de Opções de Ações, reproduzida anteriormente, afirma que a companhia visa integrar seus executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazos, através da outorga de opções de ações, pessoais e intransferíveis, que também podem ser outorgadas a funcionários categorizados do ITAÚ HOLDING ou a diretores e funcionários de instituições controladas, desde que justificadas por razões excepcionais e relevantes, e na contratação de pessoas altamente qualificadas.*

•A Nota Explicativa nº 16 às Demonstrações Contábeis referentes ao exercício de 2008- Patrimônio Líquido, em seu item "e" - Plano para Outorga de Opções de Ações - ITAÚ HOLDING, reproduzida anteriormente, afirma que a companhia visa integrar seus executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazos, através da outorga de opções de ações, pessoais e intransferíveis, que também podem ser outorgadas a funcionários categorizados do ITAÚ UNIBANCO ou a diretores e funcionários de instituições controladas, desde que justificadas por razões excepcionais e relevantes, e na contratação de pessoas altamente qualificadas.

•No Formulário 20-F, item 6B, reproduzido anteriormente, o sujeito passivo categoriza a outorga de opções de compra de ações como honorários do Conselho de Administração e da

•No Formulário 20-F, item 6C, reproduzido anteriormente, o sujeito passivo nos diz que o atual Comitê de Nomeação e Remuneração teve origem no antigo Comitê de Opção de Compra de Ações.

•No Formulário 20-F, item 6E, reproduzido anteriormente, o sujeito passivo afirma ser uma das poucas empresas brasileiras a remunerar os executivos com planos de opções de compra de ações, e, conseqüentemente, parte da remuneração variável é feita na forma de opção de compra de ações, gerando comprometimento com o desempenho da empresa. Afirma ainda que o Plano de Opção de Compra de Ações tem por objetivo reter os serviços dos diretores e obter funcionários altamente capacitados para a companhia.

•Ainda no item 6E do Formulário 20-F, reproduzido anteriormente, o contribuinte utiliza a seguinte expressão "Para mais informações sobre a emissão de nossas opções de compra de ações, consulte o "Item 6B. Remuneração".

•Em resposta aos Termos de Intimação, o contribuinte afirma que o Plano para Outorga de Opções de Ações é um instrumento para atração, estímulo e principalmente a retenção de grandes profissionais que são violentamente disputados pelas grandes empresas.

•O Plano para Outorga de Opções de Ações, com trechos reproduzidos anteriormente, estabelece que o Comitê selecionará os executivos aos quais serão outorgadas e fixará as quantidades de opções de cada série que caberão a cada executivo selecionado e efetuará as designações e rateios ponderando, a seu exclusivo critério, a performance dos elegíveis no exercício-base, as remunerações já auferidas nesse exercício e avaliações outras que entender aplicáveis. Com relação ao período de carência de cada série de opções, ele será fixado pelo Comitê ao emití-las, podendo a respectiva duração variar entre os prazos de AE+1 e AE+5 anos, sendo AE o ano civil do calendário durante o qual a emissão houver ocorrido.

Com relação ao preço de exercício da opção, é facultado um abatimento de 20% sobre o valor calculado com base na métrica definida. Com relação à perda do direito, afirma que terão sua vigência extinta antecipadamente as opções cujos titulares se desligarem ou forem desligados do Banco e deixarem de ter atribuições executivas. As opções de diretores se extinguirão na data em que deixarem o exercício do cargo, seja por renúncia, seja por iniciativa do órgão que os elegeu.

•Na Ata de Reunião do Comitê de Remuneração de 20 de fevereiro de 2006, é definido que a remuneração dos diretores compreende a somatória dos honorários mensais e especiais, as participações semestrais nos lucros, a outorga de opções de compra de ações, a concessão de benefícios de qualquer natureza e as verbas de representações.

•Na Ata de Reunião do Comitê de Nomeação e Remuneração de 11 de fevereiro de 2008 é decidido que a remuneração total dos executivos deve ser composta por quatro elementos: (i) remuneração mensal fixa, (ii) remuneração variável - dinheiro, (iii) remuneração variável - opção, e (iv) benefícios; e que a remuneração em opções deve seguir relação direta à remuneração variável paga em dinheiro, na seguinte proporção: (i) Vice-Presidentes: 85%, (ii) Diretores Executivos: 85%, (iii) Diretores Gerentes: 50%. Afirma ainda que o valor da remuneração originado pelas opções deve ser calculado pela multiplicação da quantidade de opções outorgadas pelo prêmio (valor) da opção, que por sua vez é calculado pela metodologia Black & Scholes.

Verifica-se, portanto, que o próprio sujeito passivo, em diversos documentos, societários e informativos, reconhece o caráter remuneratório que norteia a outorga de opção de ações aos seus diretores, cuja finalidade principal é a retenção de determinados profissionais e a contratação de outros, ao determinar que o Comitê de Remuneração é o órgão responsável pela definição da remuneração dos diretores, inclusive pela outorga de opções, quantificando as opções outorgadas diretamente com o desempenho dos diretores, bem como com a sua reputação profissional, com o valor dos seus serviços e com a performance de cada um dentro do período base.

Além dos fatos mencionados, a outorga de opções de ações deve integrar o salário de contribuição por ser algo concedido aos diretores pelo fato de trabalharem e continuarem trabalhando para o contribuinte (pois, como descrito anteriormente, as opções são extintas caso o diretor deixe o exercício do cargo, seja por renúncia seja por iniciativa do órgão que o elegeu), em função dos serviços que prestaram e como contraprestação a eles, e, ainda, sem custo. Dessa forma, fica afastado o risco de o diretor perder capital com a opção de compra de ações.

Exclui-se, assim, qualquer natureza mercantil dessa operação, pois se verifica que ela possui, integralmente, natureza salarial, remuneratória.

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 os pagamento a desempenho faz com que, nitidamente, o benefício esteja condicionado ao exercício profissional. Não há qualquer prêmio no momento da assinatura da opção que desmonstre qualquer espécie de risco. O risco alegado pela empresa de que no momento que for vender a ação pode ter prejuízo, face as incertezas do mercado não possui qualquer relação com o fato gerador de contribuições ora analisado que nasce do fato da utilidade "ação" fornecida ao trabalho. Ou seja, da titularidade da ação obtida que integra o patrimônio do trabalhador, pois constitui uma forma de remuneração indireta nos termos do art. 22 e 28 da lei 8.212/.

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

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

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;

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 venda das ações no mercado, posteriormente, pode ou não dar ensejo a outro fato gerador, qual seja ganho de capital a ser tributado pela Legislação do Imposto de Renda, mas essa discussão só nasce porque o trabalhador recebeu o direito de ter as ações, ou seja, foi remunerado indiretamente.

Da mesma forma, alegar que o fato de existir cláusula lock up, traduziria uma espécie de risco, também não merece guarida, já que o trabalhador tem um prazo para permanecer com as ações, mas não está obrigado a vendê-las ao fim desse prazo. NA verdade,

é de sua livre escolha, após o prazo estipulado a escolha do momento de mercado mais oportuno para vendê-las. Não há que se falar em qualquer risco.

Assim, ao condicionar a opção de compras de ações a condições relacionadas ao desempenho profissional mais evidente se torna que em momento algum trata-se de plano mercantil, pelo contrário, o plano de *Stock Options* ofertado pelo sujeito passivo, nada mais é do que uma retribuição pelo serviços prestado, possuindo nítida feição salarial, assemelhando-se a concessão a de um mero prêmio, 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 a concessão do benefício.

Conforme já apresentado, não é a nomenclatura que define a natureza, sendo assim, apenas com a apreciação pontual de cada caso submetido a este Conselho é que é possível ter convicção para definir a natureza do plano.

Assim, ao contrário do que interpretou a ilustre relatora, corroboro com as conclusões a que chegou o redator designado, contudo pelos fundamentos descritos acima, de que restou configurada a natureza salarial do plano de *stock options* da empresa autuada.

Conclusão

Face o exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da fazenda nacional

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes

Em que pese o excelente voto da relatora peço vênia para registrar meu entendimento pessoal que corrobora o posicionamento por ela adotado.

A meu ver atualmente o comportamento da Administração Pública face ao conceito de salário de contribuição tem demonstrado uma insistente tentativa de alargamento forçado da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

É estranho acreditar que a Justiça do trabalho com viés nitidamente social e protetivo ao trabalhador, o qual é muitas vezes criticado pela sociedade, desconsidere a natureza remuneratória de uma verba sem elementos legais para tanto.

Dessa forma, o que vemos é que a jurisprudência majoritária dos Tribunais do Trabalho não atribui natureza salarial a stock option, conforme se vê das seguintes ementas:

“*STOCK OPTIONS – INCENTIVO AO EMPREGADO – CARÁTER NÃO SALARIAL. Tratando-se as denominadas stock*

options de incentivo ao empregado no desenvolvimento de seus misteres, condicionado, porém, a regras estabelecidas e não sendo gratuito, visto que sujeito a preço, embora com desconto, tem-se que não guardam tais opções de compra da empresa caráter salarial. Recurso Ordinário obreiro a que se nega provimento, no aspecto” (TRT 2ª Região – 42364200290202002-RO-Ac.20030636234 – 7ª T – Relª Juíza Anélia Li Chum – DOESP 5.12.2003)

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES ("STOCK OPTION"). REMUNERAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Os lucros decorrentes de opções de compra de ações (stock options) não configuram remuneração, nos termos do artigo 457 ou do artigo 458, da Consolidação das Leis do Trabalho. Embora normalmente resultem em acréscimo patrimonial, não visam a remunerar o trabalho, mas a incentivar a obtenção de um melhor desempenho da companhia empregadora, o que as aproxima da participação nos lucros ou resultados. Por outro lado, a aquisição não é obrigatória e, sim, opcional, e as ações são transferidas a título oneroso, o que exclui a hipótese de constituir-se salário-utilidade. Além do mais, tais opções implicam risco para o empregado adquirente, uma vez que as ações adquiridas podem valorizar-se ou desvalorizar-se, circunstância que a distingue do salário "stricto sensu", cujo caráter "forfetário" é conhecido. TRT 15ª Reg. (Campinas/SP), RO 0387-2003-045-15-85-7, (Ac. 31971/07-PATE, 3ªC.), Rel. Juiz Ricardo Regis Laraia. DJSP 13.7.07, p.76)

“STOCK OPTIONS. NATUREZA JURÍDICA. Não se tratando de parcela destinada a contraprestação pelos serviços prestados, os Planos de Opção de Compra de Ações (Stock Option Plan) não ostentam natureza salarial, não integrando a remuneração do empregado nos termos definidos pelos artigos 457 e 458 da CLT. (TRT 15ª Região, RO 02125-2007-109-15-00-2, Ac 80161/08 PATR 1ªC, DOE 05.12.08, p.54, Luiz Antonio Lazarim)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. Compra de ações vinculada ao contrato de trabalho. Stock options. Natureza não salarial. Exame de matéria fática para compreensão das regras de aquisição. Limites da Súmula nº 126/TST. 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 nº 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (TST; AIRR 85740- 33.2009.5.03.0023; Sexta Turma; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 04/02/2011; Pág. 2143)

PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA ARGUIDA EM CONTRA-RAZÕES. I. (...) STOCK OPTION PLANS. NATUREZA SALARIAL. Não se configura a natureza salarial da parcela quando a vantagem percebida está desvinculada da força de trabalho disponibilizada e se insere no poder deliberativo do empregado, não se visualizando as ofensas aos arts. 457 e 458 da CLT. (...). (TST; RR 3273/1998-064-02-00; Quarta Turma; Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen; Julg. 15/03/2006; DJU 31/03/2006)

Este entendimento não nasceu pronto, ele veio sendo construído ao longo do tempo pela doutrina e jurisprudência. Para o desembargador Sérgio Pinto Martins, no plano de 'stock option' o empregado aceita os riscos inerentes ao negócio que lhe é oferecido e às condições contratualmente estabelecidas, pois não há garantia alguma contra perdas decorrentes das flutuações do preço das ações, que são negociadas na Bolsa, o que afasta qualquer natureza salarial:

"Stock option plano. Natureza comercial. 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 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 decisão ainda mais recente o Tribunal Superior do Trabalho no RR-201000-02.2008.5.15.0140, manteve este posicionamento, não entendendo pela natureza remuneratória:

(...)

PLANO DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. INTEGRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. Em que pese a possibilidade da compra e venda de ações decorrer do contrato de trabalho, o trabalhador não possui garantia de obtenção de lucro, podendo este ocorrer ou não, por consequência das variações do mercado acionário, consubstanciando-se em vantagem eminentemente mercantil. Dessa forma, o referido direito não se encontra atrelado à força laboral, pois não possui natureza de contraprestação, não havendo se falar, assim, em natureza salarial. Precedente. Recurso de revista de que não se conhece.

Alegações de que o que é considerado pela Justiça do Trabalho não impactam naquilo que é compreendido pela Fazenda Nacional no momento de tributar o Contribuinte não podem prosperar.

Repiso aqui meu próprio entendimento já registrado no Processo 10680.722449/2010-54, que embora trate de situações bem diversas aproveita na discussão central. Sendo a meu ver inadmissível para a segurança jurídica que o mesmo fato seja considerado de diferentes formas para o Estado ao mesmo tempo, ou seja, que para a Justiça do Trabalho não seja reconhecida natureza remuneratória de uma verba e para a Receita Federal o seja, unicamente com a finalidade de cobrar contribuição previdenciária

O mesmo fato não pode ser considerado de forma distinta quando aplicado sobre a ele a mesma lei. Para cobrar contribuição previdenciária é necessário que seja reconhecida a relação de emprego ou a natureza da verba havida nesta relação, dentro das hipóteses de prestação de serviço previstas em lei que o tomador é o responsável tributário. Nesta seara, a manifestação da Justiça do Trabalho se mostra mais específica, pois é de sua competência o reconhecimento destas relações.

Entendo que vínculo de emprego deve ser vínculo de emprego ou a natureza da verba deve ser a mesma sob as mesmas circunstâncias seja para o direito do trabalho seja para o tributário. Fato é que, em havendo sua comprovação aí sim, gera efeitos reflexos tributários que estão previstos na legislação previdenciária/tributária.

As decisões judiciais que negam natureza salarial as ‘stock options’ fundamentam-se no fato destas operações financeiras serem onerosas, porque os empregados compram as ações da empresa pelo preço ajustado previamente, não as recebendo do empregador a título gratuito (doação), e o ganho financeiro obtido pelos trabalhadores resulta da valorização do valor das ações da empresa no momento da alienação, que ocorre muito após a outorga da opção de compra, não caracterizando, portanto, natureza remuneratória, pois, em que pese a possibilidade da compra e venda de ações decorrer do contrato de trabalho, o trabalhador não possui garantia de obtenção de lucro.

Desse modo, não há que se falar em incidência de Contribuição Previdenciária sobre tais verbas, ainda que se falasse em tributação, a discussão poderia girar em torno do ganho de capital para tributação de imposto de renda pessoa física.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes