



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

Processo nº 16327.721357/2012-24
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-006.628 – 2ª Turma
Sessão de 21 de março de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. *STOCK OPTIONS*. FATO GERADOR DE IMPOSTO DE RENDA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões os conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, determinando o retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões do recurso voluntário, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe negaram provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior – Relator

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patricia da Silva, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Mário Pereira de Pinho Filho (Suplente convocado).

Relatório

Em litígio, o teor do Acórdão nº 2401-003.889, prolatado pela 1ª. Turma Ordinária da 4ª. Câmara da 2ª. Seção deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, na sessão plenária de 11 de fevereiro de 2015 (e-fls. 427 a 452). Ali, por maioria de votos, deu-se provimento ao Recurso Voluntário, na forma de ementa e decisão a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2009 a 31/12/2009

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.

Recurso Voluntário Provido.

Decisão: por maioria de votos, dar provimento ao recurso, por entender que não restou comprovado o caráter remuneratório dos valores pagos aos beneficiários no presente caso, vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que entendeu ter sido demonstrado o caráter remuneratório. Fará declaração de voto de voto a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Enviados os autos à Fazenda Nacional para fins de ciência do Acórdão em 30/04/2015 (e-fl. 453), sua Procuradoria apresentou, em 09/06/2015 (e-fl. 486), Recurso Especial, com fulcro no art. 67 do Anexo II ao Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº. 256, de 22 de julho de 2009 (e-fls. 454 a 485).

Alega-se, no pleito, quanto à matéria admitida, divergência em relação ao decidido: a) pela 1ª Turma Ordinária da 2ª. Câmara da 2ª. Seção deste Conselho, em, no âmbito do Acórdão nº. 2201-002.685, de 11 de fevereiro de 2015 e b) pela 2ª Turma Ordinária da 3ª.

Câmara da 2ª. Seção deste Conselho, em 03/12/2014, no âmbito do Acórdão n.º 2302-003.536, de ementa e decisão a seguir transcritas.

Acórdão 2201-002.685

IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2009

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. FATO GERADOR DE IMPOSTO DE RENDA.

Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações, caracterizam-se como fato gerador de imposto de renda.

FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. MULTA. CABIMENTO.

É cabível a aplicação da multa sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida, conforme dispõe o art. 9º da Lei n.º 10.426/2002, com a redação dada pelo artigo 16 da Lei nº 11.488/2007.

MULTA PELA FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

É legítima a incidência de juros de mora sobre multa, que constitui espécie do gênero crédito tributário.

Decisão: por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros NATHALIA MESQUITA CEIA e GERMAN ALEJANDRO SAN MARTÍN FERNÁNDEZ, que deram provimento integral ao recurso, inclusive relativamente à multa por falta de retenção na fonte e aos juros de mora sobre ela incidentes. O Conselheiro GUSTAVO LIAN HADDAD declarou-se impedido. Fizeram sustentação oral pelo Contribuinte o Dr. Ricardo Krakowiak, OAB/SP 138.192 e pela Fazenda Nacional a Dra. Livia da Silva Queiroz. As Conselheiras NATHALIA MESQUITA CEIA e MARIA HELENA COTTA CARDOZO farão declaração de voto.

Acórdão 2302-003.536

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/03/2008 a 30/06/2008

STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. VANTAGENS OBTIDAS NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA REMUNERATÓRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

As vantagens econômicas oferecidas aos empregados da empresa na aquisição de lotes de ações próprias, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas

ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando, portanto, natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição - base de cálculo das contribuições previdenciárias.

AUTO DE INFRAÇÃO. CFL 68. ART. 32, IV, DA LEI Nº 8.212/91.

Constitui infração às disposições inscritas no inciso IV do art. 32 da Lei nº 8.212/91 a entrega de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, seja em relação às bases de cálculo, seja em relação às informações que alterem o valor das contribuições, ou do valor que seria devido se não houvesse isenção (Entidade Beneficente) ou substituição (SIMPLES, Clube de Futebol, produção rural), sujeitando o infrator à multa prevista na legislação previdenciária.

AUTO DE INFRAÇÃO. GFIP. CFL 68. ART. 32-A DA LEI Nº 8.212/91. RETROATIVIDADE BENIGNA.

As multas decorrentes de entrega de GFIP com incorreções ou omissões foram alteradas pela Medida Provisória nº 449/2008, a qual fez acrescentar o art. 32-A à Lei nº 8.212/91. Incidência da retroatividade benigna encartada no art. 106, II, c', do CTN, sempre que a norma posterior cominar ao infrator penalidade menos severa que aquela prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração autuada.

AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE PELO DESCUMPRIMENTO. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

As multas decorrentes do descumprimento de obrigação tributária principal foram alteradas pela Medida Provisória nº 449/2008, a qual deu nova redação ao art. 35 e fez acrescentar o art. 35-A à Lei nº 8.212/91. Na hipótese de lançamento de ofício, por representar a novel legislação encartada no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, inserida pela MP nº 449/2008, um tratamento mais gravoso ao sujeito passivo do que aquele previsto no inciso II do art. 35 da Lei nº 8.212/91, inexistindo, antes do ajuizamento da respectiva execução fiscal, hipótese de a legislação superveniente impor multa mais branda que aquela revogada, sempre incidirá ao caso o princípio tempus regit actum, devendo ser aplicada em cada competência a legislação pertinente à multa por descumprimento de obrigação principal vigente à data de ocorrência do fato gerador não adimplido, observado o limite máximo de 75%, salvo nos casos de sonegação, fraude ou conluio.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA FISCAL PUNITIVA. TAXA SELIC.

É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário consolidado.

Precedentes do STJ: REsp 1.129.990-PR, DJe 14/9/2009; REsp 834.681-MG, DJe 02/06/2010 e REsp 879.844/MG, DJe de 25/11/2009, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC. Recurso Voluntário Provido em Parte

Decisão: por maioria de votos em negar provimento ao recurso voluntário quanto ao mérito do lançamento, porque as vantagens econômicas oferecidas aos empregados na aquisição de lotes de ações da empresa, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição – base de cálculo das contribuições previdenciárias. Vencidos na votação os Conselheiros Leo Meirelles do Amaral e Juliana Campos de Carvalho Cruz, que votaram pelo provimento do recurso. O Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes acompanhou pelas conclusões. A conselheira Juliana Campos de Carvalho Cruz fará Declaração de Voto.

Por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário do Auto de Infração de Obrigação Acessória nº 37.308.861-2, CFL 68, devendo a multa aplicada ser recalculada, tomando-se em consideração as disposições inscritas no inciso I do art. 32-A da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, se e somente se o valor multa assim calculado se mostrar menos gravoso ao Recorrente, em atenção ao princípio da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, 'c', do CTN.

Por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para que as multas aplicadas mediante os Autos de Infração de Obrigação Principal nº 37.308.862-0 e 37.308.863-9 sejam recalculadas, considerando as disposições do art. 35, II, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99, para o período anterior à entrada em vigor da Medida Provisória nº 449/2008, ou seja, até a competência 11/2008.

Após defender a existência de divergência interpretativa, caracterizada pela similitude de situações fáticas e soluções diametralmente opostas, em linhas gerais, argumenta a Fazenda Nacional em sua demanda que:

a) Com os novos tempos de globalização e concorrência cada vez mais acirrada, as empresas têm continuamente buscado mecanismos para atração e manutenção de bons profissionais em seu quadro, pois, deles depende o sucesso da atividade empresarial. Nesse diapasão, inúmeras são as empresas nacionais e multinacionais que oferecem uma variada gama de benefícios aos seus empregados e prestadores como forma de se tornarem mais competitivas. Os planos de opção de compra de ações ou *Stock Options* são uma dessas ferramentas encontradas pelas empresas. Historicamente, trata-se de instituto que surgiu nos Estados Unidos na década de 50, expandindo-se em outras partes do mundo no auge dos anos 90. Por meio desses planos de compra de ações, as companhias conferem a seus empregados e executivos de alto nível o direito de comprar lotes de ações por um preço fixo dentro de um prazo determinado. A empresa confere ao seu empregado ou executivo beneficiário o direito

de, num determinado prazo, subscrever ações da companhia, a um preço determinado ou determinável, segundo critérios estabelecidos por ocasião da outorga, através de um plano previamente aprovado pela assembléia geral. 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. 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 conjunto 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;

b) Em nosso ordenamento jurídico, entende-se que a figura da opção de compra de ações está positivada no § 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404, de 1976. Observe-se que o referido dispositivo legal não adota a terminologia específica de *Stock Options*, dando apenas algumas diretrizes sobre a sua instituição no âmbito da empresa;

c) Um aspecto que merece especial atenção quando se está tratando das *Stock Options* para empregados e administradores diz respeito ao dimensionamento do elemento risco, supostamente envolvido nas outorgas de opção de compras. Nessa seara, é de suma importância a percepção de que, no universo das pessoas comumente agraciadas com *Stock Options*, não estamos tratando de empregados padrão, aqueles tipicamente protegidos pela CLT, em virtude de sua hipossuficiência, subordinação e ausência de poderes de decisão quanto aos rumos da empresa, mas de diretores e executivos de alto nível, envolvidos nas decisões cotidianas que podem determinar o sucesso ou a ruína das companhias para as quais prestam seus serviços. O grau de comprometimento de tais executivos com o sucesso do empreendimento é infinitas vezes maior que o dos demais empregados e colaboradores, assim como são infinitamente maiores suas recompensas em razão dos ganhos da empresa. É da maior significância para as grandes empresas que tais executivos tenham seus interesses alinhados aos interesses da companhia e de seus acionistas para que esse binômio (comprometimento X recompensas) mantenha-se sempre em perfeito funcionamento;

d) Os beneficiários que adquirem ações no bojo de um plano de *Stock Options* não são, assim, meros investidores com os quais a companhia faz negócios em condições favorecidas, mas administradores e executivos de fundamental importância para o sucesso dos negócios, cujo grau de comprometimento com o futuro da empresa deve ser sempre alimentado, sendo as *Stock Options* um dos mais eficientes instrumentos nesse mister. Esse é o contexto em que o risco envolvido nas políticas de remuneração baseada em ações deve ser entendido, e não o do mero risco mercantil, de quem adquire ações em mercado de balcão ou em bolsa de valores. Imaginar uma política remuneratória baseada em ações desvinculada dos riscos da flutuação dos valores das ações, *data venia*, simplesmente não é possível. O risco de flutuação do valor das ações, na verdade, é desejado e conhecido por todos os agentes envolvidos em uma política remuneratória dessa natureza, pois ele atua como fator de alinhamento entre os interesses da empresa, dos acionistas e dos beneficiários contemplados com as opções de compra de ações. E esse risco, não se perca de vista, é um risco muito bem dimensionado pela empresa e pelos beneficiários dos planos de *Stock Options*, não podendo, até por ser imanente à política remuneratória baseada em ações, ser um elemento de descaracterização de sua natureza de remuneração. Como já demonstrado pela fiscalização as *Stock Options* são um dos componentes da remuneração variável dos administradores e executivos beneficiários, sendo a possibilidade de não percepção ou de percepção em patamares menores que os esperados algo intrínseco a esse tipo de remuneração;

e) No ano de 2002, a autuada aprovou em Assembléia Geral seu Plano para Outorga de Opções de Ações, com o objetivo “de integrar 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”. O Plano é administrado pelo Comitê de Nomeação e Remuneração, a quem compete designar periodicamente os diretores aos quais serão outorgadas as opções, nas quantidades que especificar. O Plano não era, assim, estendido a todos os trabalhadores indistintamente, mas apenas àqueles considerados elegíveis pela empresa. Dessa feita, apenas diretores determinados nominalmente pela companhia poderiam auferir a vantagem. A concessão das opções de ação possui, assim, um caráter discricionário e retributivo, vinculado ao desempenho do profissional da empresa. Há, portanto, retribuição pela prestação de serviço.

f) A propósito do citado Comitê de Nomeação e Remuneração, merece destaque a previsão contida no Estatuto Social da instituição financeira recorrente de que àquele comitê competia “definir a política de remuneração dos Diretores, compreendendo o rateio da verba global e anual fixada pela Assembléia Geral, o pagamento da participação nos lucros (item 4.2), a outorga de opções de compra de ações (item 3.2) e a concessão de benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta as responsabilidades, o tempo dedicado às funções, a competência e a reputação profissional e o valor dos serviços no Mercado. (...)” defluindo-se daí que a visão institucional do próprio recorrido a respeito da natureza dos planos que oferta a seus executivos é a de que as opções de compra são um componente da remuneração dos diretores. Ainda nos termos do Plano, as opções outorgadas aos diretores beneficiários são pessoais e intransferíveis. Não há, dessa feita, possibilidade de que os executivos negociem as opções recebidas, como acontece com as *Stock Options* tipicamente mercantis, que são cotidianamente negociadas no chamado mercado de opções, daí sendo de se rejeitar seu caráter mercantil, ressaltando-se, ainda que não eram objeto de compra e venda entre a companhia e os executivos beneficiários, sendo-lhes graciosamente outorgadas, o que também atua para se afaste seu caráter mercantil;

g) Cita, ainda, a cláusula 5.2 do Plano de Compra de Ações, afirmando que a mera leitura da referida cláusula nos permite afirmar que as *Stock Options* estão diretamente vinculadas ao trabalho prestado pelo diretor para a empresa, sendo determinante na fixação da quantidade de opções a serem distribuídas a performance do executivo no ano de emissão da opção. variações do mercado de ações. Por meio de sua interpretação, pode-se seguramente afastar qualquer pretensão de se atribuir ao plano de opção de compras a natureza de um contrato mercantil. Seus ditames, ao contrário, refletem o compromisso da empresa de implementar a parcela da remuneração variável acordada sob o manto do contrato de opção de compra de ações. Finalmente, merece registro o fato de que, nos termos da cláusula 10.1. do Plano, metade das ações adquiridas pelos diretores mediante exercício das respectivas opções poderá ser livremente alienada pelo beneficiário. Todos esses elementos, se levados em consideração em seu conjunto, apontam claramente para a existência de uma política de remuneração diferida dos executivos beneficiários;

h) Ainda, de acordo com a cláusula 7.2 do Plano, se qualquer titular da opção se desligar ou for desligado da companhia, as opções terão sua vigência extinta. Assim, 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. Consoante a cláusula 9.2 do citado Plano, está estabelecido que quando se “verificar que o patamar das cotações das ações se desviou para níveis conflitantes com as finalidades deste Plano, o Comitê deliberará os mencionados ajustes quantitativos e os executará após obterem homologação pelo

Conselho de Administração”. Tal disposição, reflete verdadeira autorização para que a empresa intervenha nos parâmetros das opções já outorgadas, alterando inclusive os valores de exercícios, sempre que as condições de mercado, por exemplo, empurrem para baixo o valor das ações, retirando dos beneficiários o interesse em exercer as opções. Nos termos da cláusula em comento, é dado à empresa, com o fito de manter a finalidade do plano, rever para menos o valor de exercício das opções, de forma a garantir que os ganhos dos diretores beneficiários se implementem. A cláusula em comento é sintomática da existência de uma política de remuneração e de atuação voltada à eliminação de potenciais riscos quanto às variações do mercado de ações. Por meio de sua interpretação, pode-se seguramente afastar qualquer pretensão de se atribuir ao plano de opção de compras a natureza de um contrato mercantil. Seus ditames, ao contrário, refletem o compromisso da empresa de implementar a parcela da remuneração variável acordada sob o manto do contrato de opção de compra de ações;

i) Finalmente, merece registro o fato de que, nos termos da cláusula 10.1 do Plano, metade das ações adquiridas pelos diretores mediante exercício das respectivas opções poderá ser livremente alienada pelo beneficiário. Todos esses elementos, se levados em consideração em seu conjunto, apontam claramente para a existência de uma política de remuneração diferida dos executivos beneficiários;

j) E nesse ponto, não se perca de vista que, consoante a norma do art. 22, III, da Lei nº 8.212, de 24 de junho de 1991, no caso de contribuintes individuais, todos os valores pagos no mês, não importa a que título, são remuneração. Em comparação com a norma do inciso I, que cuida do segurado empregado e que está sob os auspícios da minuciosa regulamentação da CLT, essa norma do inciso III, que é destinada a avenças de cunho civil, tem dicção propositadamente ampla, dada a maior liberdade de contratação que existe nesses casos e que poderia gerar manobras de toda sorte com o intuito de disfarçar a retribuição à prestação de serviços. Com efeito, tratando-se de contribuintes individuais, o conceito de remuneração tem contornos ampliados, alcançando quaisquer importâncias pagas pelo empregador, sem importar a forma de retribuição ou o título. Configura remuneração qualquer vantagem econômica acrescida ao patrimônio do trabalhador decorrente da relação laboral. No caso, dissecando a hipótese de incidência da contribuição previdenciária do inciso III, temos que todos os seus elementos estão presentes, na medida em que: a) temos contribuintes individuais (diretores não empregados) b) recebendo pagamento por parte da empresa via alienação de ações a preços subsidiados, c) em decorrência do trabalho prestado, pois é condição de fruição da *Stock Option* que o beneficiário esteja prestando trabalho. A razão dessa promessa de alienação de ações, *data venia*, é a contraprestação do trabalho do beneficiado. As *Stock Options* para empregados não são outorgadas aos beneficiários em contrapartida do recebimento de um prêmio, como no caso das *Stock Options* mercantis, mas em contrapartida ao trabalho que tais beneficiários prestam e prestarão para a companhia. Todos os elementos acima mencionados, além de outros citados no relatório fiscal, conduzem à insofismável conclusão de que, de fato, as vantagens patrimoniais conferidas aos executivos da companhia por meio das *Stock Options* possuem natureza de remuneração. Trata-se de retribuição econômica em decorrência do trabalho prestado, que, por consequência, deve sofrer os efeitos fiscais previstos na legislação tributária;

k) A questão do “risco”, insistentemente levantada pelo acórdão recorrido, que defende que a opção de compra é um investimento, porquanto quando o beneficiário for vender as ações elas podem ter-se desvalorizado configura um claro desvio de perspectiva na análise da matéria, pois a remuneração dos beneficiários não advém da revenda das ações no mercado. A remuneração se dá no momento da aquisição das ações com deságio. É nesse

momento que se dá a incidência da norma previdenciária, sendo irrelevantes fatos posteriores a esse evento, ao menos para fins previdenciários. Não há que se cogitar a lógica levantada no acórdão recorrido, porquanto só haveria remuneração se e quando o empregado gastasse o salário recebido ou quando ele liquidasse o salário *in natura*, do que obviamente não se pode cogitar. Ou alguém imagina que, se uma empresa vender uma casa a seu diretor por um preço subsidiado, a remuneração somente se dará quando esse diretor vender a casa? Se a casa adquirida em condições favorecidas for destruída em virtude de um terremoto, será possível dizer que a remuneração não ocorreu? Por óbvio, a resposta a tais questionamento é negativa, na medida em que o fato gerador da obrigação tributária previdenciária simplesmente não se desfaz em virtude do destino dado à remuneração pelo empregado ou pelo contribuinte individual;

l) Quando se fala em opção de compra de ações, há que se fazer uma separação entre as relações jurídicas existentes. A relação jurídica que se dá entre o empregador e o trabalhador vai apenas até o momento em que esse exerce o direito recebido de comprar ações. Nessa relação, não há que se falar em risco. A segunda relação, que se verifica entre o trabalhador e o mercado, não contamina a relação empresa-trabalhador e os riscos dela advindos, notadamente o de desvalorização das ações, não interferem na realização do fato gerador) Eventual ganho por parte do beneficiário na revenda dessas ações no mercado dará origem a outro evento jurídico-tributário, que será a existência de um ganho de capital pela pessoa física também passível de tributação, mas que em nada interfere no fato prévio de que a companhia remunerou seus diretores por meio das *Stock Options*;

m) Por outro lado, deve-se destacar que, nem sob a perspectiva defendida pelo acórdão recorrido, há risco verdadeiro. Ora, como o beneficiário não paga pela opção, nem é obrigado a exercê-la, o seu único risco ao celebrar o contrato é o de não ganhar nada, jamais de perder alguma coisa. Aliás, registra-se que, no caso concreto, o Plano não traz qualquer tipo de óbice à imediata venda de metade das ações adquiridas pelos beneficiários, que estão, portanto, livres para liquidar o direito adquirido e realizar a diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado das ações. As *Stock Options* para empregados e administradores, portanto, não são contrato mercantil, são política de remuneração variável. O empresário introduz no contrato de trabalho uma parte variável da remuneração, determinada pela entrega de ações da empresa a preço subsidiado. Essa concessão é concebida como um modelo de retribuição variável, baseada em parâmetros objetivos. Dessa maneira, tem-se que as *Stock Options* nada mais são que retribuição econômica em decorrência do trabalho prestado, que, por consequência, deve sofrer os efeitos fiscais previstos na legislação tributária;

n) Quanto ao argumento de que não há renda realizada, convém lembrar que as *Stock Options* configuram verdadeiro salário utilidade, não se demandando que os beneficiários revendam o bem recebido para que se cogite de remuneração. O mero recebimento de um bem, que tem um valor plenamente determinável, a título gratuito, já configura acréscimo patrimonial para o beneficiário passível de tributação;

o) Finalmente, convém apenas registrar que os julgados da Justiça do Trabalho que afastam a natureza salarial das *Stock Options* não podem servir de fundamento para a pretensão da recorrente, uma vez que ali se está tratando do conceito de salário dentro do contexto do contrato de trabalho, que é típico e detalhadamente regulamentado pela CLT. Nas decisões da Justiça Laboral, não se leva em conta o contexto jurídico das contribuições previdenciárias, em que a intenção do próprio legislador constitucional é a mais ampla possível, abarcando não apenas o salário regulado pela CLT e tutelado pela justiça trabalhista,

mas todos os rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física, mesmo sem vínculo empregatício. Destarte, de todo o exposto, é possível afirmar que as *Stock Options* são oferecidas como vantagem adicional à remuneração básica, como um atrativo para que os executivos trabalhem e continuem trabalhando na companhia, quer dizer, são oferecidas pelo trabalho.

p) Por fim, colaciona jurisprudência desta CARF, onde entende haver decisão consoante seu posicionamento, ressaltando os diversos elementos de semelhança com o processo que ora se analisa, tais como: (i) o cancelamento de programas já ofertados em função de as condições de mercado terem deixado o valor de exercício acima do valor de mercado das ações, (ii) a concessão de opções em que o valor de exercício apresentava-se muito abaixo do valor de mercado das ações na época da outorga, (iii) a inexistência de pagamento pela opção de compra, que era graciosamente concedida aos beneficiários, entre outros.

Assim, requer seja conhecido e provido o presente Recurso Especial, para para que seja reconhecida a natureza remuneratória das *Stock Options*, cancele-se, por decorrência lógica, o acórdão recorrido, a fim de que a Turma *a quo* prossiga no julgamento dos demais pontos de insurgência.

O pleito fazendário restou regularmente admitido, na forma de despacho de e-fls. 488 a 496.

Após a ciência da autuada em 06/12/2016 (e-fl. 505), esta apresentou contrarrazões de e-fls. 507 a 541 e anexos, onde alega que:

a) Quanto ao conhecimento do Recurso Especial:

a.1) Quanto à possibilidade de utilização do primeiro paradigma (Acórdão 2201-002.685) para fins de caracterização de divergência jurisprudencial, relembra que, no âmbito do processo paradigmático, o único motivo pelo qual o Recurso Especial interposto pela ora Recorrida teve seu seguimento negado foi o fato do acórdão recorrido naquele processo (Acórdão nº 2201-002.685 indicado como paradigma pela Fazenda no presente caso) tratar da exigência de multa isolada pelo não recolhimento de IRRF e os acórdãos indicados como paradigmas (entre os quais o Acórdão nº 2401-003.889 contra o qual a Fazenda interpõe o presente recurso especial) tratarem da exigência da Contribuição sobre Folha de Salário.

Em demonstração de sua boa fé, desde logo esclarece a Recorrida que a seu ver é irrelevante no caso o fato de o acórdão recorrido tratar das contribuições previdenciárias e o paradigma de multa isolada de IRRF, pois no caso a matéria de fundo discutida em ambos é a mesma, razão pela qual em face do despacho proferido no processo nº 16327.720085/2013-26 a ora Recorrida impetrou o mandado de segurança nº 1009212-86.2016.4.01.3400, nos autos do qual foi concedida medida liminar para que fosse dado seguimento ao recurso especial da ora Recorrida também quanto ao "*momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda nas operações de Stock Options*" e à "*não ocorrência do fato gerador do imposto de renda nas operações de Stock Options*", matéria esta que constitui objeto do recurso especial agora interposto pela Fazenda.

Todavia, não é juridicamente nem logicamente concebível que seja, por um lado, negado seguimento ao recurso especial da ora Recorrida contra acórdão pertinente a multa isolada de IRRF (Acórdão nº 2201-002.685) no qual foi invocado como paradigma acórdão relativo a Contribuição sobre Folha de Salário (Acórdão nº 2401-003.889 proferido no

caso concreto) pelo simples motivo das decisões tratarem de tributos diversos, e, por outro lado, seja dado seguimento ao recurso especial da Fazenda interposto contra o Acórdão nº 2401-003.889 proferido no caso concreto no qual foi indicado como paradigma o Acórdão nº 2201-002.685 (sendo portanto exatamente os mesmos dois acórdãos que ocupam, nos referidos recursos, as respectivas posições de acórdão recorrido ou de acórdão paradigma).

a.2) Já quanto à possibilidade de conhecimento do Recurso com fulcro no segundo paradigma, alega a recorrente que muito embora a Recorrente tenha transcrito a ementa (fls. 464/467) e trechos do voto condutor (fls. 467/469) do Acórdão nº 2302-003.536, nenhum ponto das passagens transcritas evidencia a sua afirmação de que *"neste paradigma os planos ofertados também tinham o preço de exercício da opção de compra das ações determinado pela média dos preços das ações nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, além da fixação de um prazo para a venda das ações adquiridas"*.

Na verdade, "data máxima venia" a leitura do inteiro teor do Acórdão nº 2302-003.536 evidencia justamente o oposto do que é alegado pela Recorrente. Com efeito, muito embora afirme a Recorrente que na situação examinada no acórdão apontado como paradigma *"os planos ofertados também tinham o preço de exercício da opção de compra das ações determinado pela média dos preços das ações nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo"*, a única informação que dele realmente consta a respeito da determinação do preço de exercício da opção é a de que *"O "valor da Contribuição para Aquisição" tem valor certo e ajustado no contrato, o qual é acrescido de juros e correção monetária"* (p. 22 do acórdão), não havendo nenhuma afirmação no acórdão indicado como paradigma de que tal *"valor certo e ajustado no contrato"* teria por base a média do preço das ações nos pregões da Bovespa, o que de fato ocorre no caso concreto, em que, como reconhece o v. acórdão recorrido, tal preço é *"determinado pela média dos preços das ações nos prenos da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data das opções (...) devidamente reajustado até o mês anterior ao do exercício da opção pelo IGPW* (fl. 442, destaques.

Da mesma forma, muito embora a Recorrente afirme que na situação examinada no acórdão apontado como paradigma existiria a *"fixação de um prazo para a venda das ações adquiridas"*, a única informação que dele realmente consta a respeito da posterior venda das ações adquiridas é a de que *"o beneficiário só poderá ceder, transferir de qualquer forma ou alienar as ações, bem como bonificações, desdobramentos, subscrições e outros direitos dela decorrentes, após a entrega efetiva das ações"* (p. 22 do acórdão), não havendo em todo o texto do acórdão apontado como paradigma sequer uma sugestão de que as ações adquiridas ficariam indisponíveis para venda por algum tempo, como efetivamente ocorre no caso concreto e foi atestado no acórdão recorrido.

Dessa forma, "data máxima venia" a Recorrente também não logrou êxito em demonstrar similitude fática entre as situações tratadas no v. acórdão recorrido e no segundo acórdão indicado como paradigma, o que impõe o não seguimento do recurso especial interposto pela Fazenda.

b) Quanto ao mérito:

b.1) Inicialmente alega que, especificamente, no caso concreto, em razão das peculiaridades do plano de outorga de opções de compra de ações mantido pela recorrida, os valores au tuados jamais poderiam ser tidos como remuneração dos beneficiários do plano. Cita o art. artigo 168, da Lei nº. 6.404, de 1976, e o constante no artigo 3º. do Estatuto Social da

Recorrida, com características que por si só tornam absolutamente impossível pretender assimilar a diferença entre o preço de exercício da ação na data de vencimento do prazo de carência e o valor de mercado da ação a uma remuneração sujeita à incidência de contribuição previdenciária, como pretendido pelo ilustre fiscal autuante e pela Recorrente;

b) Com efeito, inicialmente é de se ter em mente que não se trata no caso de opções pelas quais decorrido certo período de tempo o beneficiário pode gratuitamente "adquirir" determinadas ações. No caso concreto, para exercício da opção o beneficiário deve pagar pelas ações a serem adquiridas um preço que corresponde à média do preço de venda das ações no período imediatamente antecedente à outorga das opções, e ainda corrigido pelo IGP-M. Por outro lado, nos termos da cláusula 7.2 do plano mesmo após o decurso do prazo de carência caso não exercida a opção de compra pelo beneficiário sua vigência poderá a qualquer momento ser extinta em caso de desligamento, inclusive no caso de renúncia do cargo de diretor ou não reeleição;

c) Tendo em vista o disposto nos próprios artigos 125 do Código Civil e 114, 116, inciso II e 117, inciso I do CTN, como se pretender ver auferida uma remuneração pelo simples fato de o beneficiário ter tido em um determinado momento a possibilidade de comprar (pagar) ações, se mesmo esta possibilidade (que pode ou não lhe gerar rendimentos no futuro) é absolutamente precária enquanto não exercida? Ou ainda, como se pretender dizer que a "remuneração" apurada pelo ilustre fiscal autuante é decorrente de trabalho prestado se em caso de falecimento no dia seguinte à outorga da opção de compra ela já pode imediatamente ou por todo o seu prazo de vigência ser exercida pelos herdeiros? E mais, como se pretender vislumbrar automaticamente na data de vencimento do prazo de carência uma disponibilidade de renda, se mesmo vencido aquele prazo muitas vezes pode estar vedado o exercício da opção de compra em face dos "períodos de suspensão" previstos ?;

d) Por outro lado, tendo em vista a obrigatoriedade de comunicação prévia com antecedência de 48 horas ao efetivo exercício das opções, e considerando as grandes oscilações de mercado, resta novamente evidenciado o caráter aleatório do possível ganho que virá a ser auferido pelo beneficiário, sujeito às oscilações de mercado;

e) Cita que, conforme cláusula 10 do plano, uma vez exercida a opção de compra o beneficiário somente pode dispor livremente de metade das ações adquiridas, ficando a outra metade indisponível pelo prazo de 02 (dois) anos. As consequências desta restrição são duas. De um lado, e tendo em vista a fundamentação invocada pelo próprio fiscal autuante quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, à luz do disposto nos artigos 125 do Código Civil e 114, 116, inciso II e 117, inciso I do CTN, já se verifica o absurdo de se pretender considerar como rendimento do beneficiário na data do vencimento do prazo de carência a diferença entre o preço do exercício e o preço de mercado da totalidade das opções que podem ser exercidas. Em segundo lugar, e principalmente, mesmo se fosse possível considerar como remuneração eventual diferença positiva quanto à parcela imediatamente disponível (o que já se demonstrou acima não ser o caso), no caso é condição para sua aferição a aquisição de igual quantidade de ações sobre as quais o beneficiário somente terá disponibilidade dois anos depois, o que poderá acabar obrigando o beneficiário a auferir um prejuízo real (se o valor da ação estiver inferior ao valor de aquisição) que poderá ser inclusive superior à diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado na data do exercício ou na data do vencimento do prazo de carência. Ora, como se pode pretender tratar como remuneração algo que pode gerar real prejuízo para o beneficiário, e ainda sem sequer se verificar se de fato a opção de compra foi ou não exercida e em que termos ? Vale salientar que tal possibilidade não se trata

absolutamente de hipótese cerebrina, sobretudo em tempos atuais de grandes crises mundiais e turbulência no mercado de ações. Tanto assim é que, a ocorrência dessa situação foi confirmada pela empresa de auditoria KPMG em Termo de Constatação efetuado especificamente para a Recorrida com base em dados referentes ao valor de mercado das ações por ela oferecidas e as outorgas feitas (juntado aos autos em petição datada de 25.11.2014), no qual se constatou a ocorrência de situação em que o exercício da opção e a venda das ações nas datas permitidas pelo plano geraria efetivo prejuízo para o "beneficiário", e, também, a ocorrência de situação em que durante todo o período de exercício da opção ela estaria "out of the money" impossibilitando o efetivo exercício;

f) Como constatado pela KPMG, o Plano para Outorga de Opções de Ações mantido pela Recorrida expõe seus funcionários a duplo risco: um, de que passado o período de carência (*vesting period*) da opção ela jamais possa ser exercida caso durante todo o prazo de exercício e fique *out of the money*; outro, de que mesmo quando exercida por estar *in the money*, o bloqueio por dois anos de metade das ações para a venda termine por resultar em perda de capital para o funcionário.

g) Salienta que as alegações da Recorrida e conclusões da KPMG sintetizadas no item II.2. acima foram integralmente acolhidas pelo v. acórdão recorrido. Sustenta que o fato do Plano mantido pela Recorrida não ser "*estendido a todos os trabalhadores indistintamente, mas apenas àqueles considerados elegíveis pela empresa*" lhe daria suposto caráter de "*retribuição pela prestação de serviço*" só faz sentido caso se parta da premissa, como faz a Recorrente, de que todo e qualquer plano de opções de compra de ações tenha, por sua natureza, caráter remuneratório, por ser da própria índole dos planos de opções de compra de ações seu direcionamento a apenas alguns funcionários da empresa, "*caráter discricionário*" previsto na própria Lei das S.A. no § 3º do seu artigo 168. Mesmo nas decisões em que este CARF tem concluído pelo caráter remuneratório de determinado plano, assim o fez porque embora reconheça a ausência da natureza remuneratória em si dos planos de opções de compra de ações, entendeu que o caráter remuneratório decorria naqueles casos do desvirtuamento do plano;

h) Quanto à Cláusula 5.2: Como se vê, muito embora dos diversos elementos considerados pelo Comitê no momento de definir a quais executivos serão outorgadas opções faça parte sua performance, o item 5.2 deixa bem claro que se trata da performance "*no exercício base*", ou seja, no próprio exercício em que ocorrer a outorga. Nesse contexto, sendo da natureza de todo e qualquer plano de *stock option* que a empresa, no momento em que deliberar sobre a outorga das opções, leve em conta fundamentalmente a performance de seus funcionários, pois tem o plano por finalidade manutenção dos bons profissionais e é natural que toda empresa deseje manter os profissionais que apresentem boa performance, é óbvio que justamente para concretizar tal finalidade a empresa deve escolher como beneficiários da outorga os funcionários de alta performance, e, dentre estes, outorgar mais opções àqueles que apresentarem melhores performances à época da outorga;

i) Quanto à cláusula 7.2: Com a devida vênia, considerando-se mais uma vez que a finalidade de todo e qualquer plano de *stock option* é manter na empresa os profissionais a quem as opções sejam outorgadas, é absolutamente natural que o Plano instituído pela Recorrida estabeleça a extinção antecipada da opção caso seu funcionário dela se desligue ou seja desligado. Além disso, se é verdade 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*", também é verdade, por exemplo, 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 do programa de Participação nos Lucros e Resultados", ou "O Plano de Previdência Privada", sem que tal fato faça com que o programa de PLR ou o Plano de Previdência por tal motivo assumam natureza salarial, já que o mero fato de um profissional pertencer a uma empresa evidentemente não faz com que todos os valores dela recebidos ou benefícios por ela concedidos enquanto a ela esteja ligado tenham natureza salarial;

j) Quanto à cláusula 9.2: Com efeito, como se pode facilmente perceber pela leitura dos itens 9 e 9.1 convenientemente omitidos pela Recorrente, data vênua não procede sua afirmação de que a Recorrida pode alterar *"os valores, sempre que as condições de mercado, por exemplo, empurrem para baixo o valor das ações, retirando dos beneficiários o interesse em exercer as opções"*, já que neles fica esclarecido que tais ajustes, tanto para menos como para mais, só podem ser feitos quando se derem os eventos societários descritos ao longo do item 9.1, que por sua própria natureza causam a alteração do valor da ação independentemente das *"condições de mercado"* mencionadas pela Recorrente.

Nesse ponto, cabe esclarecer que mesmo a previsão residual contida na letra "e" do item 9.2, ao estabelecer a possibilidade do ajuste em caso *"de procedimentos outros de semelhante natureza e relevante significado"*, não permite ajuste em razão da alteração das *"condições de mercado"*, tanto porque ao se referir a "procedimentos" exclui a normal flutuação do mercado (que é um "evento", jamais um "procedimento"), quanto por restringir a possibilidade dos ajustes aos procedimentos "de semelhante natureza" daqueles arrolados nas letras "a", "b", "c" e "d", que são procedimentos societários praticados pela Recorrida que por sua natureza afetem substancialmente o valor das ações; restando daí duplamente excluída a possibilidade de ajustes em função das *"condições de mercado"*.

Por fim, cumpre ressaltar que de qualquer modo a possibilidade de modificação do preço de exercício é uma exceção à regra geral, razão pela qual mesmo que para argumentar se vislumbra-se em algum lugar do Plano estabelecido pela Recorrida uma (alegada, mas não demonstrada pela Recorrente) *"autorização para que a empresa intervenha nos parâmetros das opções já outorgadas, alterando inclusive os valores, sempre que as condições de mercado, por exemplo, empurrem para baixo o valor das ações, retirando dos beneficiários o interesse em exercer as opções"*, seria ônus da fiscalização demonstrar no caso concreto a efetiva ocorrência dessa intervenção abusiva, o que no caso não ocorreu. Sobretudo quando se considera que a possibilidade de que o preço do exercício seja alterado é exceção, e não a regra, o que reforça a necessidade de que a ocorrência concreta de eventual adoção da exceção em lugar da regra fosse efetivamente demonstrada pela fiscalização;

k) Quanto à cláusula 10.1: não bastasse o fato de que no caso concreto o critério de fixação do preço do exercício (média dos preços em bolsa de valores verificados entre um e três meses antes da outorga) conjugado com o *"vesting period"* (entre um e cinco anos após o fim do ano civil em que for emitida a opção) por si só garante a existência do risco de que a opção não possa ser jamais exercida (fato concretamente constatado pela KPMG), o que faz com que as opções de ação em questão não poderiam ser consideradas como salário mesmo que a totalidade das ações pudesse ser vendida imediatamente depois do exercício, o fato de metade dessas ações ficarem indisponíveis por dois anos após o exercício reforça ainda mais o risco do negócio, pois mesmo naqueles casos em que o exercício da opção se mostre inicialmente vantajoso este pode se revelar desvantajoso depois de transcorrido o prazo de indisponibilidade em questão (como também concretamente constatado pela KPMG);

l) Como se vê, nenhum dos quatro itens invocados pela PGFN em socorro de sua tese é indício da suposta natureza salarial por ela sustentada;

m) Por fim, cabe salientar que dado o provimento integral do recurso voluntário e total cancelamento do lançamento em razão do entendimento do v. acórdão recorrido de que as opções de compra de ações outorgadas pela Recorrida não teriam natureza remuneratória, a C. Turma *a quo* houve por bem considerar prejudicadas outras questões que também constaram do recurso voluntário, como evidencia o trecho final do voto da Relatora. Assim, na remota hipótese de que o recurso especial interposto pela Fazenda seja conhecido e provido, deverá ser determinado por esta 2ª Turma da CSRF o retorno dos autos para a Turma *a quo* para julgamento do recurso voluntário quanto às matérias que restaram prejudicadas, pedido, aliás, formulado pela própria Recorrente;

Requer, assim, que seja negado seguimento ao Recurso Especial e caso conhecido lhe seja negado provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Relator.

a) Quanto ao conhecimento:

Pelo que consta no processo quanto a sua tempestividade, às devidas apresentação de paradigmas e indicação de divergência, o recurso atende a tais requisitos de admissibilidade.

Passo, então, a enfrentar as alegações trazidas pelo contribuinte quanto à impossibilidade de conhecimento do Recurso:

a.1) Quanto ao conhecimento com fulcro no primeiro paradigma (Acórdão 2201-002.685):

Mantenho aqui o posicionamento por mim esposado quando da apreciação, por esta mesma Turma, do Recurso Especial de iniciativa do Contribuinte no âmbito do feito 16327.720085/2013-26, onde alinhei-me ao posicionamento esposado pelo Relator, verbis:

(...)

Foi dado integral seguimento ao recurso especial de divergência em razão do Mandado de Segurança nº 100921286.2016.4.01.3400 (e-fls. 1828 a 1833), impetrado contra ato do Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais Câmara Superior de Recursos Fiscais CSRF, sem que até o momento haja qualquer decisão que afaste sua eficácia.

*Extrai-se da e-fl. 1832 o teor do **mandamus**:*

Ante o exposto, **defiro o pedido** liminar para determinar à Autoridade Impetrada seja dado seguimento integral ao Recurso

Especial interposto pelo Impetrante (alíneas "a", "b" e "c") no Processo Administrativo nº 16327.720085/201326.

(Sublinhei, negrito do original.)

Observa-se que (a) o mandado de segurança foi impetrado contra ato monocrático do Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais e que (b) o pedido do contribuinte, então impetrante, objetivou que fosse dado seguimento ao recurso especial interposto, em sua totalidade, conforme se pode observar no primeiro parágrafo da decisão, à e-fl. 1828.

Em sua decisão, a magistrada expôs o seguinte argumento:

Ressalto que o Presidente da Câmara Especial, em reexame de ofício, confirmou a conclusão do Presidente da Câmara recorrida, mantendo a decisão que deu seguimento apenas parcial ao Recurso Especial do impetrante, decisão contra a qual não havia previsão de recurso na via administrativa, devendo a parte interessada se valer da via judicial para buscar o resguardo do direito reputado líquido e certo. Atualmente, o art. 71 da RICARF foi alterado para admitir a interposição de Agravo pela parte prejudicada pela negativa de seguimento do recurso especial.

E conforme bem explicado pela impetrante, a alteração teve por finalidade oportunizar ao interessado a explanação de suas razões para ver revista a decisão obstativa do seguimento do recurso especial, já que a anterior previsão era de reexame de ofício, em que a parte não tinha a faculdade de explanar seus argumentos.

Assim, cumprida a decisão judicial, e tendo sido afastado o óbice de ver devolvida a este colegiado a competência para apreciar o integralmente o recurso especial, inicio aqui sua análise. Pois bem, assim como na apreciação de qualquer recurso especial admitido, inicio a análise deste recurso pelo conhecimento de suas matérias, com base no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais RICARF, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009, vigente até 09/06/2015, data da interposição do referido recurso.

Saliente-se que, não houve qualquer provimento jurisdicional que impedisse o colegiado de analisar o conhecimento do recurso. Com efeito, apenas foi afastada a decisão monocrática do Sr. Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais e determinado o seguimento do recurso em sua totalidade.

Assim, apresento ao colegiado meu entendimento sobre a questão, nos termos a seguir.

No presente caso, foram enfrentadas, pelo colegiado ora recorrido, as questões (a) da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda na Fonte, no caso de remuneração por stock option e (b) do momento da ocorrência desse fato gerador. Entretanto, os acórdãos trazidos ao processo, a título de paradigma, pelo contribuinte, trataram das matérias: (a)

momento da ocorrência do fato gerador de contribuições previdenciárias nas operações de Stock Options e (b) não ocorrência do fato gerador dessas contribuições previdenciárias nas operações de Stock Options. Ora, os fatos geradores de Imposto de Renda e de Contribuições Previdenciárias têm por base legislações específicas e diferentes, não se configurando em hipótese alguma norma geral de direito tributário.

Sem dúvida, existe similitude fática, quanto aos negócios e procedimentos realizados, afinal de contas, todos os processos tratavam de remuneração por Stock Options.

Entretanto, a questão é que os processos, envolvendo tributos distintos, analisam os fatos à luz de legislações distintas. Repita-se, os paradigmas tratam de questões atinentes à contribuição social previdenciária, enquanto o recorrido trata de multa por falta de retenção de imposto de renda pela fonte. Para que haja infração no acórdão a quo, haveria a obrigação da realização da retenção de imposto de renda na fonte. Ainda que as contribuições sociais incidam sobre remuneração decorrente da contraprestação de serviços, e essa possa ser sujeita ao imposto de renda, o alcance deste tributo é maior que daquele, abrangendo até mesmo variações patrimoniais, que não decorram da percepção de remuneração pela contraprestação laboral.

Portanto, tratando-se de tributos distintos, a legislação, evidentemente, não é a mesma. Os fatos que se subsumem às normas podem até, eventualmente, ser idênticos, mas as normas não o são.

Situações equivalentes a essa já foram apreciadas por este colegiado, que entendeu por não conhecer de recursos quando, apesar de o procedimento discutido ser similar, a legislação aplicável ao recorrido fosse diferente daquela aplicável ao paradigma.

Nesse sentido, cabe referir o caso de recurso especial da Fazenda Nacional contra decisão que julgou improcedente a exigência de multa isolada por falta de recolhimento da antecipação mensal da pessoa física (denominada carnê leão), concomitantemente com o lançamento do tributo e da multa referentes à declaração de ajuste do IRPF. Compre referir que, nesse caso, a Fazenda Nacional havia apresentado, como paradigmas, decisões que julgaram procedente a exigência de multa isolada por falta de recolhimento da antecipação mensal da pessoa jurídica (denominada estimativa sobre a receita bruta e acréscimos), concomitantemente com o lançamento do tributo e da multa referentes à declaração de ajuste do IRPJ/CSLL. Frente a essa situação, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, em que pese a total semelhança dos procedimentos de antecipação mensal e ajuste de final de período, para pessoas físicas e jurídicas, pelo fato de os procedimentos estarem baseados em legislações diversas, não foi conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional. Para ilustração do caso, cabe

referência ao acórdão nº 9202-003.434, cuja ementa e dispositivo encontram-se a seguir reproduzidos:

(...)

A decisão acima ilustra o fato de que o caput e o § 1º do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343 de 09/06/2015, publicada no D.O.U de 10/06/2015, exige comprovação de interpretação diversa da legislação tributária, nos seguintes termos:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 12/02/2016)

§ 6º Na hipótese de que trata o *caput*, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

(...)

§ 8º A divergência prevista no *caput* deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(Sublinhei.)

Como o recurso especial foi protocolado em 08/06/2015, cabe a análise de sua admissibilidade pelo mesmo artigo 67 do Anexo II, mas do regimento anterior, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009, vigente até a data em que ele foi interposto, onde se dispunha exatamente no mesmo sentido, conforme a seguir reproduzido:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Para efeito da aplicação do *caput*, entende-se como outra câmara ou turma as que integraram a estrutura dos Conselhos de Contribuintes, bem como as que integrem ou vierem a integrar a estrutura do CARF.

...

§ 4º Na hipótese de que trata o *caput*, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até duas decisões divergentes por matéria.

...

§ 6º A divergência prevista no *caput* deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

(Sublinhei.)

Ou seja, considerando-se tanto o regimento atual quanto o regimento então vigente, as divergências arguidas teriam que ser demonstradas com base na interpretação da legislação aplicável a fatos semelhantes. Assim, os fatos devem ser similares a ponto de atraírem a mesma legislação para seu tratamento fiscal.

Aliás, o Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial dessa casa, em sua versão 2.0 de maio de 2016, quando trata de análise de divergências, já orientava, à sua pág. 45, nesse sentido, conforme a seguir:

A divergência jurisprudencial se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigma, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária.

(Destaquei.)

Além disso, há nesse manual orientação específica para o tratamento de incidência tributária diversa da que orientou o recorrido, fundamentando-se a negativa de seguimento ao recurso, à pág. 46:

4.1.2 Paradigma que trata de incidência tributária diversa da que orientou o recorrido É possível a demonstração de divergência jurisprudencial mediante o cotejo de acórdãos que, embora tratem de espécies de incidências diversas (ex.: o recorrido trata de IRPJ e o paradigma de ITR), **a matéria suscitada diga respeito a normas gerais** (ex.: necessidade de pagamento antecipado, para aplicação da decadência com base no art. 150, § 4º, do CTN).

Entretanto, mesmo sem tratar-se de normas gerais, **é comum a indicação de paradigma que cuida de incidência tributária diversa daquela retratada no recorrido, o que de forma alguma caracteriza divergência jurisprudencial. Com efeito, não há que se falar em interpretação divergente, quando estão em confronto incidências diversas, regidas por legislações específicas, cada qual com suas características e nuances.**

(Destaquei.)

Ou seja, admitir-se-ia tratar de paradigmas com incidências tributárias distintas, mas somente se a matéria de divergência disser respeito a normas gerais; não é esse o caso aqui debatido.

O manual salienta em nota que a alteração do regimento a partir de 10/06/2015, com a publicação da Portaria MF nº 343, simplesmente tornou mais patente esse entendimento, conforme dispõe em seu § 1º, determinando que não se conheça de tais recursos.

Dessa forma, mantendo a coerência da jurisprudência deste colegiado e não tendo sido declarada a inconstitucionalidade ou ilegalidade, seja de forma incidental, seja de forma direta, das Portarias que se aplicam ao procedimento a ser seguido nessa casa, tendo em vista que a legislação base dos paradigmas e do recorrido são distintas, até porque se referem a distintos tributos, e não tendo o recorrente arguido matéria de norma geral, voto por não conhecer o RE no tocante a essas matérias, por não atender aos pressupostos regimentais.

Destarte, ao observar que se está a tratar, no presente caso, de situação exatamente simétrica à acima, no que diz respeito a Acórdãos recorrido e paradigmático e mantendo o posicionamento acima, rejeito a caracterização de divergência interpretativa com base no primeiro paradigma, por se estar diante de incidências tributárias diversas.

Passo, assim, à análise do segundo paradigma colacionado pela Fazenda Nacional quanto ao conhecimento do Recurso.

a.2) Quanto ao conhecimento com fulcro no segundo paradigma (Acórdão 2302-003.536):

Inicialmente, observando-se que, aqui, tratam Acórdão recorrido e paradigmático da mesma incidência tributária, inaplicável as restrições levantadas no item a.1 supra. Ainda, com relação às objeções levantadas pela autuada em sede de contrarrazões, tenho leitura diversa do Acórdão Recorrido acerca da matéria aqui sob litígio (natureza remuneratória do plano de *Stock Options*).

Entendo, contrariamente à contra-arrazoante, que a não-menção mais detalhada no que diz respeito às especificidades do Plano ali analisado quanto à: a) fixação do preço de exercício e/ou b) período de limitação temporal de venda das ações objeto de exercício pelos participantes do plano (*lock-up period*) se deu justamente pelo fato de tais variáveis configurarem diferenças acidentais entre Acórdão e Recorrido e paradigma, ou seja, se constituíam em variáveis irrelevantes para a convicção do Colegiado paradigmático acerca da natureza remuneratória dos planos de *Stock Options* em Geral, que, assim, se manteria, mesmo quando da existência de eventuais diferenças quanto a tais variáveis entre recorrido e paradigmático.

É o que se depreende do teor do Acórdão paradigmático, que assim, conclui, em suas razões de decidir abaixo, plenamente aplicáveis ao caso, e, note-se, de forma totalmente independente das duas variáveis supra, *expressis verbis*:

(...)

Encontra-se à calva de fundamento fático e principiológico o discurso recursal de que as vantagens auferidas pelos beneficiários das Stock Options não teriam natureza remuneratória. A própria empresa reconhece em seus

documentos de gestão que adota modelo de composição da remuneração que concentra uma parcela significativa da remuneração total de servidores de alto escalão em componentes variáveis de longo prazo baseados em ações.

(...)

Não procede o argumento de que os Stock Options plans têm natureza mercantil, pois seriam onerosos, trazendo riscos aos beneficiários, e proporcionando ganhos eventuais e não habituais. A suposta natureza mercantil poderia até ter sua primazia aferida caso as referidas opções fossem oferecidas, nas mesmas condições, à toda a sociedade, numa operação de mercado, ou mesmo, se fossem oferecidas aos empregados em foco nas mesmas condições

(...)"

Assim, fato é que, quanto à matéria litigada, se pode extrair clara divergência interpretativa do paradigma em relação ao recorrido, ao se perceber que, enquanto o Acórdão recorrido rejeita a natureza remuneratória dos Planos de Compras de Ações, o Acórdão paradigmático é claro em aceder à sua natureza remuneratória, independentemente das especificidades levantadas pela contrarrazoante. Entendo que, realizado o teste de aderência, concluiria o Colegiado paradigmático de forma oposta em relação ao Recorrido quanto à referida natureza, e, assim, entendo como caracterizada a divergência interpretativa.

Assim, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional e passo à sua análise de mérito.

b) Quanto ao mérito do Recurso

Já tive oportunidade de me debruçar sobre a matéria inclusive especificamente no caso da recorrente, no âmbito do Processo 16327.721362/2012-37.

Faço notar que, ainda que se tratasse, ali, de discussão quanto à incidência de IRRF, a matéria da natureza remuneratória também restou admitida à apreciação, por não haver óbice a tal seguimento em sede de instância ordinária, uma vez tendo deduzido o recorrente (a autuada do presente caso), ali, a argumentação de não incidência de IRRF por força de se tratar, em seu entendimento, de verba de natureza não-remuneratória.

Assim, quanto ao mérito limito-me a adaptar as razões de decidir ali expostas ao presente caso, *verbis*:

1. Quanto à natureza societária (mercantil) e ao caráter não salarial ou remuneratório dos planos de opção de compras de ações.

Pertinente, a meu ver, que se reproduza novamente o quanto afirmado pela recorrente no formulário 20-F arquivado junto à Securities and Exchange Commission (USA) em 2009, aqui adotado como elemento esclarecedor, orientador acerca da natureza do plano de opções de compra instituído pela Companhia (e-fls. 61/62 e 70/71), *verbis*:

6B. Honorários

No exercício findo em 31 de dezembro de 2009, o total dos honorários pagos por nós, de forma agregada, em benefícios de todos os membros de nosso conselho de administração e diretores executivos e diretores executivos de nossas controladas, por serviços prestados naquele ano, em qualquer qualidade, foi de aproximadamente R\$ 195,3 milhões. Esta cifra inclui salários no montante aproximado de R\$ 147,3 milhões, participação em planos de gestão e divisão de lucros no montante aproximado de R\$ 47,8 milhões e contribuições a planos de aposentadoria patrocinados por nossa instituição no montante aproximado de R\$ 105,3 mil. Exceto pelos honorários mais altos e mais baixos por órgão sem identificação das pessoas físicas, a legislação não exige e nossa instituição não divulga o montante da remuneração de nossos conselheiros, diretores e membros dos órgãos de administração, supervisão ou gestão, em bases individuais.

Os diretores executivos e os membros do conselho de administração recebem também benefícios adicionais concedidos em geral aos nossos funcionários, como assistência médica e odontológica e plano de previdência privada, no valor de R\$ 9,0 milhões.

Foi instituído um plano de participação nos lucros ou de remuneração de nossa alta administração, incluindo de nossos diretores executivos. O programa e seu regulamento foram aprovados pelo conselho de administração. O programa prevê, para cada membro da administração (incluindo nossos diretores executivos) participante do plano, a atribuição de um valor base para cálculo do plano de participação nos lucros, sendo que os pagamentos são realizados semestralmente a título de adiantamento. O montante final do pagamento de participação nos lucros a uma pessoa é apurado multiplicando-se o valor base por um índice aplicável a todos os participantes. Tal índice depende de específico nível de retorno sobre o patrimônio líquido medido com base nas informações derivadas dos montantes de acordo com as práticas contábeis adotadas no Brasil.

Os membros do conselho fiscal e os membros suplentes recebem uma remuneração mensal de R\$ 10.000 e R\$ 4.000, respectivamente. A partir da assembleia geral extraordinária realizada em 24 de abril de 2009, os membros do conselho fiscal e os membros suplentes passaram a ter direito a receber uma remuneração mensal de R\$ 12.000 e R\$ 5.000, respectivamente.

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

as alterações aprovadas na assembleia geral extraordinária realizada em 24 de abril de 2009.(grifei)

(...)

Plano de opção de compra de ações

Emitimos opção de compra de ações como forma de remuneração desde 1995. Consequentemente, parte da remuneração variável da nossa administração é feita na forma de opção de compra de ações (grifei), pois acreditamos que isso aumenta o comprometimento com o nosso desempenho. Nosso plano de opção foi instituído com o objetivo de integrar os executivos ao nosso desenvolvimento de médio e longo prazo. Nas assembleias gerais extraordinárias, realizadas em 24 de abril de 2009 e em 26 de abril de 2010, nossos acionistas incluíram o conselho de administração, os funcionários do Itaú Unibanco Holding e os funcionários e membros da administração das suas controladas entre os beneficiários do plano. Acreditamos que isto lhes permitirá participar do valor agregado por seus trabalhos às ações do Itaú Unibanco Holding. Nosso plano de opção de compra de ações foi elaborado para reter os serviços dos membros da administração e do conselho de administração e atrair funcionários altamente capacitados.

O plano de opção de compra de ações é administrado pelo comitê de pessoas, cujos membros são nomeados por nosso conselho de administração. Este comitê de pessoas periodicamente indica os membros da nossa administração a quem as opções de compra de ações devem ser outorgadas nas quantidades especificadas. Nosso conselho de administração pode modificar as decisões do comitê de pessoas na primeira reunião subsequente à data em que as opções foram outorgadas. Se não houver modificações, as opções outorgadas pelo comitê de pessoas são consideradas confirmadas. O comitê de pessoas somente pode outorgar opções se os lucros forem suficientes para permitir a distribuição do dividendo obrigatório de acordo com a legislação societária brasileira. A quantidade de opções outorgadas em qualquer ano 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 outorgadas for inferior ao limite máximo de 0,5% da quantidade total de ações, a diferença poderá ser acrescida às opções outorgadas 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 de pessoas e fora de determinados períodos de suspensão. O período de carência varia, a critério do comitê de pessoas, de um a sete anos a partir da data de emissão das opções. Os períodos de suspensão são aqueles em que a CVM proíbe a administração de negociar ações da sociedade à qual são

filiados e nos quais, portanto, não há possibilidade de exercício de opções.

*O preço de exercício de uma opção é determinado pelo comitê de pessoas à época da outorga e pode ser corrigido até o mês anterior ao exercício da opção. **Quando da determinação do preço de exercício, o comitê de pessoas considera os preços médios de nossas ações preferenciais nos dias em que a BM&F-BOVESPA estiver aberta para negócios, por um período de, no mínimo, um e, no máximo, três meses antes da emissão da opção. Um ajuste de até 20% acima ou abaixo do preço médio é permitido.***

Conforme decidido por nossos acionistas na assembleia geral extraordinária realizada em 26 de abril de 2010, a disponibilidade das ações que os beneficiários subscreverão por meio do exercício da opção poderá estar sujeita a restrições adicionais, de acordo com as deliberações do comitê de pessoas (imposição de períodos de manutenção).

*Adicionalmente, na assembleia geral extraordinária realizada em 24 de abril de 2009, os acionistas também criaram um novo mecanismo para a outorga de opções aos beneficiários cujo desempenho tenha sido considerado extraordinário e tenham potencial, de acordo com os critérios estabelecidos pelo comitê de pessoas e através do uso das ferramentas de avaliação de desempenho e liderança. O comitê de pessoas pode outorgar opções cujo preço de exercício é pago por meio da obrigação do beneficiário de investir 20% da parcela do bônus atrelado a participação nos lucros e resultados em ações do Itaú Unibanco Holding. Os diretores a quem essas opções forem dadas devem manter a propriedade das ações inalterada e sem ônus de qualquer tipo desde a data em que a opção for outorgada até o exercício da opção de compra. Este mecanismo foi ampliado na assembleia geral extraordinária realizada em 26 de abril de 2010, para: (i) permitir que uma parte ou a totalidade do valor líquido do bônus possa ser investida e (ii) permitir que o comitê de pessoas imponha condições adicionais para o exercício das ações. **Como os beneficiários são incentivados a investir os seus próprios bônus em ações, eles participam da valorização das ações e por isso acreditamos que eles se tornem mais comprometidos com o nosso desempenho, que é o principal objetivo do plano de opção de ações.***

A assembleia 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 beneficiários para adquirir ações emitidas pelo Unibanco e Unibanco Holdings foram trocadas por opções de substituição de prêmios 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 às demonstrações financeiras consolidadas.

(...)"

Ainda, também as próprias atas de reuniões do Comitê de Opções de Companhia, posteriormente denominado como Comitê de Nomeação e Remuneração (e-fls. 99 e ss., 106 e ss. 110 e ss., 114 e ss.) admitem a outorga de opções como parcela de remuneração variável, atribuível exclusivamente a Conselheiros, Diretores e Membros do Conselho de Administração, ou seja, exclusivamente atribuível a titulares que possuem vínculo de efetiva prestação de serviço à outorgante.

Caracterizada, ainda, na forma de e-fls. 72 a 77, o caráter pessoal e intransferível das opções outorgadas e a necessidade de não desligamento e manutenção das atribuições executivas durante determinado período de carência para fins de direito ao exercício durante sua vigência (salvo exceções), evitando-se, assim, sua extinção, consoante itens 2.2, 7.2 e 8 do Plano.

Já em situação diametralmente oposta se encontram as opções de ações comumente negociadas em mercados de renda variável organizados (bolsa de valores), impessoais, visto que disponíveis a qualquer investidor, não havendo, aqui, qualquer vínculo de natureza laboral entre as figuras do lançador e titular. Adicionalmente, as opções adquiridas em mercado podem ser livremente exercidas e negociadas com terceiros participantes do mercado imediatamente após sua aquisição, ou seja são plenamente transferíveis até a data de expiração. Assim, somente a este último grupo de opções (que não abrangem as opções sob análise no feito), em meu entendimento, poderia haver caracterização de operação ou negócio de natureza societária (mercantil), não-laboral.

Ao levar em conta tais elementos, resta plena a convicção deste Conselheiro no sentido de que as opções de compra decorrentes do Plano de e-fls. 72 a 77 são instrumentos remuneratórios, respaldada, de forma mais detalhada, tal conclusão, inclusive, pelo melhor conceito sobre o instituto, de Greenspan (2002), *verbis*: " (...) 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 (...)"

Ainda, entendo que, para fins de melhor esclarecimento, se deva fazer clara distinção entre:

a) a etapa desde a outorga até a plena titularidade das opções (ativo com valor econômico) pelo participante (após o vencimento do prazo de carência), contraprestação recebida pelo desempenho de sua atividade laboral e

b) a etapa posterior de manutenção das opções de compra (ativos anteriormente recebidos, possuidores de valor econômico) e/ou do exercício das referidas opções pelo trabalhador, com eventual alienação das ações recebidas.

Segregando-se o "risco do negócio", alegado pelo contribuinte como motivação para elidir a característica remuneratória das opções outorgadas nos referidos intervalos acima, o que se tem é:

a) *O risco de mercado decorrente de flutuações no preço do ativo-objeto desde a outorga das opções até o vencimento da carência (associado à obrigação de permanecer na empresa por certo tempo):* Incapaz, em meu entendimento, referido risco de descaracterizar a natureza remuneratória das opções uma vez que se permite, no âmbito do referido plano, ajustes quantitativos (envolvendo quantidade e preço de exercício) nas opções outorgadas, fazendo com que a companhia possa, caso deseje, eliminar integralmente o risco citado (vide item 9.2 de e-fl. 76), *verbis*:

Quando verificar que o patamar das cotações das ações se desviou para níveis conflitantes com as finalidades deste Plano, o Comitê deliberará os mencionados ajustes quantitativos e os executará após obterem homologação pelo Conselho de Administração.

Aqui, em que pese a argumentação da autuada em sede de contrarrazões, com a devida vênia, o item aparece no referido Regulamento do plano de forma totalmente desvinculada de seu item 9.1, destinado este último, sim, a permitir os ajustes quantitativos comuns de natureza societária (exemplificativamente, *splits* e grupamentos, dentre outros) perfeitamente cabível assim, que ajustes decorrentes de motivos outros, que não eventos de natureza societária (tais como uma depreciação do valor dos ativos em bolsa, de forma que o preço de mercado se torne inferior ao preço de exercício), pudessem utilizar tal dispositivo para ajuste, mantendo assim, o plano sua característica de remuneração variável concedida;

b) *O risco de mercado decorrente de flutuações no preço do ativo-objeto após o vencimento da carência e até o momento de eventual exercício:* Trata-se de risco de mercado associado à manutenção voluntária das opções após vencida a condição suspensiva (prazo de carência) e/ou ao exercício das mesmas e posterior manutenção voluntária das ações subjacentes. Tal risco (assumido, note-se, pelo outorgado após a entrega da contraprestação pelo contratante sob a forma de opções, ativo de valor positivo) não guarda qualquer relação com a matéria que se discute aqui.

Acerca desta última etapa, entendo, a propósito, que eventuais acréscimos ou decréscimos patrimoniais, agora já auferidos no período **após a incorporação das opções (ativo de valor econômico positivo) ao patrimônio do contribuinte (que se dá no *vesting period*)**, assim decorrentes: a) da dependência do valor destas opções em relação a seu ativo-objeto (ações do Banco Itaú Holding Financeira), bem como, alternativamente, b) de eventual exercício e posterior manutenção/alienação das ações subjacentes devem ser objeto de tratamento tributário próprio aplicável aos mercados de liquidação futura e renda variável (fora de bolsa no caso), repetindo-se, todavia, não estarem tais acréscimos ou decréscimos abrangidos no âmbito do presente lançamento, revestindo-se, sim, em meu entendimento em etapas de eventual perda patrimonial após o recebimento do montante remuneratório em opções (repita-se, ativo de valor econômico positivo, incorporado pelo contribuinte como forma de recebimento remuneratório, após o *vesting period*).

Assim, diante do exposto, rechaço a argumentação do contribuinte no sentido de se tratarem os rendimentos objeto de lançamento de rendimentos de natureza societária, não

salarial ou remuneratória, mantendo-se incólume o lançamento quanto à matéria por se entender se tratarem de remuneração.

2. Quanto ao risco decorrente do *lock-up period*

Finalmente, quanto à existência de ações subjacentes (ativo-objeto) que sofrem restrição de venda por dois anos, como já me manifestei também anteriormente, entendo que o instituto influencia tão somente o quantum remuneratório auferido, ou seja, a apuração da base de cálculo feita pela autoridade autuante, sendo esta, em meu entendimento, a seara onde a referida restrição à venda poderia influir no presente lançamento, ou seja, através da discussão do valor efetivamente remunerado através de opções, ou seja da base tributável (e não na eventual descaracterização das opções recebidas como verba de natureza remuneratória por risco de mercado esta, sim, tratando-se da única matérias sob litígio).

Atendo-me à matéria litigada, entendo que na presente hipótese há verba remuneratória paga, esclarecendo-se que **uma opção outorgada com ativo-objeto sujeito a *lock-up* é também ativo possuidor de valor econômico positivo no momento em que transcorrido o *vesting period*, apenas possuindo valor econômico menor que uma opção cujo *underlying* é um ativo sem restrições.**

Ou seja, trata-se, assim, tal restrição à venda, de matéria não correlacionável à matéria em litígio (que, repito, não abrange a base de cálculo do imposto) e, assim, abstraio-me, aqui de tecer considerações acerca da valoração (apreçamento) realizada pela autoridade para os 50% de opções incorporadas com ativo subjacente contendo restrição de venda (também realizada no lançamento, pelo valor intrínseco). Finalmente, ressalto que a mesma consideração é de se aplicar quanto à eventual discussão do momento de ocorrência do fato gerador, também aqui estranho à lide.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, reconhecendo a natureza remuneratória dos planos de *Stock Options* em questão, acedendo-se, ainda, ao pleito comum da Recorrente e da autuada, no sentido de necessidade de retorno do feito ao Colegiado *a quo*, para apreciação das matérias que restaram prejudicadas por força do reconhecimento da natureza não remuneratória dos planos de ações, aqui revertido.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Heitor de Souza Lima Junior

Declaração de Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Considerando já ter me manifestado nos presentes autos, quando do julgamento pela Câmara *a quo*, apenas reforço pontos já adotados pelo relator, trazendo outros que entendo serem pertinentes para acolher a pretensão da Fazenda Nacional, para definição da natureza remuneratória do Plano de Stock Options.

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 de 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 contra prestativo sem identificar realmente qual a sua verdadeira natureza, seu propósito.

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 originalmente 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.

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, nos termos do art. 28, III da lei 8212/91.

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, como no presente caso, 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. Ou seja, o risco de pagar um determinado valor, para ter o direito de participar do plano e comprar ações posteriormente seria arcado pelo trabalhador, sem qualquer certeza da compra futura das mesmas, após o prazo de carência. Isso poderia ser entendido como risco, o que nada se assemelha ao presente caso, onde, pelos pontos trazidos no relatórios fiscal, resta nítida a feição remuneratória.

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, ou a ingerência no plano de forma a alterar os valores previamente fixados, já resta caracterizado o caráter salarial/remuneratório, na medida que não existe qualquer risco de perda. Na verdade o objetivo é ganhar ou ganhar.

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 empresas 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 -I - 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. I 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 Ações I 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.

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 do risco 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 desenvolvimento 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 freqüentemente 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_f

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 16 às Demonstrações Contábeis referentes ao exercício de 2009- Patrimônio Líquido, em seu item " 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,

•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. Diretoria e Funcionários.

•No Formulário 20-F, item 6C, reproduzido anteriormente, o sujeito passivo nos diz que existe nos seus órgãos estatutários o Comitê de pessoas, responsável pela definição de modelos de remuneração para os funcionários do Itaú Unibanco Holding (inclusive o estabelecimento de pacotes de remuneração para os CEO, vice presidentes e diretores, sujeitos à aprovação do Conselho de Administração). Esse comitê também é responsável pela definição de opções de compra de ações, recrutando, treinamento, assessoria e retenção dos funcionários talentosos.

•No Formulário 20-F, item 6E, reproduzido anteriormente, o sujeito passivo afirma emitir opções de compra de ações como forma de remunerar os executivos com planos de opções de compra de ações, pois acredita que isso aumenta o comprometimento com o desempenho da empresa. Afirma ainda que o Plano de Opção de Compra de Ações tem por objetivo reter os serviços dos membros da administração e do conselho de administração e atrair 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 demonstre 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 pelo simples 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 8.212/91.

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.

Face ao exposto, assim como interpretou o ilustre relator, restou configurada a natureza remuneratória do plano de *stock options* da empresa autuada.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes.

Em que pese o excelente voto do relator peço vênica para registrar meu entendimento pessoal no que se refere ao item **Incidência de Contribuição Previdenciária sobre a *stock options***.

O Relator afirma que a remuneração baseada em ações, pelas denominadas employee stock options, nos termos antes abordados, pelo menos até o momento em que o empregado ou administrador recebe um instrumento financeiro por seus serviços prestados, possuem natureza bastante diversa das operações de mercado, revestindo-se de características muito mais próximas da remuneração de serviços, e neste ponto específico acredito ser cabível uma série de ponderações.

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.

Observando tanto o artigo 195 da CF/88, como a referida Lei de Custeio, depreendemos que a tributação previdenciária está claramente limitada a rendimentos do trabalho.

A doutrina é maciça neste sentido, como podemos observar as pontuações de ZAMBITTE IBRAHIM:

*“Tanto histórica como normativamente, a contribuição previdenciária é delimitada a rendimentos do trabalho, tendo em vista o objetivo das prestações previdenciárias em substituir rendimentos habituais do trabalhador, os quais, por regra, são derivados da atividade laboral. Ou seja, a legislação vigente, de forma muito clara, delimita a incidência previdenciária, em qualquer hipótese, a **rendimentos do trabalho**.” (ZAMBITTE IBRAHIM, Fábio).*

Partindo da premissa que a contribuição previdenciária é devida tão somente sobre as **parcelas recebidas a título de remuneração pelo trabalho**, são incabíveis as alegações da Fazenda Nacional de que as parcelas advindas de Stock Options, devam sofrer tal incidência. Isso **por que as Stock Options possuem relação intrínseca com remuneração do capital**.

Essa distinção é fundamental para que possa compreender o motivo da não incidência de contribuição previdenciária patronal sobre a opção de compra de ações oferecida ao empregado ou prestador de serviço de uma empresa determinada.

Para melhor compreender do que se trata a referida verba é importante entender o que diz a Justiça do Trabalho sobre ela, já que a discussão central é se ela compõe ou não o salário de contribuição dos segurados.

Seria 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 options**, 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 options' 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. Diante do exposto voto por conhecer o Recurso Especial da Contribuinte e no mérito dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes

Declaração de Voto

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Peço licença ao ilustre conselheiro Heitor de Souza Lima Junior para divergir do seu entendimento quanto a natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações, afastando no caso o caráter remuneratório das verbas.

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 entendo que 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 serviços 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:

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 pela empresa.

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 de 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.

Vale destacar que, 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 6.2 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 junta aos autos "Termo de Constatação" elaborado pela KPMG (empresa de auditoria independente) 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, havendo nos autos a comprovação de elementos/requisitos que afastam a caracterização das verbas apuradas como remuneração, deve-se concluir pela improcedência do lançamento.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.