



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

**Processo nº** 16561.720198/2012-78  
**Recurso nº** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão nº** 9202-005.470 – 2ª Turma  
**Sessão de** 24 de maio de 2017  
**Matéria** CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA  
**Recorrentes** GAFISA S/A  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

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

**OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS.**

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, constituindo-se, assim, em fato gerador das contribuições previdenciárias.

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.**

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

**APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.** LEI Nº 8.212/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 449/2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/2009. PORTARIA PGFN/RFB Nº 14 DE 04 DE DEZEMBRO DE 2009.

Na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre dispositivos, percentuais e limites. É necessário, antes de tudo, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto que sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. O cálculo da penalidade deve ser efetuado em conformidade com a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009, se mais benéfico para o sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (relatora), Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes e João Victor Ribeiro Aldinucci (suplente convocado), que lhe deram provimento. Votou pelas conclusões do voto vencedor a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Heitor de Souza Lima Junior. Solicitaram apresentar declaração de voto as conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Ana Paula Fernandes. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencido o conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, que lhe negou provimento. A conselheira relatora alterou seu posicionamento sobre o recurso fazendário em relação à reunião anterior. Julgamento iniciado na reunião de 04/2017 e concluído em 24/05/2017.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Redator designado

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

## **Relatório**

Contra o Contribuinte foi lavrado auto de infração para cobrança de contribuição social previdenciária incidente sobre rendimentos decorrentes de "Planos de Opções de compra de Ações para Empregados" (Stock Option Plans), no período de 01/01/2008 a 31/12/2008. O lançamento compreende os DEBCADs 37.308861-2 (auto de obrigação acessória), 37.308862-0 (patronal) e 37.308863-9 (terceiros).

Segundo relatório fiscal:

*2.5 Foi constatado no decorrer deste procedimento que a remuneração dos principais executivos da fiscalizada é composta por duas parcelas, uma fixa e outra variável, sendo*

*esta composta por uma parcela de bônus de curto prazo (em dinheiro) e outra parcela de longo prazo (baseada em ações).*

...

*5.3. Tendo em vista que a fiscalizada atribui direitos para a aquisição/subscrição de ações de sua própria emissão, a preços e condições definidos antecipadamente, aos seus administradores e empregados, doravante será abordado especificamente o incentivo salarial Plano de Opções de Compra de Ações para Empregados e Administradores (Stock Options Plans).*

...

*7.21. Portanto, ao contrário da legislação fiscal dos países acima citados, onde a regra é a natureza remuneratória dos ganhos advindos de planos de ações para empregados, no Brasil, para que haja incidência das contribuições previdenciárias sobre os rendimentos das Stock Options é necessário que a natureza das mesmas não seja mercantil, pois “se o empregado paga para exercer o direito de opção e, conseqüentemente, assume o risco de ganhar ou perder, resta caracterizada uma mera compra e venda de ações”.*

*7.22. Entretanto, se ficar constatado, entre outras coisas, que não houve riscos para o empregado, ou que o valor das ações foi subsidiado pela empresa, proporcionando assim um ganho certo ao beneficiário, restará caracterizada a natureza remuneratória.*

...

*13.1. Conforme já explicitado, para que ocorra o lançamento das contribuições previdenciárias sobre os rendimentos advindos dos planos de opções é necessário que se determine se a natureza jurídica é remuneratória ou mercantil. No caso em tela, em vista dos fatos apurados, restou comprovada a natureza remuneratória, senão vejamos.*

Em sede de impugnação o contribuinte defendeu a nulidade do lançamento por ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material, a natureza mercantil dos valores pagos e, subsidiariamente, arguiu erro na apuração da base de cálculo e nas multas aplicadas.

A DRJ, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo os créditos tributários exigidos.

Por meio do recurso voluntário a contribuinte reiterou seus argumentos e requereu a reforma do acórdão defendendo a natureza mercantil dos ganhos advindos dos planos de stock option, afinal tratam-se de planos onerosos com riscos aos beneficiários e representam um ganho eventual.

A 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, por meio do acórdão nº 2302-003.536, assim decidiu sobre o recurso voluntário:

*1) 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.*

*2) Por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário do Auto de Infração de Obrigação Acessória nº 37.308.8612, CFL 68, devendo a multa aplicada ser recalculada, tomando-se em consideração as disposições inscritas no inciso I do art. 32A 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.*

*3) 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 37.308.8620 e 37.308.8639 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.*

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial questionando o critério adotado na aplicação do princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, em face das penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias. Defende que ao caso deve-se levar em conta a soma das multas previstas pelo descumprimento das obrigações principais e acessórias, aplicáveis na sistemática anterior à Medida Provisória nº 449/2008, em comparação com a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, que é única, aplicável ao caso por força do art. 35-A da Lei nº 8.212/91.

Intimado o Contribuinte apresentou contrarrazões e também recurso especial pretendendo rediscutir dois pontos: **i)** natureza mercantil dos Stock Option Plans, pois presentes as características de onerosidade, desvinculação do contrato de trabalho e risco, e **ii)** impossibilidade de incidência de juros sobre a multa de ofício.

Embora o recurso do contribuinte tenha sido admitido em relação as duas matérias, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões apenas quanto a primeira divergência.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

Ambos recursos atendem os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual, reiterando os despachos de fls. 3.708/3.713 e 3.870/3.880, deles conheço.

**Do recurso do contribuinte:**

Diante da relação de causa e efeito, passo a analisar o mérito do recurso do contribuinte cujo objeto principal é a discussão acerca da natureza jurídica dos denominados 'Stock Option Plans' ou 'Planos de Opções de Compra de Ações'.

Adotando os termos do relatório fiscal, esclareço que 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 prevista no art. 168, §3º da Lei das Sociedade Anônimas, Lei nº 9.604/76, o mesmo dispositivo não nos traz qualquer elemento de definição acerca da natureza jurídica do instituto:

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

...

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

E quanto a este ponto, ao contrário do entendimento do acórdão recorrido, e citando a premissa adotada pelo próprio lançamento, na essência tais planos possuem natureza mercantil, 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.

Peço vênica para transcrever parte das considerações feitas pela Ilustre Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva, no acórdão 2401-003.045, citado pela Fazenda Nacional em suas contrarrazões:

*Como bem trazido pelo recorrente segundo o dicionário 'Barrons Dictionary of Legal Terms', o termo stock option significa: "a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, então ao tempo em que as ações são adquiridas". Assim, as opções representam o direito de comprar ações a um preço fixo, definido na data em que as opções são concedidas (preço de exercício). Após um determinado período (prazo de carência, também chamado de 'vesting'), esse direito de opção de compras pode ou não ser exercido, já que não se trata de obrigação, como mencionado acima e envolve risco para o empregado.*

*Ou seja, em termos conceituais, no entender desta relatora, a stock option é mera expectativa de direito do trabalhador (seja*

*empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime opção de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso da prestação de serviços (seja no contrato de trabalho, seja em contrato autônomo). No mesmo sentido, tem-se encaminhado os renomados doutrinadores trabalhistas brasileiros, dentre eles cite-se a professora Alice Monteiro de Barros (in Curso de Direito do Trabalho, 6.ªed., São Paulo: LTR,2010,p.783):*

*"As stock option constituem um regime de compra ou de subscrição de ações e foram introduzidas na França em 1970, cujas novas regras encontram-se na Lei n.420, de2001. Não se identificam com a poupança salarial. O regime das stock option permite que os empregados comprem ações da empresa em um determinado período e por preço ajustado previamente."*

*É no mesmo sentido, que discordo de um dos argumentos trazidos pelo auditor, citando uma reclamatória trabalhista, a qual encaminhou o magistrado o julgamento no sentido de que toda a forma de stock options, tende a remunerar, premiar o trabalhador pela prestação de serviços.*

*Embora, a concessão da opção por ações tenha decorrido da prestação de serviços, trata-se, em regra, de típico contrato mercantil, envolvendo riscos, podendo o trabalhador, auferir lucros ou não com a outorga de ações, tudo a depender da situação do mercado.*

Percebe-se que 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 Optins. Análise sob o prisma da não incidência de Contribuições Sociais', Revista Dialética de Direito Tributário nº 214) o objetivo perseguido pela empresa é incentivar seus empregados ou prestadores de serviço a aumentar os índices de desempenho da companhia, bem como fomentar o compromisso e a lealdade à empresa.

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

*As companhias muitas vezes buscam motivar seus administradores (diretores e membros do Conselho de Administração) e executivos de elevado nível, concedendo-lhes a oportunidade de participarem dele como acionistas. Quando assumem a condição de sócio, eles passam a ter interesse na distribuição dos lucros, e, por via de consequência, nos resultados da companhia. Os administradores e executivos que são também acionistas da sociedade presumivelmente se encontram mais motivados com as tarefas correspondentes às*

*suas funções e cargos. É, assim, comum que as sociedades anônimas outorguem aos membros da administração superior opção de compra de ações. Trata-se de negócio jurídico, pelo qual a companhia se obriga, a partir da declaração de vontade do executivo beneficiário (exercício da opção) e pagamento por este do preço, a entregar-lhe ações de sua emissão, em quantidade e espécie previamente definidas no instrumento de opção.*

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

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

Considerando que os requisitos acima são prévios a celebração do 'contrato de opção de compra', podem ocorrer casos e que os mesmo 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 - pelo menos nos contratos juntados aos autos - 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 ultimo caso o momento do exercício de compra das ações.

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

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

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

E aqui cabe um apontamento acerca do argumento de que o caráter remuneratório seria reforçado por cláusula que prevê a perda de direito nos casos de desligamento do empregado antes de encerrado o prazo de carência. Ora, se o direito

decorrente da stock option assumisse feição de remuneração pelo serviço prestado dever-se-ia reconhecer, nessas circunstâncias, ao beneficiado direito a parcela proporcional ao período trabalhado.

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

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

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

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

Importante destacar mais uma vez que, para fazer a opção pela compra da ação, necessariamente deverá haver a contraprestação consubstanciada no pagamento em pecúnia da parte assumida pelo adquirente (empregado/contribuinte individual), ou seja, não representa a stock option uma liberalidade do empregador. O empregador não está retribuindo eventual trabalho realizado, ao contrário, por força contratual, havendo o pagamento ele se obriga a transferir as ações ao novo sócio, caso contrário extingue-se a oferta objeto daquele contrato (ainda que tenha havido a efetiva prestação de serviços).

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

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 que em alguns contratos firmados pela recorrente com seus colaboradores era necessário, já no momento de assinatura do contrato de outorga, o desembolso efetivo correspondente ao valor de parte das ações que lhe foram destinadas.

2) Valor de aquisição não foi subsidiado: a definição do preço de aquisição levava em consideração a média do valor de mercado das ações nos trinta dias anteriores a assinatura do contrato e estavam sujeitas a incidência de juros e correção monetária até o momento da compra. Inexistiu cessão gratuita ou subsidiada quando da oferta ou aquisição dos títulos.

3) Cláusula lock up: mesmo após o exercício da opção de compra das ações o beneficiário não adquiria a propriedade plena, 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.

4) Quanto a aplicação da regra do Comitê de Pronunciamentos Contábeis nº 10, usando as palavras de Thiago Barbosa Wandeley no artigo "Stock Option: não incidência da Contribuição Previdenciária e Momento da Incidência do IRPF" (Revista Dialética de Direito Tributário nº 238): *Interessante notar que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis determinou por meio do CPC 10 que os valores das ações a serem conferidas na hipótese do exercício da opção devem ser mensurado, já no momento da outorga (data da contratação) sendo apropriados proporcionalmente em sua contabilidade como se fosse uma verba remuneratória do funcionário. Contudo, a forma de contabilização como uma remuneração não possui o condão de alterar a natureza jurídica mercantil do instituto, uma vez que as normas jurídicas pertinentes à remuneração exigem uma retributividade vinculada ao trabalho prestado que não é verificada no contrato de stock option, conforme já consolidado inclusive pela justiça especializada.*

Somando-se as razões acima, ainda cito e adoto como razões de decidir as considerações feitas pela Conselheira Juliana Campos de Carvalho Cruz, em declaração de voto apresentada no acórdão recorrido, que se debruçando sobre modificações contratuais e distratos promovidos pela empresa entendeu pela não incidência da contribuição, tendo os planos ora analisados cumprido os requisitos essenciais das stock options:

*Ao meu ver, as interferências realizadas pela empresa assim foram efetuadas como medidas protetivas da própria Companhia. Isto porque, as mudanças pelas quais a empresa se dispôs a passar – a exemplo, abertura do capital ensejou uma reformulação do que antes havia sido pactuado com os funcionários que aderiram aos programas como meio de equilibrar a composição societária.*

*Ora, após a abertura do capital, uma das primeiras alterações que observei foi a transformação das ações preferenciais (PN) em ações ordinárias (ON). Naquelas, ao titular é assegurado prioridade na distribuição de dividendos e no reembolso do capital. Entretanto, não lhe dá direito a voto. Nas ações ordinárias, ao titular é conferido direito de voto e participa nos resultados da companhia, no entanto, não possui preferência na distribuição de dividendos.*

*As ações ordinárias tiveram ampla aceitação na Bolsa de Valores. As primeiras negociações resultaram na venda de mais de 50 milhões de ações. Por causa da procura e do volume de venda, a empresa desdobrou as ações na proporção de 1/3 para que pudesse atrair mais investidores, objetivando aumentar a liquidez de seus ativos.*

*O desdobramento (Split) é a divisão de uma ação em mais. Exemplificando, se uma empresa com 500 ações a R\$ 60,00*

*anuncia um desdobramento de 1/3, isso significa que a partir da data do evento, a ação passará a custar R\$ 20,00 e o número de ações será de 1500. Assim, cada investidor/funcionário que tinha uma ação, passou a ter três. Como o número de ações da empresa triplicou sem haver um aumento no capital social, conseqüentemente, o valor das ações é reduzido na mesma proporção.*

*Desse modo, não obstante o desdobramento afete diretamente o valor das ações, a alteração decorre da imposição normativa estabelecida no art. 12 da Lei nº 6.404/76, vejamos:*

*“ Art. 12. O número e o valor nominal das ações somente poderão ser alterados nos casos de modificação do valor do capital social ou da sua expressão monetária, de desdobramento ou grupamento de ações, ou de cancelamento de ações autorizado nesta Lei.”*

*Todavia, isto não provoca benefício econômico nenhum para o funcionário/investidor até porque esta medida provoca a redução do valor das ações no mercado.*

*Quanto à transferência do controle acionário, tão amplamente comentado pelo auditor, entendo que ocorreu nos termos delineados pelo art. 254A, da Lei nº 6.404/76, abaixo transcrito:*

*Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. [\(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001\)](#)*

*§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade. [\(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001\)](#)*

*§ 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o caput, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais. [\(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001\)](#)*

*§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o caput. [\(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001\)](#)*

*§ 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de*

*permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)*

*Diante dos fatos acima elucidados, não entendo que a ingerência da Companhia nos stock option plans de 2002 objetivou maximizar os resultados a serem obtidos pelos funcionários, eliminando o risco da operação. Ao contrário, as medidas adotadas tiveram a única finalidade de proteger a composição societária, mantendo sólida a sua integridade financeira.*

*Importa ressaltar que as remunerações recebidas pelos funcionários não teve qualquer ligação do trabalho por eles prestado. Seu vínculo decorre de fato exterior ao vínculo empregatício, qual seja, valorização das ações na Bolsa de Valores. Logo, não podem, nem devem, ser salário-de-contribuição.*

*No que tange aos Planos 2006 e 2008, foi relatado que no período dos respectivos programas houve uma desvalorização muito grande no preço das ações. Por causa disso, a empresa aditou os contratos, agrupando as ações e, posteriormente, formalizando distratos.*

*Neste contexto, ainda que diretamente a empresa tenha protegido os funcionários efetivando os distratos, de qualquer sorte, com a desvalorização das ações, não houve qualquer acréscimo patrimonial do funcionário a ensejar o lançamento do valor pretendido pelo auditor. Inexistindo liquidação financeira, o funcionário além de não ter recebido dividendo, ficou prejudicado ante o pagamento que efetuou na época que aderiu ao Programa (pagamento antecipado).*

*Logo, não havendo qualquer pagamento, não poderia o auditor calcular o valor devido a título de contribuição previdenciária sobre uma base de cálculo negativa razão pela qual inválido a exigência efetuada em relação aos respectivos Planos.*

Assim, diante do exposto, havendo nos autos requisitos que afastam a caracterização do benefício como remuneração, considerando que os valores apurados pela fiscalização não compõem o conceito de salário de contribuição previsto no art. 28, da Lei nº 8.212/91, dou provimento ao recuso especial do contribuinte, restado prejudicada a análise da segunda divergência: juro sobre multa de ofício.

#### **Do recurso da Fazenda Nacional:**

Diante do julgamento conjunto dos recursos e do entendimento do Colegiado quanto ao aspecto processual, vencida em relação ao mérito do recurso especial interposto pelo contribuinte e considerando a decisão da maioria pela manutenção do fato gerador, passo à análise do mérito do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

No caso cinge-se a controvérsia às penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias, previstas na Lei nº 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, quando mais benéfica ao sujeito passivo.

A solução do litígio decorre do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “a” do CTN, a seguir transcrito:

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*a) quando deixe de defini-lo como infração;*

*b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (grifos acrescentados)*

Apesar de não ter sido o entendimento inicial desta relatora, após exaustivos debates sobre o tema, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) pacificou o entendimento de que na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre dispositivos, percentuais e limites. É necessário, basicamente, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. Assim, a multa de mora prevista no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, não é aplicável quando realizado o lançamento de ofício, conforme consta do Acórdão nº 9202-004.262 (Sessão de 23 de junho de 2016), cuja ementa transcreve-se:

*AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - MULTA - APLICAÇÃO NOS LIMITES DA LEI 8.212/91 C/C LEI 11.941/08 - APLICAÇÃO DA MULTA MAIS FAVORÁVEL - RETROATIVIDADE BENIGNA NATUREZA DA MULTA APLICADA.*

*A multa nos casos em que há lançamento de obrigação principal lavrados após a MP 449/2008, convertida na lei 11.941/2009, mesmo que referente a fatos geradores anteriores a publicação da referida lei, é de ofício.*

*AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA - COMPARATIVO DE MULTAS - APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA.*

*Na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre percentuais e limites. É necessário, basicamente, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. Se as multas por descumprimento de obrigações acessória e principal foram exigidas em procedimentos de ofício, ainda que em separado, incabível a aplicação retroativa do art. 32-A, da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº*

*11.941, de 2009, eis que esta última estabeleceu, em seu art. 35-A, penalidade única combinando as duas condutas.*

A legislação vigente anteriormente à Medida Provisória nº 449, de 2008, determinava, para a situação em que ocorresse (a) recolhimento insuficiente do tributo e (b) falta de declaração da verba tributável em GFIP, a constituição do crédito tributário de ofício, acrescido das multas previstas nos arts. 35, II, e 32, § 5º, ambos da Lei nº 8.212, de 1991, respectivamente. Posteriormente, foi determinada, para essa mesma situação (falta de pagamento e de declaração), apenas a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que faz remissão ao art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Portanto, para aplicação da retroatividade benigna, resta necessário comparar (a) o somatório das multas previstas nos arts. 35, II, e 32, § 5º, ambos da Lei nº 8.212, de 1991, e (b) a multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991 - regra já adotada pelo fiscal quando do lançamento do débito.

A comparação de que trata o item anterior tem por fim a aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN e, caso necessário, a retificação dos valores no sistema de cobrança, a fim de que, em cada competência, o valor da multa aplicada no AIOA somado com a multa aplicada na NFLD/AIOP não exceda o percentual de 75%.

Prosseguindo na análise do tema, também é entendimento pacífico deste Colegiado que na hipótese de lançamento apenas de obrigação principal, a retroatividade benigna será aplicada se, na liquidação do acórdão, a penalidade anterior à vigência da MP 449, de 2008, ultrapassar a multa do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, correspondente aos 75% previstos no art. 44 da Lei nº 9.430/96. Caso as multas previstas nos §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela MP 449 (convertida na Lei 11.941, de 2009), tenham sido aplicadas isoladamente - descumprimento de obrigação acessória sem a imposição de penalidade pecuniária pelo descumprimento de obrigação principal - deverão ser comparadas com as penalidades previstas no art. 32-A da Lei nº 8.212, de 1991, bem assim no caso de competências em que o lançamento da obrigação principal tenha sido atingida pela decadência. Neste sentido, transcreve-se excerto do voto proferido no Acórdão nº 9202-004.000:

*Até a edição da MP 449/2008, quando realizado um procedimento fiscal, em que se constatava a existência de débitos previdenciários, lavrava-se em relação ao montante da contribuição devida, notificação fiscal de lançamento de débito - NFLD. Caso constatado que, além do montante devido, descumprira o contribuinte obrigação acessória, ou seja, obrigação de fazer, como no caso de omissão em GFIP (que tem correlação direta com o fato gerador), a empresa era autuada também por descumprimento de obrigação acessória.*

*Nessa época os dispositivos legais aplicáveis eram multa - art. 35 para a NFLD (24%, que sofria acréscimos dependendo da fase processual do débito) e art. 32 (100% da contribuição devida em caso de omissões de fatos geradores em GFIP) para o Auto de infração de obrigação acessória.*

*Contudo, a MP 449/2008, convertida na lei 11.941/2009, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:*

*“Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou*

*omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:*

*I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e*

*II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.*

*§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.*

*§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:*

*I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou*

*II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.*

*§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:*

*I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e*

*II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”*

*Entretanto, a MP 449, Lei 11.941/2009, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,*

*“Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”*

*O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:*

*“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata “*

*Com a alteração acima, em caso de atraso, cujo recolhimento não ocorrer de forma espontânea pelo contribuinte, levando ao lançamento de ofício, a multa a ser aplicada passa a ser a*

*estabelecida no dispositivo acima citado, ou seja, em havendo lançamento da obrigação principal (a antiga NFLD), aplica-se multa de ofício no patamar de 75%. Essa conclusão leva-nos ao raciocínio que a natureza da multa, sempre que existe lançamento, refere-se a multa de ofício e não a multa de mora referida no antigo art. 35 da lei 8212/91.*

*Contudo, mesmo que consideremos que a natureza da multa é de "multa de ofício" não podemos isoladamente aplicar 75% para as Notificações Fiscais - NFLD ou Autos de Infração de Obrigação Principal - AIOP, pois estaríamos na verdade retroagindo para agravar a penalidade aplicada.*

*Por outro lado, com base nas alterações legislativas não mais caberia, nos patamares anteriormente existentes, aplicação de NFLD + AIOA (Auto de Infração de Obrigação Acessória) cumulativamente, pois em existindo lançamento de ofício a multa passa a ser exclusivamente de 75%.*

*No presente caso, conforme consta do relatório, a multa aplicada ocorreu nos termos da Lei nº 8.212/91, art. 35A, c/c art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, ambos com redação da MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/09, por ser considerada mais favorável.*

*Tendo identificado que a natureza da multa, sempre que há lançamento, é de multa de ofício, considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.*

Sobre o assunto foi editada a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009 - que se reporta à aplicação do princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, inciso II, alínea "c", do CTN, em face das penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias nos lançamentos de obrigação principal e de obrigação acessória, em conjunto ou isoladamente, previstas na Lei nº 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009. De fato, as disposições da referida Portaria, a seguir transcritas, estão em consonância com a jurisprudência unânime desta 2ª Turma da CSRF sobre o tema:

*Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009*

*Art. 1º A aplicação do disposto nos arts. 35 e 35-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, às prestações de parcelamento e aos demais débitos não pagos até 3 de dezembro de 2008, inscritos ou não em Dívida Ativa, cobrados por meio de processo ainda não definitivamente julgado, observará o disposto nesta Portaria.*

*Art. 2º No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas será analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN).*

*§ 1º Caso não haja pagamento ou parcelamento do débito, a análise do valor das multas referidas no caput será realizada no momento do ajuizamento da execução fiscal pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).*

*§ 2º A análise a que se refere o caput dar-se-á por competência.*

*§ 3º A aplicação da penalidade mais benéfica na forma deste artigo dar-se-á:*

*I - mediante requerimento do sujeito passivo, dirigido à autoridade administrativa competente, informando e comprovando que se subsume à mencionada hipótese; ou*

*II - de ofício, quando verificada pela autoridade administrativa a possibilidade de aplicação.*

*§ 4º Se o processo encontrar-se em trâmite no contencioso administrativo de primeira instância, a autoridade julgadora fará constar de sua decisão que a análise do valor das multas para verificação e aplicação daquela que for mais benéfica, se cabível, será realizada no momento do pagamento ou do parcelamento.*

*Art. 3º A análise da penalidade mais benéfica, a que se refere esta Portaria, será realizada pela comparação entre a soma dos valores das multas aplicadas nos lançamentos por descumprimento de obrigação principal, conforme o art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, e de obrigações acessórias, conforme §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, e da multa de ofício calculada na forma do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009.*

*§ 1º Caso as multas previstas nos §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, tenham sido aplicadas isoladamente, sem a imposição de penalidade pecuniária pelo descumprimento de obrigação principal, deverão ser comparadas com as penalidades previstas no art. 32-A da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009.*

*§ 2º A comparação na forma do caput deverá ser efetuada em relação aos processos conexos, devendo ser considerados, inclusive, os débitos pagos, os parcelados, os não-impugnados, os inscritos em Dívida Ativa da União e os ajuizados após a publicação da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.*

*Art. 4º O valor das multas aplicadas, na forma do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, sobre as contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, deverá ser comparado com o valor da multa de ofício previsto no art. 35-A daquela Lei, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009, e, caso*

*resulte mais benéfico ao sujeito passivo, será reduzido àquele patamar.*

*Art. 5º Na hipótese de ter havido lançamento de ofício relativo a contribuições declaradas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), a multa aplicada limitar-se-á àquela prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009.*

Em face ao exposto, dou provimento ao recurso para que a retroatividade benigna seja aplicada em conformidade com a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

## Voto Vencedor

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Redator designado

Com a devida vênia, ousou discordar da nobre relatora em relação ao mérito do Recurso Especial da contribuinte, tanto no que diz respeito: (i) à natureza não remuneratória (mercantil) do contrato de opções de ações como quanto (ii) à incidência de juros sobre a multa de ofício aqui lavrada. Os itens serão tratados separadamente, a seguir.

### **1. Quanto à natureza remuneratória (supostamente mercantil) dos planos de opção de compras de ações.**

Pertinente, a meu ver, que se reproduza novamente todos os elementos já citados pelo recorrido (mais especificamente colacionados às e-fls. 3650 a 3652), todos estes retirados de documentos de emissão da própria empresa autuada, *verbis* (grifos nossos):

(...)

**IAN – Formulário de Informações Anuais - Data-Base 31/12/2006**

*Sistemas Gerenciais e Estrutura Organizacional Única.*

*Nossos sistemas gerenciais e estrutura organizacional são baseados na nossa cultura orientada a resultados. Todos os nossos funcionários têm sua remuneração alinhada com o nosso desempenho, incluindo planos de opção de compra de ações para os nossos principais empregados.*

**Formulário 20F - DataBase 31/12/2007**

*O plano de opção objetiva:*

*(1) estimular a expansão e o êxito no desenvolvimento dos nossos objetivos sociais, permitindo aos nossos conselheiros, diretores e profissionais seniores adquirirem ações de nossa*

*emissão, incentivando a integração destes a nossa companhia; (2) permitir que identifiquemos e possamos contratar os serviços de conselheiros, diretores e de empregados de alto nível oferecendo-lhes o benefício adicional de se tornarem nossos acionistas; e (3) alinhar os interesses dos conselheiros, diretores e profissionais seniores aos interesses dos nossos acionistas.*

#### **IAN - Informações Anuais Data-Base 31/ 12/2007**

*A equipe da Gafisa S.A. mescla profissionais experientes na indústria imobiliária a pessoas oriundas de diversos segmentos de mercado, o que confere o dinamismo exigido pelos desafios de crescimento. Os sistemas gerenciais e a estrutura organizacional são baseados na meritocracia, em uma cultura orientada a resultados. Todos os funcionários têm remuneração variável definida a partir do cumprimento de metas coletivas e individuais, o que estimula a busca por soluções inovadoras e o compartilhamento das melhores práticas para o alcance de resultados expressivos.*

#### **DFP Demonstrações Financeiras Padronizadas Data-Base 31/ 12/2007**

*A Companhia possui, no total, cinco planos de aquisição de ações, o primeiro lançado no ano de 2000, administrados por um comitê que periodicamente cria novos programas de compra de ações, estipulando os seus termos de forma geral, os quais, entre outros, (i) define o tempo de serviço necessário para os funcionários estarem elegíveis aos benefícios dos planos, (ii) a seleção dos empregados que terão direito a integrar os planos; e (iii) estabelece os preços das opções de compra de ações preferenciais a serem exercidas em atendimento aos planos.*

#### **Relatório Anual 2007**

*Ao adotarmos, em 2000, um plano de opções de ações que privilegia a meritocracia e valoriza os profissionais que revelam seu compromisso com a companhia, formamos uma equipe que compartilha a mesma ambição: Ser a maior empresa em vendas e a melhor em retorno aos acionistas do setor de incorporação desenvolvimento urbano e construção no segmento residencial.*

*(...)*

#### **Remuneração**

*Outro programa em andamento na empresa é o de Stock Option, aplicável a todos os colaboradores. Com base na apuração dos resultados do ano e nas situações de superação de metas, a companhia elege os profissionais que podem exercer a opção de compra de papéis. Em 2007, o benefício foi concedido a 48 colaboradores.*

#### **IAN Informações Anuais DataBase 31/ 12/2008**

*Nossa política de remuneração envolve a outorga de opção de compra de ações de nossa emissão aos nossos executivos. O fato*

de uma parcela relevante da remuneração de nossos executivos estar ligada ao valor de mercado de nossas ações (inclusive na medida em que nossos executivos poderão exercer suas opções de compra de ações a um preço inferior ao valor de mercado das ações) pode levar nossos executivos a dirigir nossos negócios e atividades de forma conflitante com os interesses de nossos acionistas, por exemplo, nossos administradores poderão priorizar resultados de curto prazo o que poderá conflitar com os interesses de acionistas que tenham uma visão de investimento de longo prazo.

(...)

Oferecemos a nossos empregados os seguintes benefícios: seguro de vida, assistência odontológica, seguro saúde, assistência médica, vale-refeição, participação nos lucros e resultados e Plano de Opção de Compra de Ações estendido a alguns empregados.

(...)

#### **Remuneração indireta**

(i) as opções outorgadas no âmbito dos planos de opções de compra de Ações, cujos exercícios já podem ocorrer a critério dos outorgados, referentes a 2.112.056 ações ou 1,6% das ações representativas do nosso capital social, nossos administradores fariam jus a um adicional de remuneração indireta de R\$ 480,2 mil, valor esse, calculado com base no modelo de “diluição imediata”, considerando-se (a) o exercício da totalidade das opções de compra de ações remanescentes, tomando-se por referência a cotação das ações ordinárias de nossa emissão em 9 de junho de 2009 de R\$16,50 na BM&FBOVESPA e o preço de exercícios dos respectivos planos de compra; e (ii) as opções já outorgadas no âmbito dos planos de opções de compra de ações, cujas condições de exercício ainda não ocorreram, referentes a 3.719.578 ações ou 2,8% do nosso capital social, nossos administradores farão jus a um adicional de remuneração indireta de R\$1,8 milhões, calculado com base no modelo de “diluição imediata”, tomando-se por referência a cotação das ações ordinárias de nossa emissão em 9 de junho de 2009 de R\$16,50 na BM&FBOVESPA e o preço de exercícios dos respectivos planos de compra; O modelo de “diluição imediata” apresenta o montante obtido pelos nossos administradores em decorrência do exercício das opções de compra de ações, subtraindo-se, do valor de mercado da ação, o preço de exercício de cada opção e, posteriormente, multiplicando-se este valor pela quantidade total de opções exercidas. Assim, o total adicional da remuneração indireta que os nossos administradores fariam jus com relação ao Plano de Opção de Ações da Companhia seria de R\$ 2,3 milhões.

#### **DFP Demonstrações Financeiras Padronizadas DataBase 31/12/2008**

A Companhia oferece aos executivos, devidamente aprovado pelo Conselho de Administração, plano de remuneração com base em 18 ações ("Stock Options"), segundo o qual recebe os

**serviços como contraprestações das opções de compra de ações outorgadas.**

(...)

**Opção de compra de ações**

*Nós temos planos de remuneração com base em ações para nossos executivos. As opções, calculadas na data da outorga, devem ser reconhecidas como despesas no patrimônio líquido durante o período em que os serviços são prestados até a data da transferência do direito.*

(...)

**Diretoria**

*Os membros da Diretoria estatutária e não estatutária fazem jus à remuneração fixa e variável, esta última composta por uma parcela de bônus de curto prazo em dinheiro e outra parcela de longo prazo, baseada em ações. Os valores pagos a título de remuneração fixa ficam normalmente abaixo dos padrões de mercado, permitindo assim que a Companhia concentre parte significativa da remuneração total nos incentivos variáveis de curto e longo prazo, o que faz com que os Diretores compartilhem o risco e o resultado com a Companhia, permitindo maior alinhamento de interesses entre os executivos e acionistas da Companhia.*

*O objetivo da remuneração variável de curto prazo é recompensar o resultado do ano, se as metas estipuladas para o período tiverem sido alcançadas. Da mesma forma, a remuneração variável de longo prazo, baseada em ações, visa recompensar o resultado de um período mais longo (geralmente acima de 2 anos), também na hipótese das metas estipuladas para este período terem sido alcançadas, metas essas que são diferentes daquelas estipuladas para o curto prazo.*

*Esta política visa alinhar os interesses dos executivos com aqueles dos acionistas.*

*É importante ressaltar que a Companhia possui um Comitê de Remuneração que analisa a estratégia de remuneração fixa e variável a ser adotada, os modelos de Stock Options e as indicações de beneficiários, para serem aprovados posteriormente pelo Conselho de Administração.*

(...)

*“ii. qual a proporção de cada elemento na remuneração total”:*

*No caso do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal, a remuneração fixa corresponde a 100% da remuneração total, conforme já mencionado anteriormente. Já no caso da Diretoria (tanto estatutária quanto não estatutária), a remuneração fixa corresponde a aproximadamente 30% da remuneração total, enquanto que a remuneração variável corresponde*

aproximadamente aos demais 70%, incluindo a parcela relativa à remuneração baseada em ações.

Dentro da parcela referente à remuneração variável, a parte relacionada à remuneração baseada em ações (longo prazo) representa aproximadamente 60% e a parte relacionada ao bônus (curto prazo) representa aproximadamente 40%. Esses percentuais podem variar em função de mudanças nos resultados obtidos pela Companhia no período, dado ao componente de compartilhamento de riscos e resultados existente na remuneração variável.

(...)

iv. Razões que justificam a composição da remuneração A Companhia adota um modelo de composição da remuneração que concentra uma parcela significativa da remuneração total nos componentes variáveis (tanto de curto como de longo prazo), o que é parte de sua política de compartilhar o risco e o resultado com seus principais executivos.

c. principais indicadores de desempenho que são levados em consideração na determinação de cada elemento da remuneração:

Para a determinação de todos os itens de remuneração, são levadas em consideração a performance do empregado e suas metas individuais. A remuneração variável está diretamente atrelada aos indicadores contidos no Score Card da Companhia, o qual é aprovado pelo Conselho de Administração e contém as metas definidas para o período, como por exemplo, o EBITDA e o volume de vendas, entre outros.

d. como a remuneração é estruturada para refletir a evolução dos indicadores de desempenho:

Qualquer mudança nos itens da remuneração está diretamente atrelada à performance individual e da Companhia e alcance das metas no período em questão, já que os aumentos salariais, as variações dos múltiplos salariais recebidos como bônus e a quantidade de opções outorgadas estão diretamente ligados ao desempenho demonstrado no período avaliado.

e. como a política ou prática de remuneração se alinha aos interesses de curto, médio e longo prazo da Companhia:

A prática adotada pela Companhia com relação aos componentes da remuneração total está diretamente alinhada aos interesses de curto, médio e longo prazos da Companhia: a remuneração fixa reflete uma compensação abaixo do praticado pelo mercado neste item, porém como o ciclo do segmento é de médio e longo prazos, entende-se que a concessão de parcela expressiva da remuneração deva se remeter a esses períodos, estando totalmente de acordo com o acompanhamento da performance da Companhia e, portanto, reafirmando o compartilhamento do risco e do resultado entre o executivo e a Companhia.

Tais documentos admitem, de forma expressa, a outorga de opções como parcela de remuneração variável e indireta, note-se, a executivos da recorrente (Conselheiros, Diretores e Empregados de Alto Nível) ou seja, assim, se tratando de parcela exclusivamente atribuível a titulares que possuem vínculo de efetiva prestação de serviço à outorgante, de forma a alinhar o interesse daqueles ao dos acionistas da recorrente.

Como elementos de convicção adicionais do caráter contraprestacional e remuneratório, caracterizados, ainda, na forma de Anexos 23 a 38, de e-fls. 1689 a 2366, o caráter intransferível das opções outorgadas sem prévia anuência da emissora, a necessidade de não desligamento por justa causa e, ainda, a não manutenção de atividades após certo prazo da ocorrência de aposentadoria durante determinado período de carência, para fins de direito, do beneficiário, à diferença integral entre o valor de mercado das ações na data de exercício e o valor contribuído pelo beneficiário para fins de aquisição das ações, diferença esta aqui objeto de tributação.

Resumidamente, entendo, pelos elementos supra, carreados aos autos, que se está, aqui, diante do nítido recebimento, pelos beneficiários, de remuneração decorrente de serviços prestados à recorrente, ou seja do cumprimento de obrigação pecuniária previamente assumida pela recorrente, decorrente dos serviços prestados pelos beneficiários.

Repita-se, de se notar que o que se discute aqui é justamente a tributação do excesso entre o valor de mercado na data de exercício e o valor das contribuições para aquisição de ações pelos beneficiários, ou seja, não se tratando aqui de tributação de qualquer parcela de valor que tenha sido objeto de contribuição (vide a propósito item 14 do Relatório de Fiscalização de e-fls. 18 a 103). Desta forma, só houve a tributação do ganho, ou melhor, da remuneração, nas situações onde, utilizando-se de expressão utilizada pela recorrente, havia ganho "efetivo e palpável", no momento do exercício das opções, decorrendo este, de forma nítida, a partir do conjunto de elementos acima, de uma contraprestação de serviço anteriormente prestado pelos respectivos beneficiários dos planos de opções à recorrente.

Ainda, entendo que os elementos de risco apontados pelo contribuinte em seu recurso como já caracterizados antes do momento de exercício pelo beneficiário (tais como pagamento de parcela anteriormente ao exercício pelo empregado, correção monetária do preço de exercício e, ainda, possibilidade de flutuação do preço das ações antes do exercício) não desnaturam o seu caráter remuneratório, sendo perfeitamente factível, note-se, a existência de risco assumido pelo beneficiário, quando se está a tratar, como no presente caso, de remuneração de caráter eminentemente variável.

Por sua vez, quanto aos elementos de risco posteriores, decorrentes da manutenção voluntária das ações pós-exercício, entendo que este não guarda qualquer relação com a remuneração, já auferida pelo beneficiário em momento pregresso.

Já em situação diametralmente oposta, percebe-se, 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 prestação de qualquer tipo de serviço entre as figuras do lançador, titular e companhia emissora das ações. Adicionalmente, as opções adquiridas em mercado podem, via de regra, 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 presente feito), em meu entendimento, poderia haver caracterização de operação ou negócio de natureza societária (mercantil, não-laboral).

Assim, ao levar em conta tais elementos, resta plena a convicção deste Conselheiro no sentido de que as opções de compra decorrentes dos Planos de e-fls. 1689 a 2366 são instrumentos remuneratórios, respaldada, derradeiramente, de forma mais detalhada, tal conclusão, inclusive, pelo melhor conceito sobre o instituto, de Greenspan (2002), de forma bastante feliz trazida aos autos em sede de contrarrazões pela Fazenda Nacional (e-fl. 3887), *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 (...)" . A partir dos elementos já citados carreados aos autos, entendo como plenamente amoldados ao conceito acima os Planos de Opções da recorrente.

Finalmente, quanto ao fato das opções outorgadas e exercidas darem origem a ações subjacentes (ativo-objeto) que sofrem restrição temporal de venda (cláusula de "*lock up*"), ou seja, só voluntariamente alienáveis após certo tempo, entendo, como já tive oportunidade de me manifestar em outros feitos, que tal restrição influenciaria tão somente a apuração da base de cálculo feita pela autoridade autuante, através da redução do preço das ações restritas em relação às ações sem restrição, quando do apreamento comparado de ambas. Esta, em meu entendimento, seria a seara onde a referida restrição à venda poderia influir no presente lançamento (mais especificamente, repita-se, através da redução do valor intrínseco na data de exercício, de uma opção com ativo-objeto restrito, quando comparada com uma opção que tem ativo-objeto não sujeito a tal restrição), ressaltando-se, todavia, não ser tal matéria objeto do presente litígio.

Ou seja, entendo que tal cláusula só possa influir na 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 eminentemente remuneratória, esta, sim a matéria aqui recorrida), tratando-se, assim, de matéria estranha ao pleito, pleito este que, em meu entendimento e também da relatora, se limita a discutir a natureza mercantil dos planos de opções de compra das ações, consoante claramente evidenciado no item 126 constante do Pedido do Recurso analisado.

Diante do acima exposto, entendo como perfeitamente caracterizada a natureza remuneratória dos planos de opções de compra de ações sob análise, restando, em meu entendimento, perfeita a subsunção dos fatos objeto de lançamento ao disposto no art. 22, incisos I e II da Lei nº. 8.212, de 1991, incidentes, assim, as contribuições previdenciárias sobre os montantes objeto de lançamento, bem assim caracterizada a infração prevista no art. 32, §5º. da Lei nº. 8.212, de 1991, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores em questão.

Escorreito, assim, o procedimento da autoridade fiscal e, desta forma, voto por negar provimento ao Recurso Especial da Contribuinte quanto à matéria da natureza dos Planos de Opções de Compra de Ações.

## **2. Dos juros de mora sobre a multa de ofício**

Quanto a esta segunda matéria, entendo inexistir, *in casu*, dúvida sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício (posicionamento esposado pelo vergastado, ao qual acedo integralmente), adotando como razões de decidir aquelas brilhantemente expostas pela ilustre conselheira Viviane Vidal Wagner, em seu voto vencedor

na 1ª. Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão 9101-00.539, de 11 de março de 2010, *verbis*:

“

(...)

*Com a devida vênia, ousou discordar do ilustre relator no tocante à questão da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.*

*De fato, como bem destacado pelo relator, o crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.*

(...)

*Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.*

*Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.*

*No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito."*

*Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:*

***"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).***

*Dai, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.*

*O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.*

*Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.*

*De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."*

*Converte-se em crédito tributário a obrigação principal referente à multa de ofício a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:*

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

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

*A obrigação tributária principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.*

*(...)*

*A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.*

*Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, ao compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.*

*A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.*

*Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

*O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.*

*Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº*

9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício:

**Art. 950.** Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei no 9.430, de 1996, art. 61).

**§1º.** A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei no 9.430, de 1996, art. 61, § 1o).

**§ 2º** O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei no 9.430, de 1996, art. 61, § 2o).

**§ 3º** A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou este E. colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

**"JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO**

**PRINCIPAL** — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.(g.n.)

Nesse sentido, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei no 9.065, de 1995.

A jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

**"REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0239572-8  
Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador  
T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data  
da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL  
CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO.  
DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO  
ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC.  
LEGALIDADE.**

**1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535  
do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-  
samente rediscutir as razões do julgado.**

**2. Em se tratando de tributos lançados por homologação,  
ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de  
pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida  
ativa independe de procedimento administrativo.**

**3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de  
correção monetária e de juros de mora, na atualização dos  
créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp  
579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins,  
DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira  
Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07)."**

De se ressaltar, ainda, que, no âmbito administrativo deste Conselho, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal (dos quais não vislumbro se poder excluir os valores a título de multa de ofício) já foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos:

**Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros  
moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados  
pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de  
inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de  
Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.**

Assim, diante do exposto, concluo pela incidência dos juros de mora, calculados pela taxa SELIC, sobre a multa de ofício constante do lançamento e, destarte, também nego provimento ao Recurso Especial da Contribuinte quanto a esta matéria.

Conclusivamente, diante do acima exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial da Contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior

## **Declaração de Voto**

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

O objetivo da presente declaração é deixar claro as razões pelas quais acompanhei o relator pelas conclusões.

Apenas para melhor esclarecer, trago meu entendimento a respeito da questão, já abordado em outros processos aos quais tive a oportunidade de ser relatora.

### Da Definição do Stock Options

Doutrinariamente, ou seja, em sua concepção original, o *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 a assinatura de um contrato mediante pagamento de um valor, para ter direito de compra de ações por um valor pré determinado, após um período de carência previamente fixado (permanência na empresa) e a possibilidade de vendê-las no mercado de capitais auferindo lucro ao final desse prazo.

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

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

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

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

#### *1. Introdução*

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

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

*No início, estes programas foram implementados no Brasil com o intuito de manter os benefícios que os expatriados possuíam quando eram empregados da matriz da empresa no exterior.*

*Posteriormente, passou a ser comum a oferta destes benefícios não somente aos empregados estrangeiros, como também aos*

*novos gerentes contratados no Brasil. Mais tarde, passou a ser estendido também aos demais empregados brasileiros da empresa.*

*Segundo o dicionário Barron's Dictionary of Legal Terms, o termo "stock option" significa; "a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, e não ao tempo em que as ações são adquiridas".*

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

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

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

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

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

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

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

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

Após um determinado período (prazo de carência, também chamado de 'vesting'), esse direito de opção de compras pode ou não ser exercido, já que não se trata de obrigação, como mencionado acima e envolve risco para o empregado.

Ou seja, no meu entender, na sua concepção original o *stock options*, ao possibilitar a assinatura de um contrato com o correspondente pagamento de um preço ajustado para ter o direito de comprar ações futuras (sem a devolução do valor já pago), é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador). Consistiria em um regime de opção de compra de ações por preço prefixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo, dentro dessa concepção caráter salarial. Assim, não parto da premissa, de que qualquer plano de *stock options* teria natureza salarial, como também não há como se afirmar que ao atribuir a nomenclatura de "*stock options*", estará a empresa desobriga de incluir tal verba na base de cálculo de contribuições previdenciárias ou de qualquer outro tributo.

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

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

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

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.

Entendo que, apenas restando respeitada essa concepção original que envolveria um risco na assinatura do contrato, já que o trabalhador teria que pagar um valor para ter direito a participar do plano de stock options é que poderíamos dizer que a natureza seja mercantil. Em todos os demais casos, como nos presentes autos, onde a única exigência para que se tenha direito a participar do plano e comprar ações com um valor de deságio futuro, seja permanecer trabalhando, ou seja, cumprir uma carência de tempo de trabalho, fica nítido o caráter salarial do plano, pois não envolve qualquer risco ao trabalhador.

#### Configuração Da Natureza Remuneratória Do Stock Options

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

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

O fato da legislação das S.A ter previsto essa modalidade de pagamento, não a excluiu do conceito do salário de contribuição. Nesse ponto, entendo oportuno a indicação do auditor que a verba não está contida no rol de exclusões do art. 28, §9º, mas devemos nos aprofundar nos fatos indicados no relatório fiscal para constituição do crédito ora sob análise. Tal fato mostra-se relevante para evitar que as empresas passem a adotar sistemáticas de remuneração indireta, passando as chamá-las de stock options.

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

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

Como defendeu a autoridade fiscal, o caráter remuneratório nasce, na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma, que o mesmo veja no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta. Destaco, porém, que embora, não concorde com a frase dita de forma isolada, no contexto apresentado pelo auditor, entendo que a conclusão mostra-se acertada. Os próprios comunicados e instrumentos de gerenciamento descrevem a nítida intenção de remunerar os trabalhadores por meio do *stock options*. 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.

Partindo do posicionamento acima exposto, o qual já adoto nos meus julgados a respeito do tema, discordo do entendimento da relatora de que a fiscalização não aponta as características do plano que demonstram a sua natureza salarial. Realmente a primeira indicação da autoridade fiscal, é que o plano em questão é na verdade remuneração, mas ao contrário do que tenta demonstrar a relatora foram apreciados pontualmente características que me fazem concordar com o caráter salarial do benefício fornecido.

Uma leitura do termo de verificação fiscal, deixa claro, ter a autoridade fiscal se debruçado sobre os planos e demais instrumentos e comunicados gerenciais da empresa, assim, como descrito pelo ilustre relator desse voto. No caso, restou suficientemente demonstrado que a nítida intenção do plano ofertado era de conferir um ganho indireto ao trabalhador, razão pela qual restou caracterizada a sua natureza salarial.

Conforme descrito anteriormente, o argumento consistente para que a opção de compra de ações se afasta da natureza remuneratória e assuma a sua condição conceitual é o fato do risco atribuído ao empregado ou contribuinte individual, quando lhe é feita a opção pela compra de ações. Todavia, no presente caso, esse elemento resta mitigado, na medida que a

empresa, vai criando políticas que permitem o acesso ao plano sem o desembolso de qualquer valor no momento de assinatura do contrato de opção pela compra de ações.

Conforme podemos identificar no acórdão recorrido, ao qual adoto em parte como razões de decidir 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, o que corrobora com o entendimento de que no presente caso, o plano de stock options não ofertada qualquer risco no momento da concessão, mas tão somente a possibilidade de ganho efetivo caso os trabalhadores

*No caso em apreciação, do exame dos documentos corporativos analisados, a Fiscalização apurou que a Gafisa elaborou e pôs em prática um plano de concessão de opções de compra de ações a colaboradores previamente selecionados, visando à motivação e produtividade desses trabalhadores, com o objetivo de criar um comprometimento com os valores e bem estar da companhia, levando-os a trabalhar mais e melhor, bem como à retenção de pessoal, eis que tais programas foram usados para proteger o investimento em capital humano, e “reter” os colaboradores de alto desempenho.*

*Extraise do item 8 do Relatório Fiscal, a fls. 37/48, que a escolha dos beneficiários do plano de concessão de opções de compra de ações tinha por critério de seleção a atribuições e o desempenho individual do empregado, e que a finalidade do plano focava-se na retenção desses profissionais na empresa, mediante uma retribuição diferenciada pelos serviços prestados, consoante critérios de desempenho individual/atingimento de metas.*

*Para melhor elucidar tais conclusões, transcrevemos excertos colhidos em diversos documentos da empresa:*

*[...]*

#### *Remuneração*

*Outro programa em andamento na empresa é o de Stock Option, aplicável a todos os colaboradores. Com base na apuração dos resultados do ano e nas situações de superação de metas, a companhia elege os profissionais que podem exercer a opção de compra de papéis. Em 2007, o benefício foi concedido a 48 colaboradores.*

*[...]*

#### *Remuneração indireta*

*(i) as opções outorgadas no âmbito dos planos de opções de compra de Ações, cujos exercícios já podem ocorrer a critério dos outorgados, referentes a 2.112.056 ações ou 1,6% das ações representativas do nosso capital social, nossos administradores fariam jus a um adicional de remuneração indireta de R\$ 480,2 mil, valor esse, calculado com base no modelo de “diluição imediata”, considerando (a) o exercício da totalidade das opções de compra de ações remanescentes, tomando-se por referência a cotação das ações ordinárias de nossa emissão em 9*

*de junho de 2009 de R\$16,50 na BM&FBOVESPA e o preço de exercícios dos respectivos planos de compra; e (ii) as opções já outorgadas no âmbito dos planos de opções de compra de ações, cujas condições de exercício ainda não ocorreram, referentes a 3.719.578 ações ou 2,8% do nosso capital social, nossos administradores farão jus a um adicional de remuneração indireta de R\$1,8 milhões, calculado com base no modelo de “diluição imediata”, tomando-se por referência a cotação das ações ordinárias de nossa emissão em 9 de junho de 2009 de R\$16,50 na BM&FBOVESPA e o preço de exercícios dos respectivos planos de compra; O modelo de “diluição imediata” apresenta o montante obtido pelos nossos administradores em decorrência do exercício das opções de compra de ações, subtraindo-se, do valor de mercado da ação, o preço de exercício de cada opção e, posteriormente, multiplicando-se este valor pela quantidade total de opções exercidas. Assim, o total adicional da remuneração indireta que os nossos administradores fariam jus com relação ao Plano de Opção de Ações da Companhia seria de R\$ 2,3 milhões.*

*[...]*

#### *Diretoria*

*Os membros da Diretoria estatutária e não estatutária fazem jus à remuneração fixa e variável, esta última composta por uma parcela de bônus de curto prazo em dinheiro e outra parcela de longo prazo, baseada em ações. Os valores pagos a título de remuneração fixa ficam normalmente abaixo dos padrões de mercado, permitindo assim que a Companhia concentre parte significativa da remuneração total nos incentivos variáveis de curto e longo prazo, o que faz com que os Diretores compartilhem o risco e o resultado com a Companhia, permitindo maior alinhamento de interesses entre os executivos e acionistas da Companhia.*

*O objetivo da remuneração variável de curto prazo é recompensar o resultado do ano, se as metas estipuladas para o período tiverem sido alcançadas. Da mesma forma, a remuneração variável de longo prazo, baseada em ações, visa recompensar o resultado de um período mais longo (geralmente acima de 2 anos), também na hipótese das metas estipuladas para este período terem sido alcançadas, metas essas que são diferentes daquelas estipuladas para o curto prazo.*

*Esta política visa alinhar os interesses dos executivos com aqueles dos acionistas.*

*É importante ressaltar que a Companhia possui um Comitê de Remuneração que analisa a estratégia de remuneração fixa e variável a ser adotada, os modelos de Stock Options e as indicações de beneficiários, para serem aprovados posteriormente pelo Conselho de Administração.*

*[...]*

*A partir da assinatura dos “CONTRATOS DE OUTORGA DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES”, os beneficiários selecionados incorporam aos seus patrimônios o direito à aquisição de lotes de ações da companhia, de sua própria emissão, especificadas em cada contrato.*

*Convém ressaltar que, após adquirido o direito de opção (Lote Incorporado), o beneficiário pode optar pelo não exercício de tal Direito de Aquisição, mediante a não efetuação do pagamento das ações (Contribuição para Aquisição dos Lotes Incorporados).*

*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.*

*Corroborar tal compreensão os expressivos ganhos com ações experimentados por servidores selecionados, conforme descrito no item 10 do Relatório Fiscal, a fls. 68/74.*

*Em virtude de os ganhos patrimoniais auferidos pelos beneficiários proporcionados pelos exercícios das opções não terem transitado pelas folhas de pagamento, DIRF e GFIP da fiscalizada, dificultando o trabalho da fiscalização, tornou-se imprescindível para uma efetiva compreensão dos fatos apurados uma averiguação nas declarações anuais de ajustes (AC 2006/2007/2008/2009) de alguns dos beneficiários, a título de amostragem, listados a fl. 69 do Relatório Fiscal.*

*A documentação obtida nas diligências fiscais demonstrou uma grande assimetria entre os valores das remunerações e ganhos resultantes das **Stock Options**, os quais superaram em muito o valor dos salários, consoante exposição pormenorizada no item 10 do Relatório Fiscal, a fls. 68/74.*

*Outro fato que chamou a atenção da Fiscalização foi o de que os referidos ganhos, apesar de vinculados ao contrato de trabalho, foram tributados como de **mais valia** (15%).*

*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 em que as de mesma natureza são oferecidas aos interessados externos estranhos ao contrato de trabalho.*

*Mas não foi assim que se sucedeu a operação em foco, porquanto tal direito de opção houve-se por oferecido, nas condições do plano, somente e tão somente, a empregados selecionados pelo Comitê de Remuneração, após exame da estratégia de remuneração fixa e variável a ser adotada, dos modelos de Stock Options e as indicações de beneficiários, e*

*dependentes de ulterior aprovação pelo Conselho de Administração.*

*A sistemática de aquisição do direito de opção é, igualmente, diversa daquela experimentada no mercado.*

*a) A fase preliminar visa a selecionar os empregados de interesse da companhia, em função dos critérios adotados pelo Comitê de Remuneração, em função da estratégia de remuneração fixa e variável a ser adotada em cada plano, dos modelos de **Stock Options**, e da aprovação pelo Conselho de Administração;*

*b) A contar da assinatura do instrumento particular intitulado “Contrato de Outorga de Opção de Compra de Ações”, o empregado beneficiário selecionado incorpora, anualmente, o direito à aquisição de lotes de ações, de maneira que, ao término de alguns anos, terá incorporado ao seu patrimônio o direito à aquisição de todas as ações que lhe foram outorgadas no plano;*

*c) Uma vez adquirido o direito à aquisição de lotes de ação, o beneficiário tem um prazo para efetuar as respectivas contribuições financeiras visando à efetiva aquisição dos lotes de ações acima referidos, sendo que a empresa trata os valores antecipadamente pagos pelo Beneficiário para a compra de tais ações como “Adiantamento para Futura Subscrição”;*

*d) A emissão das ações não se verifica na mesma ocasião das contribuições feitas pelo Beneficiário para a sua aquisição;*

*e) As ações só serão objeto de entrega efetiva ao Beneficiário após o cumprimento de determinados prazos e situações,*

*Nos planos em realce, o beneficiário se investe no direito de adquirir ações da Empresa, em condições vantajosas em relação à oferta de mercado. O ganho patrimonial do trabalhador se realiza nas vantagens econômicas que auferir quando comparadas com as condições de aquisição concedidas ao investidor comum que compra idêntico título no mercado de valores mobiliários.*

*A aquisição e o exercício do direito de fazer contribuições para aquisição das ações obedecem às seguintes regras e condições:*

*a) Mediante o pagamento antecipado, no ato da assinatura do “Contrato de Outorga de Opção de Compra de Ações”, de um percentual do valor total das ações (ex: 10%), o beneficiário adquire o direito de efetuar, a partir das respectivas datas de aquisição do direito de contribuir, contribuições para aquisição de um percentual (ex: 18%) do número total de ações que lhe foram outorgadas, de forma que, ao término de um número de anos (ex: 5), o beneficiário terá incorporado o direito de efetuar “Contribuições para a Aquisição da totalidade das ações”;*

*b) Cada conjunto de ações, cujo direito à contribuição já tenha sido adquirido na forma do item acima, é denominado “Lote incorporado”; Denomina-se “lote não incorporado” ao lote de ações cujo direito à contribuição por parte do Beneficiário ainda não tenha sido adquirido, na forma do item acima;*

*c) O Beneficiário tem prazo determinado, contado da Data de Aquisição do Lote Incorporado, para exercer, total ou*

*parcialmente, a opção de proceder ao pagamento do “Valor da Contribuição para Aquisição das Ações” que compõem o referido “Lote Incorporado”;*

*d) O exercício da faculdade de efetuar a “Contribuição para Aquisição dos Lotes Incorporados” dá-se por mero aviso à empresa, acompanhado do pagamento do “Valor da Contribuição para Aquisição” correspondente ao Lote Incorporado a que se refere;*

*e) O “valor da Contribuição para Aquisição” tem valor certo e ajustado no contrato, o qual é acrescido de juros e correção monetária;*

*f) Todos os “Valores de Contribuições para Aquisição das Ações” recebidos pela Empresa, na forma dos itens anteriores, são mantidos em conta de “Adiantamentos para Futura Subscrição”, até a entrega efetiva das ações ou a ocorrência de qualquer dos eventos de liquidação contratualmente previstos, sendo vedada a qualquer das partes requerer ou proceder à sua capitalização antecipada, ou devolver ou requerer a devolução desta “contribuição para Aquisição de Ações”;*

*g) A partir da quitação de todas as parcelas dos “Valores de Contribuições para Aquisição das Ações”, a empresa tem o prazo de dez anos para a efetiva entrega das ações;*

*h) A contar da efetiva entrega, todos os direitos decorrentes das ações entregues pertencerão ao Beneficiário;*

*i) O Beneficiário só poderá ceder, transferir ou de qualquer forma alienar as ações, bem como bonificações, desdobramentos, subscrições e outros direitos dela decorrentes, após a entrega efetiva das ações; Conforme elucidado acima, o Beneficiário tem prazo determinado (ex: 3 anos), contado da Data de Aquisição do Lote Incorporado, para exercer, total ou parcialmente, a opção de proceder ao pagamento do “Valor da Contribuição para Aquisição das Ações” que compõem o referido “Lote Incorporado”.*

*O beneficiário tem ao seu dispor a faculdade de exercer ou não tal direito de aquisição. O exercício da faculdade de efetuar a “Contribuição para Aquisição dos Lotes*

*Incorporados” dá-se por mero aviso à empresa, acompanhado do pagamento do “Valor da Contribuição para Aquisição” correspondente ao Lote Incorporado a que se refere.*

*O ganho patrimonial, portanto, há que ser apurado nesse momento histórico e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.*

*Com efeito. Se um investidor qualquer fosse ao mercado de valores mobiliários ou mercado de balcão adquirir ações da Companhia, iria pagar um preço de “x” Reais por ação. Por outro lado, o beneficiário do plano adquire na mesma data a mesma ação por um preço ‘y’ Reais, inferior ao preço de mercado. O ganho patrimonial “GP” desse Beneficiário*

*corresponderá, logicamente, à diferença entre o valor “x” de mercado e o valor “y” de aquisição, multiplicada pelo número de ações adquiridas “n”.*

$$GP = (x - y) * n.$$

*Tal montante “GP” representa exatamente a importância que o empregado Beneficiário deixou de desfalcar o seu patrimônio inercial para a aquisição do mesmo quantitativo de ações no mercado de valores mobiliários.*

*No caso presente, de acordo com o Relatório Fiscal, a data do fato gerador corresponde à data em que houve o exercício das opções, o qual se deu pelo pagamento do “Valor da Contribuição para Aquisição” correspondente ao Lote Incorporado a que se refere e a Base de Cálculo é, exatamente, a diferença entre o valor das “Contribuições para Aquisição das Ações” previstos nos contratos e o Valor de Mercado das Ações na data da liquidação financeira das referidas “Contribuições para Aquisição das Ações”.*

Assim, pelas razões apresentadas acima, transcritas em parte do próprio acórdão recorrido e relatório fiscal, chego a mesma conclusão do redator de restar nitidamente caracterizado o caráter salarial do plano de *stock options* ofertado pela recorrente aos seus trabalhadores.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

## **Declaração de Voto**

Conselheira Ana Paula Fernandes

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

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

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

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

*“STOCK OPTIONS – INCENTIVO AO EMPREGADO – CARÁTER NÃO SALARIAL. Tratando-se as denominadas stock options de incentivo ao empregado no desenvolvimento de seus misteres, condicionado, porém, a regras estabelecidas e não sendo gratuito, visto que sujeito a preço, embora com desconto,*

*tem-se que não guardam tais opções de compra da empresa caráter salarial. Recurso Ordinário obreiro a que se nega provimento, no aspecto” (TRT 2ª Região – 42364200290202002-RO-Ac.20030636234 – 7ª T – Relª Juíza Anélia Li Chum – DOESP 5.12.2003)*

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

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

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. Compra de ações vinculada ao contrato de trabalho. Stock options. Natureza não salarial. Exame de matéria fática para compreensão das regras de aquisição. Limites da Súmula nº 126/TST. As stock options, regra geral, são parcelas econômicas vinculadas ao risco empresarial e aos lucros e resultados do empreendimento. Nesta medida, melhor se enquadram na categoria não remuneratória da participação em lucros e resultados (art. 7º, XI, da CF) do que no conceito, ainda que amplo, de salário ou remuneração. De par com isso, a circunstância de serem fortemente suportadas pelo próprio empregado, ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa, mais ainda afasta a novel figura da natureza salarial prevista na CLT e na Constituição. De todo modo, torna-se inviável o reconhecimento de natureza salarial decorrente da possibilidade de compra de ações a preço reduzido pelos empregados para posterior revenda, ou a própria validade e extensão do direito de compra, se a admissibilidade do recurso de revista pressupõe o exame de prova documental - O que encontra óbice na Súmula nº 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (TST; AIRR 85740- 33.2009.5.03.0023; Sexta*

*Turma; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 04/02/2011; Pág. 2143)*

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

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

*"Stock option plano. Natureza comercial. O exercício da opção de compra de ações pelo empregado envolve riscos, pois ele tanto poderá ganhar como perder na operação. Trata-se, portanto, de operação financeira no mercado de ações e não de salário. Não há pagamento pelo empregador ao empregado em decorrência de prestação de serviço, mas risco do negócio. Logo, não pode ser considerada salarial a prestação" (TRT 2ª R. (20030145141) - 3ª T - Rel. Sérgio Pinto Martins - DOESP 08.04.2003).*

Em decisão ainda mais recente o Tribunal Superior do Trabalho no RR-201000-02.2008.5.15.0140, manteve este posicionamento, não entendendo pela natureza remuneratória:

*(...)*

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

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

Repiso aqui meu próprio entendimento já registrado no Processo 10680.722449/2010-54, que embora trate de situações bem diversas aproveita na discussão central. Sendo a meu ver inadmissível para a segurança jurídica que o mesmo fato seja considerado de diferentes formas para o Estado ao mesmo tempo, ou seja, que para a Justiça do

Trabalho não seja reconhecida natureza remuneratória de uma verba e para a Receita Federal o seja, unicamente com a finalidade de cobrar contribuição previdenciária

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

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

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

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

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