



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

Processo nº 16682.721018/2013-80
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-005.255 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de junho de 2019
Matéria PLANO DE OPÇÕES
Recorrente GERDAU AÇOS LONGOS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/2009 a 31/12/2010

NULIDADE. LANÇAMENTO.

Estando devidamente circunstanciado no lançamento fiscal as razões de fato e de direito que o amparam, e não verificado cerceamento de defesa, carecem motivos para decretação de sua nulidade.

PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. RETRIBUIÇÃO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. FATO GERADOR.

Sobre a retribuição pela prestação de serviços na forma de gratificação utilidade, representado pelas opções outorgadas a executivos da pessoa jurídica, incidem as contribuições previstas na legislação de regência, sendo a dia do exercício das opções a data de ocorrência do fato gerador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Martin da Silva Gesto, Fernanda Melo Leal e Leonam Rocha de Medeiros, que deram provimento.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Marcelo de Sousa Sáteles, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Rorildo Barbosa Correa, Fernanda Melo Leal (suplente convocada), Leonam Rocha de Medeiros e Ronnie Soares Anderson. Ausente a conselheira Andrea de Moraes Chieregatto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis (SC) - DRJ/FNS, que julgou procedente auto de infração DEBCAD nº 51.033.583-7, referente ao período compreendido entre as competências 01/2009 a 12/2010, e correspondentes às contribuições destinadas aos Terceiros FNDE Salário-educação, INCRA, SENAI, SESI, SEBRAE, incidentes sobre os valores pagos aos segurados empregados.

Passo a transcrever, em sua essência, o resumo efetuado pela instância de piso (fls. 1972/1976) relativamente às principais conclusões do Relatório Fiscal:

No relatório fiscal de fls. 1436-1495, a autoridade lançadora relata que a ação fiscal teve por objeto a constituição de crédito tributário incidente sobre a remuneração paga por meio outorga de opções de compra de ações a executivos de alto escalão da Autuada, incluindo diretores empregados e não empregados, conselheiros, e outros profissionais incluindo alguns cargos gerenciais, todos vinculados a empresas do Grupo Gerdau.

(...)

Que, para o caso em tela, a caracterização do momento "pago, devido ou creditado" não ocorre no momento da outorga, mas somente quando do exercício de compra das ações, conforme tópico próprio onde desenvolve o tema.

No item 5.2 e subitens do REFISC, passa a discorrer quanto à divulgação do Plano de Opção pela Gerdau S.A. Informa que através da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária — AGOE de 30/04/2003 (doctos fls. 721/724), foi possível identificar a criação do Plano de Outorga de Opção de Compra de Ações, apresentando como regras gerais o período de carência para exercício de 5 anos, a extensão a todas as empresas controladas, e a inclusão de administradores, empregados e outras pessoas naturais prestadoras de serviços. Consta da referida ata que o plano “consubstancia nova forma de remuneração de executivos estratégicos da Sociedade, instituindo o denominado ‘Programa de Incentivo de Longo Prazo’”.

Historia as alterações ocorridas no programa, alertando que foram alterados alguns itens, mas sem modificação na essência do mesmo, com destaque para o item 5.1, que trata dos percentuais de remuneração anual, passíveis de uso para opção e para exercícios, para a aprovação de lote extra de outorga na Resolução nº 166/2005 (AGE 30/12/2005) e para a alteração aprovada pela Assembléia de 28/04/2010, que trouxe modificações envolvendo o rito formal do programa. Diz que até esta data eram previstas as formalizações de “Contrato de Opção” (item 6.1 e 7) e “Contrato de Adesão” (item 7), que deveriam ser firmados pelos executivos participantes do Programa. Com as modificações introduzidas em 2010, deixou de existir a exigência dos referidos contratos (consta às fls. 729/733, cópia do Programa com a nova redação aprovada na Assembléia de 28/04/2010 —extraída do sítio da CVM). Informa que no tocante ao período em que tais documentos eram exigíveis (até 27/04/2010), a empresa, conforme resposta apresentada à fiscalização, deixou de formalizar tais documentos.

No item 5.4 são citados alguns pontos dos Formulários de Referências dos anos de 2009 e 2010, que passaram a serem de divulgação obrigatória pelas empresas com ações negociadas em bolsa a partir de 2009, por força da Instrução CMV nº 480, de 2009, os quais, de acordo com a fiscalização, comprovam e esclarecem a adoção de remuneração por meio de opções. A fiscalização transcreve diversas informações contidas nos referidos formulários, tais como os principais eventos societários, objetivos da política ou prática de remuneração, composição da remuneração, principais indicadores de desempenho que são levados em consideração na determinação de cada elemento da remuneração, dentre outros.

A partir do item 6, são relatados os eventos ocorridos no procedimento fiscal. A fiscalização esclarece que o procedimento iniciou-se por meio do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF 10.0.01.002012000095 emitido para a Metalúrgica Gerdau S.A. (Metalúrgica), holding que está no topo do Grupo, porquanto esta havia publicado o plano de outorga de opções aprovado em assembléia. Porém, em resposta ao Termo de Início (fls. 25/29), a Metalúrgica respondeu que “apesar de o Plano de Outorga de Opção de Compra de Ações ter sido aprovado, não houve desde a sua instituição a outorga de opção de compra de ações a qualquer dos elegíveis ao Programa”.

Diante dessa informação, foi aberto o MPF Diligência nº 10.0.01.002012000648 para a Gerdau S.A., holding que está imediatamente abaixo da Metalúrgica, com capital formado por ações negociadas em bolsa de valores, a qual havia divulgado a aprovação do Plano de Outorga, e informava, no Formulário de Referência, que remunerava por meio de outorga de opções a diretoria, o conselho de administração e vários outros executivos de empresas controladas.

No procedimento junto a Gerdau S.A., foram emitidos, além do Termo de diligência acima, o Termo de Intimação Fiscal nº 01 e nº 02, nos quais foram solicitados vários documentos, feitos questionamentos e pedidos de esclarecimentos. Com relação aos esclarecimentos prestados, destaca a fiscalização que a Gerdau confirma, que de forma geral, deixou de cumprir as formalidades do programa aprovado em assembléia pelos acionistas, porquanto não foram formalizados os contratos individuais ou instrumentos particular de outorga, conforme previsto no programa aprovado em 30/04/2003, na redação que vigorou até 30/04/2010. Consta que, intimada a apresentar a relação individualizada dos beneficiários do plano, discriminando detalhes da outorga das opções e do exercício de compra das ações, a Gerdau apresentou uma planilha contendo 512 participantes, cujos vínculos de trabalho eram oriundos de várias empresas do Grupo, a qual foi anexada aos autos (fls. 107/218), assim como todos os termos de intimação, respostas e documentos apresentados.

No Termo de Intimação Fiscal nº 02, foram feitos vários questionamentos sobre a operacionalização do plano de outorga, que a fiscalização entendeu como relevantes para o entendimento do processo, cujas perguntas e respostas estão transcritas nas fls. 40-43 do Relatório da Fiscal. No Termo de Intimação Fiscal nº 03, foram solicitados dados complementares à planilha apresentada pela Gerdau S.A, quais sejam, planilhas individuais por data de outorga, com a relação de executivos que já haviam exercido, total ou parcialmente, compras de ações decorrentes do plano de stock options. Também foram solicitados documentos complementares que demonstrassem o efetivo exercício das opções, bem como esclarecimentos acerca da divergência sobre o número de ações exercidas pelos executivos constantes na planilha apresentada por força do Termo de Intimação Fiscal nº 01, se comparadas com os Termos de Exercício de Opções apresentados em resposta ao Termo de Intimação 02, enquanto que os preços de exercícios

constam pela metade na planilha. Em resposta, consta que a Gerdau trouxe cópia dos documentos requeridos (fls. 406/616), os quais demonstram a ocorrência de efetivo exercício de compra de ações. Também explica que as divergências de números de ações entre a planilha e os Termos de Exercício decorrem de ajuste em função de bonificação concedida pela Gerdau S.A., na razão de 100% (1 ação nova para cada 1 possuída) em 12/06/08. Assim, teria ajustado os dados da planilha para manter a comparabilidade ao longo do tempo.

No item 7 do Refisc, a autoridade lançadora discorre sobre a identificação do caráter remuneratório da parcela variável paga por meio de ações aos administradores e empregados de alto escalão do Grupo Gerdau.

Que essa remuneração por meio de ações é paga em função do vínculo de trabalho mantido entre os beneficiários e as empresas do Grupo Econômico, pois é essa a relação que existe entre ambos, e somente a partir dela nasce a oferta de opções de exercício de ações com possibilidades de ganhos e que admitir isso como mera operação mercantil, seria um total desvirtuamento da realidade.

Assinala o Fisco que os objetivos declarados do plano de outorga de opção aprovado pela AGE de 30/04/2003, são os seguintes:

- a- Atrair e reter Executivos estratégicos;
- b - Oferecer um sistema de remuneração realizável a longo prazo;
- c - Compartilhar crescimento e sucesso da companhia;
- d - Reforçar o sentimento de participação e sociedade no negócio.

Diante do primeiro objetivo, "atrair e reter executivos estratégicos", assinala o Fisco que a finalidade de reter executivos se dá porque a companhia acredita no potencial destes para alavancar o desenvolvimento do seu negócio, é dizer, é pela capacidade laboral, pelo trabalho destes profissionais, que são outorgadas as opções de compra de ações, onde a empresa abriria mão de um ganho em benefício do trabalhador.

No segundo objetivo, de acordo com a autoridade autuante, a própria redação não deixa margem a dúvidas quando diz que é "oferecer um sistema de remuneração". Que literalmente afirma que se trata de sistema de remuneração, e o vínculo mantido entre a companhia e os executivos é de trabalho, em razão de que entende que o pagamento é pela dedicação laboral.

O terceiro e quarto objetivos, "compartilhar crescimento e sucesso da companhia" e "reforçar o sentimento de participação e sociedade no negócio", seguem a mesma linha de raciocínio da Participação nos Lucros e Resultados (PLR), no entanto, o pagamento por meio de ações não pode ser enquadrado como tal, pois a PLR tem regras específicas que diferem deste. Além disso, a PLR, que decorre da relação de trabalho, somente é isenta das contribuições previdenciárias em função de previsão literal contida na alínea "j" do § 9º, do artigo 28 da Lei n.º 8.212, de 1991.

Portanto, segundo a autoridade lançadora, não há dúvidas de que parte da remuneração de executivos do Grupo Gerdau é paga por meio de ações. E esta parcela variável é decorrente da relação de trabalho.

Aduz a fiscalização que a empresa Gerdau S.A., ao longo dos anos, tem colocado ações à disposição de dirigentes e empregados do grupo Gerdau, que vêm exercendo essas ofertas de compras desde o ano de 2006, e com isso obtendo ganho patrimonial. Portanto, caracterizados o intuito retributivo e a habitualidade.

Pondera a autoridade autuante que, no campo trabalhista, é irrelevante a nomenclatura que é dada à parcela ou a intenção do empregador. O que importa, para caracterizar a natureza salarial de uma verba e sua repercussão em outras verbas, é o fato de ter sido instituída em razão do contrato de trabalho e de estar presente a habitualidade da concessão. Na espécie, esses requisitos acham-se presentes, o que impõe o reconhecimento da natureza salarial e remuneratória da utilidade fornecida.

Dado que os rendimentos proporcionados pelos planos de opções correspondem à remuneração de natureza salarial, afirma a fiscalização que o fato desta aparentar ser apenas uma operação de compra e venda de ações no mercado de capitais somente se prestaria a evitar a incidência das contribuições previdenciárias e, bem assim, a retenção do imposto de renda na fonte com base na tabela progressiva, e, ainda, criaria condições para que os beneficiários se furtassem à tributação, ou se sujeitassem a uma menor tributação de seu rendimento, quando da venda das ações.

Segundo a autoridade autuante, uma vez comprovado que os rendimentos provenientes do exercício das opções de compra de ações, levado a cabo por empregados, diretores e conselheiros das empresas do Grupo Gerdau, a partir de outorgas de opções de ações da Gerdau S.A., estão sujeitos a incidência de contribuições previdenciárias prevista no art. 28, incisos I e II da Lei 8.212, de 1991, não importa, para o lançamento em questão, a que título foram os rendimentos proporcionados por intermédio dos planos de opção, sendo irrelevante se foi salário indireto ou remuneração variável, pois o que interessa é a natureza remuneratória fulcrada no fato de que tais rendimentos foram concedidos em retribuição ao trabalho prestado. Geram um ganho econômico e conseqüente acréscimo patrimonial aos executivos, têm natureza de salário-de-contribuição, e somente poderiam ser afastados se estivessem nas hipóteses taxativas previstas no §9, do artigo 28 da Lei nº 8.212, de 1991, o que não ocorre.

No tocante a ocorrência do fato gerador, definição de data da ocorrência e base de cálculo, a fiscalização expõe que, com base nas informações prestadas pela Gerdau S.A, no momento da outorga de opções nenhum bem ou direito é transferido aos executivos, pois sequer há assinatura de quaisquer termos ou contratos por parte dos mesmos. Que na distribuição das opções nasceria uma mera expectativa de direito, sem ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias. Que o Programa traz uma condição suspensiva, prevendo que o exercício das opções somente poderá ser realizado após determinado período de tempo, e, ainda, que mesmo implementadas as condições necessárias à aquisição do direito de exercício de compra de ações, o executivo pode ser impedido de obter o ganho a qual faria jus, se for demitido por justa causa, conforme item 10.1 do Plano de Outorga de opção de compra de ações (denominado "PROGRAMA DE INCENTIVO DE LONGO PRAZO" –APROVADO PELA AGE DE 30 DE ABRIL DE 2003).

Desse modo, conclui que o fato gerador ocorre na data do exercício das opções de compra de ações, momento em que houve a transferência patrimonial da empresa controladora para o titular. A base de cálculo, por sua vez, é a diferença (valor intrínseco) entre o valor pago pelos executivos para aquisição das ações e o valor de mercado das ações na data da liquidação financeira dos referidos pagamentos.

Mais adiante, no item 11.1 do REFISC, relata que a comprovação do efetivo exercício compra de ações, da quantidade de ações exercidas (com desdobramento conforme o caso) e do preço de exercício pode ser conferida por meio dos Termos

de Exercício de Opção e demais documentos de liquidação financeira, apresentados pela Gerdau S.A, em amostragem requerida pela fiscalização (fls. 271/384 – 406/616). As planilhas de cálculo, elaboradas pela fiscalização, para apuração das remunerações, com base nos dados apresentados pela empresa, são juntadas às folhas 1402/ 1410.

SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA Considerando que o plano de remuneração por meio de opções de ações foi implementado na holding Gerdau S.A, com o uso de ações da sua própria emissão, e que além da própria gestora, é extensivo às demais empresas do Grupo Gerdau, e que por meio dele foram remunerados diretores, conselheiros e demais executivos eleitos a participar do Programa, vinculados às controladas Gerdau Aços Especiais S.A, Gerdau Comercial de Aços S.A, Gerdau Aços Longos S.A, Gerdau Aço Minas S.A entre outras; considerando, ainda, que o fato gerador da obrigação previdenciária pressupõe o exercício de atividade (prestação de serviço) mais a consequente remuneração (paga, devida ou creditada), e que no caso em tela, o trabalho sendo executado em uma empresa e o pagamento efetuado por outra (holding), a fiscalização, com fulcro no art. 22, incisos I e III, atribuiu a obrigação à empresa, cujos empregados e trabalhadores lhe prestem serviços. A identificação de qual empresa o executivo beneficiário estava vinculado na data do exercício foi fornecida pela Gerdau S.A, em resposta ao Termo de Intimação 03.

Não obstante impugnada (fls. 1511/1732), a exigência foi mantida no julgamento de primeiro grau (fls. 1970/1992), nos termos de acórdão cuja ementa se transcreve a seguir:

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. REMUNERAÇÃO EM CONTRAPARTIDA DO TRABALHO. GRATIFICAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. INCIDÊNCIA.

Diferentemente do que ocorre em um contrato mercantil típico do mercado de opções, os segurados, ao exercerem a opção de compra das ações da companhia, podem pagar um preço inferior ao valor de mercado das ações que adquirem porque, no momento em que exercem a opção, são portadores de um crédito que lhes havia sido conferido pelo só fato de terem dedicado a contento, e por um período determinado, seu labor a uma empresa integrante do grupo econômico a que pertence a empresa autuada, além do que o fato gerador das contribuições ocorre no momento em que a opção de compra é exercida, e não na venda das ações, porque é na aquisição por um preço inferior ao valor de mercado das ações que o crédito que foi conferido aos segurados, no âmbito do pacto tipicamente laboral, se materializa e seu valor torna-se apreensível, sendo, pois, correspondente à diferença entre o valor de mercado das ações na data da aquisição e o preço de exercício preestabelecido quando da outorga da opção de compra.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

JULGAMENTO EM CONJUNTO. SOLICITAÇÃO DESCABIDA.

É incabível o julgamento em conjunto de processos administrativo-fiscais cuja competência foi atribuída a Turmas de Julgamento distintas.

PEDIDO DE PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE.

Indefere-se a solicitação de perícia quando os próprios impugnantes, em suas contrarrazões, afirmam categoricamente que a discussão que ensejou o pedido não tem a menor relevância para a elucidação do litígio.

LEGITIMIDADE PASSIVA. CONTRIBUINTE. QUALIFICAÇÃO.

Restando incontroverso nos autos que os segurados relacionados pelo Fisco trabalharam para a empresa autuada, se a imputação é de que tais segurados foram remunerados em razão desse trabalho, afigura-se inegável a existência da relação pessoal e direta da pessoa jurídica com a situação que, descrita pela autoridade autuante, constitui o fato gerador das contribuições exigidas e que qualifica a empresa como contribuinte das exações sob apreço.

Tal feito deu ensejo à interposição de recurso voluntário em 31/01/2018 (fls. 2013/2052), sendo então arguido, em síntese, que:

- o processo em tela deve ser julgado em conjunto com os processos nºs 16682.721017/2013-35, 16682.721015/2013-46, 16682.721018/2013-24 e 16682.721016/2013-91, por versarem eles sobre os mesmos fatos;

- há nulidade decorrente de erro na identificação do sujeito passivo, pois foi a Gerdau S.A. que instituiu o plano de opções de ações de sua emissão, sendo que a Gerdau Aços Longos S.A. não pagou ou creditou valor relativo a esse plano, e não tem relação direta com o fato gerador que em tese teria ocorrido;

- deve ser realizada prova pericial, para verificação de que a falta de um contrato no papel não se constitui em descumprimento de uma formalidade do programa, diversamente do que sugere o autuante;

- inexistente lei que tipifique a outorga de opção de compra de ações como fato gerador de contribuições, não bastando para tanto normas e pronunciamentos contábeis, face ao princípio constitucional da legalidade;

- não há subsunção dos fatos à capitulação legal, pois as recorrentes não pagam nem creditam nada aos beneficiários dos planos, sendo estes que pagam preço médio de mercado do dia da outorga para a aquisição das ações, e isso somente se implementadas as condições contratuais; ademais, aduz que o plano não se ajusta ao conceito de contraprestação do trabalho, ainda que sob a forma de utilidades;

- o plano tem natureza mercantil, sendo regulado pela legislação societária e consubstanciado em contrato bilateral e oneroso, por meio do qual a Gerdau S.A se obriga a vender um lote de ações ao preço médio de mercado do dia da outorga, possuindo o colaborador livre direito de adquirir tais ações ao final de um prazo temporal. Afirma que vários dos

beneficiários não constam da folha de pagamento da empresa, e que o objetivo é que todos os parceiros se tornem sócios, de forma que aquela possa obter melhores resultados no mercado, "tendo em vista a possibilidade de obtenção, pelos beneficiários dos planos de opção de compra de ações, de potenciais ganhos em bolsas de valores".

- apenas em 4 (quatro) dos 10 (dez) anos em já houve outorga, os valores da data de exercício, foram maiores que os vigentes na data de outorga, o que denota a existência de riscos e a eventualidade dos ganhos.

Cita, ainda, doutrina e jurisprudência administrativa que, entende, vai ao encontro de suas razões. Também refere-se a acórdão da 5ª Turma do TRF da 3ª Região, e a decisões da justiça trabalhista, na mesma linha, para, ao final, demandar a reforma da decisão recorrida, para declarar a improcedência do lançamento contraditado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Desde já saliente-se que os processos conexos a que o contribuinte se refere em sua peça recursal foram pautados para a mesma sessão de julgamento que estes autos, de modo a evitar decisões potencialmente conflitantes. A exceção é o processo nº 16682.721018/2013-24, com relação ao qual, por versar sobre IRRF, tributo regido por legislação diversa, não cabe conexão.

Também de pronto há que se afastar a alegação de haver nulidade na autuação por motivo de erro de identificação no sujeito passivo.

De acordo com o art. 121 do CTN, o contribuinte é o sujeito passivo da obrigação tributária que possui relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador.

Como bem ressalta o acórdão contestado, havendo a fiscalização entendido que a retribuição proporcionada - aquisição de ações a preços abaixo do mercado - foi devida em razão da prestação de serviços realizada pelo beneficiário à epigrafada, resta coerente a imputação da condição de contribuinte à Gerdau Aços Longos S.A.. O fato de a outorga ter sido instituída, e ter envolvido ações de pessoa jurídica diversa, a Gerdau S.A., sinaliza apenas ser esta a holding do grupo e empresa de referência no mercado acionário, no qual ditas ações (código GGBR4 na bolsa) possuem adequada liquidez para tornarem-se atrativas aos beneficiários do plano, no caso de intenção de venda.

Não por acaso, o programa elege como seus beneficiários não somente pessoas que prestam serviços diretamente à Gerdau S.A, mas "administradores e empregados de alto nível da Companhia e *de suas sociedades controladas, direta ou indiretamente*".

Diversamente do que refere a peça recursal, a tergiversação parece ocorrer não nos argumentos da recorrida, mas sim no arrazoado da contribuinte, pois o fato de o plano de ações ter sido concebido por empresa do mesmo grupo, e a vantagem auferida

consubstanciada em ações dessa empresa, não tem influência sobre a situação que constitui o fato gerador, a remuneração "paga, devida ou creditada", "a qualquer título", e "qualquer que seja a sua forma", decorrente dos "serviços efetivamente prestados", conforme a letra clara do inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91 deixa inequívoco.

Cita a vergastada, inclusive, o caso das gorjetas, em que parte da remuneração é paga por terceiro, no particular os clientes, e que nem por isso deixa de compor a base de cálculo das contribuições. Dessa feita, sendo a retribuição proporcionada em razão do trabalho prestado à recorrente, não há cogitar do pretense erro. Nesse sentido cite-se, dentre outros, o acórdão nº 2402-005.392 (j. 13/07/2016).

Já o questionamento acerca de se a outorga de ações pode ser compreendida como remuneração a atrair a incidência das contribuições não se trata de matéria de nulidade, mas sim de mérito, e no momento apropriado deverá ser tratada.

Cumprido registrar, de todo modo, que não se vislumbra na espécie qualquer das hipóteses ensejadoras da decretação de nulidade do lançamento consignadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, havendo sido todos os atos do procedimento lavrados por autoridade competente, sem qualquer prejuízo ao direito de defesa da contribuinte, a qual recorre evidenciando pleno conhecimento das exigências que lhe são imputadas.

Não há como prosperar, ainda, pedido de perícia voltado à comprovação de que o contrato de opção de compra de ações de que trata o item 7.3 do Plano de Outorgas, e relativos ao período até 30/04/2010, teria sido materializado, não em papel, mas de forma virtual em rede privada de computadores do grupo econômico Gerdau, visto que os próprios impugnantes, em suas impugnações, afirmam categoricamente que essa discussão não tem a menor relevância para a elucidação do presente litígio.

Com efeito, a não formalização dos contratos em questão, ou formalização em meio virtual conforme defende a recorrente, não se situa sequer perto do cerne da argumentação fiscal, consoante a leitura do relatório fiscal, resumido no início deste voto, evidencia, tratando-se de mera alusão a fato que, sob o prisma fiscalizatório, reforçaria suas conclusões. A exigência fiscal não é embasada nesse aspecto, mas sim nos contornos do programa instituído e na relação retributiva da vantagem destinada aos seus beneficiários, apta, segundo a autoridade lançadora, a atrair a incidência das contribuições em relevo.

Prescindível, destarte, nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235/72, e contrária aos princípios da duração razoável do processo, bem como da eficiência, a realização de perícia e/ou diligência para averiguação dos contornos da indigitada situação, só podendo ser entendida a postulação em comento sob o viés procrastinatório, o que remete a seu indeferimento.

No que tange à questão de fundo, cabe explicar inicialmente que o mercado de opções, em sua gênese, trata-se de mercado de derivativos voltado à gestão de risco, sendo as opções direitos de compra (ou de venda), a um preço pré determinado, de um ativo-objeto em uma data específica ou até uma certa data.

As opções negociadas em um mercado com liquidez são padronizadas pela instituição que o gerencia, como a B3 S.A. no Brasil, a qual define as séries de opções a serem abertas, discriminadas por vencimento.

Assim sendo, os agentes econômicos podem, ao comprar determinadas opções na bolsa, buscar proteção contra as oscilações de preço de mercado, caso possuam ações da empresa; poderão simplesmente especular, ao adquirir opções de compra que não precifiquem, a seu ver, adequadamente as possibilidades de incremento no valor da empresa; ou ainda, montar estratégias de renda fixa mediante o uso simultâneo de opções de compra e de venda do ativo (*box* de opções).

Tudo isso é viabilizado pela negociação em um mercado de livre acesso, que possibilita a adequada mensuração do preço do ativo que é a opção, preço esse chamado "prêmio", o qual por sua vez requer dos operadores a consideração de elementos tais como a volatilidade do ativo-objeto, a taxa de juros do mercado, tempo entre a negociação e o vencimento da opção, assim como, por óbvio, a diferença entre o preço do ativo em questão e o preço de exercício (conhecido como *strike*). Para tal feito, são utilizados sofisticados modelos matemáticos, sendo os mais conhecidos dentre eles os modelos denominados "Black and Scholes" e binomial.

Já as denominadas *employee stock options*, ora abordadas, possuem natureza bastante diversa.

Surgiram no estrangeiro, como parte do pacote de benefícios e vantagens oferecidas a administradores e empregados, visando a sua retenção nos quadros da empresa, em especial nas de pequeno e médio porte, que, descapitalizadas, necessitavam de trabalhadores qualificados para a consecução de seus objetivos; com o tempo, se espraiaram sendo utilizadas por diferentes tipos de empresas, integrando com frequência o pacote remuneratório ofertado pelas grandes companhias, especialmente as americanas e inglesas.

À evidência, a concessão de um direito de aquisição de uma participação no capital de uma empresa com potencial de crescimento, com a consequente perspectiva de valorização dessa participação - ação - revela-se bastante atrativa, representando a outorga desse direito - opção - uma efetiva vantagem econômica para o beneficiário, frente ao terceiro que não possui vínculos com a companhia.

Por sua vez as empresas, mesmo tendo em vista a possível diluição do valor de suas ações com o efetivo exercício das opções, o que pode ocorrer caso venha a emitir ações para contemplar os beneficiários, com a outorga daquelas últimas fazem convergir os objetivos dos investidores com o de empregados e administradores.

No que tange ao direito positivo pátrio, as opções do gênero têm sua previsão no § 3º do art. 168 da Lei das S.A.:

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.

Evidentemente, tal dispositivo não traz referência sobre o caráter remuneratório de tais opções, muito menos sobre a incidência de contribuições, por ser matéria estranha à lei que o veicula.

A Comissão de Valores Mobiliários, ao tratar da matéria na qualidade de regulador dos mercados mobiliários, denotou que¹:

A companhia aberta empregadora pode adotar vários tipos de planos para remunerar executivos e funcionários pela outorga de opções de compra de ações emitidas pela companhia. Nos planos de outorga de ações convencionais, por exemplo, a companhia empregadora outorga opções para compra de um número fixo de ações da companhia, a um preço estabelecido, durante um período específico, em troca de serviços correntes ou futuros dos executivos e funcionários. Este tipo de remuneração é usual no mercado americano e, em menor escala, nos mercados da comunidade européia, como forma de alinhar os objetivos dos investidores ao objetivo dos administradores e empregados. (grifei)

Nesse diapasão, e tendo em vista o projeto de convergência das normas contábeis brasileiras às internacionais, no caso o IFRS 2 - *Share-based Payment*, que trata das transações com pagamento baseado em ações e derivativos conexos, a Deliberação CVM nº 562/08 mais uma vez destacou, ao aprovar o Pronunciamento Técnico CPC 10, o entendimento daquele órgão acerca do caráter remuneratório das *employee stock options*:

Deliberação CVM nº 562, de 17 de dezembro de 2008

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

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

(...)

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

O disposto no item 12 do mencionado Pronunciamento Técnico CPC 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, segue na mesma linha:

12. Em geral, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são concedidos aos empregados como parte da remuneração destes, adicionalmente ao salário e outros benefícios concedidos. Normalmente não é possível mensurar de forma direta cada componente específico do pacote de remuneração dos empregados, bem como não é possível mensurar o valor justo do pacote como um todo. Portanto, é necessário mensurar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados. Além disso, **ações e opções de ações são concedidas como parte de um acordo de pagamento de bônus ao invés de o serem como parte da remuneração básica dos empregados, ou seja, trata-se de incentivo para permanecerem empregados na entidade ou de recompensa por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade. Ao beneficiar empregados com a concessão de ações ou opções de ações adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios adicionais.** Em função da

¹ CVM. Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007. Brasília, 14/02/2007, item 25.3.

dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados como o valor justo dos serviços recebidos. (grifei)

O entendimento das normas contábeis e societárias acerca da natureza remuneratória dos planos do gênero é sumariado pela doutrina de Sérgio de Iudícibus e Eliseu Martins, à fl. 539 do Manual de Contabilidade Societária FIPECAFI (São Paulo, Editora Atlas, 2010):

Algumas empresas optam por remunerar seus empregados (executivos, administradores ou outros colaboradores) por meio de pacotes que incluem ações e opções de ações. A idéia subjacente à remuneração com base em ações é fazer com que os funcionários sejam incentivados a atingir determinadas metas e, assim, se tornem, também, donos da entidade ou tenham a oportunidade de ganhar pela diferença entre o valor de mercado das ações que subscrevem e o valor da subscrição. Esse tipo de remuneração visa incentivar os empregados ao comprometimento com a maximização do valor da empresa, alinhando seus interesses com aos dos acionistas. Isso é necessário, pois de acordo com a Teoria da Agência, os empregados (agentes) e os acionistas (principais) possuem objetivos que, por muitas vezes, podem ser conflitantes.

Nesse cenário, os planos de ações e de opções de ações constituem uma característica comum da remuneração de diretores, executivos e outros empregados. (grifei)

Nessa linha, conclui-se que os planos de opções disponibilizados por empresas aos seus empregados e colaboradores, possuem, de uma maneira geral, ínsito caráter remuneratório e não de "operação mercantil" como alegado na peça recursal, tratando-se na verdade de retribuição disponibilizada, *interna corporis*, em razão de vínculo de prestação de serviços contratualmente estabelecido.

Registre-se que eventuais decisões exaradas pelo poder judicante com entendimento em sentido diverso do ora encaminhado não vinculam este Colegiado - ainda que possam auxiliar na formação do convencimento dos julgadores - salvo se atinentes à lide versada nos autos, quando deverão ser simplesmente cumpridas pela administração, ou quando presentes as hipóteses previstas no art. 62 do RICARF, do que não se trata no caso.

E, também vale consignar que, a despeito das decisões colacionadas pela recorrente, no âmbito do CARF os julgados a respeito do assunto vem se consolidando no sentido de reconhecer o caráter remuneratório, em regra, desses planos, merecendo citar, dentre outros, os recentes acórdãos nºs 9202-005.968 (j. 26/09/2017), 2402-006.048 (j. 06/03/2018) e 2301-005.772 (j. 05/12/2018).

Noutro giro, há que se considerar que a seguridade social deve ser financiada, a teor dos incisos I e II do art. 195, e § 11 do art. 201 da CF, c/c o disposto nos arts. 22 e 28 da Lei nº 8.212/91, por contribuições sociais incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título e sob qualquer forma, sendo necessária norma expressa, forte nos arts. 111 e 176 do CTN, para que determinada retribuição pelo trabalho não componha a base de cálculo daquelas contribuições.

As expressões "pagas, devidas ou creditadas a qualquer título", e "qualquer que seja sua forma", contidas no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91 mostram a opção do legislador em afastar a concepção de legalidade tal como defendida pela recorrente, ou seja, como atinente a uma tipicidade fechada. A lei, assim, não enumera cada caso possível de ser

alcançado pela incidência das contribuições, mencionando algumas espécies apenas a título de esclarecimento ou exemplificação, tais como "gorjetas" e "adiantamentos decorrentes de reajuste salarial".

Tal feito é necessário porque são recorrentes e cambiam frequentemente os instrumentos negociais e jurídicos concebidos pelas empresas com vistas a criar formas de remuneração inovadoras, tanto para atender diversos aspectos ínsitos a suas respectivas atividades, quanto para tentar viabilizar, por via transversa, uma diminuição na carga tributária relativa às contribuições.

Em sua sabedoria, e prevendo a possibilidade da ocorrência dessas situações, a norma posta veicula conceitos amplos no que toca a definição de remuneração, de modo a abarcá-las, e assim possibilitar que o financiamento da seguridade social.

Ou seja, a retribuição pela prestação de serviço, independentemente da forma ou *nomen iuris* da qual se revista, é base de cálculo das contribuições previdenciárias consoante assim definido pela lei, assim como das contribuições para outras entidades e fundos, sendo as hipóteses de cunho isentivo é que são tipificadas mais estritamente, mediante, primordialmente, discriminação contida nas alíneas do § 9º do art. 28 da Lei de Custeio. Anote-se, ademais, que eventual alegação de inconstitucionalidade das normas analisadas é matéria alheia ao conhecimento deste Colegiado, por força da Súmula CARF nº 2.

Impende assim, e a par das considerações doutrinárias e disposições legais acima expostas, passar ao caso em apreço para verificar as características particulares do plano de opção de ações em foco (fls. 233/236), com vistas a averiguar as alegações do autuado no sentido de que não possuiria tal plano caráter remuneratório, ao contrário do que sói prevalecer.

De pronto, deve-se notar que ser a adesão ao plano uma faculdade do beneficiário em nada afeta a vantagem eventualmente auferida, decorrente do vínculo com a empresa. Uma vez aceita a outorga de opções, ocorre para aquele a incorporação de uma perspectiva de posterior aquisição de vantagem patrimonial, a qual, contudo, ainda não se reveste de condições que permitam a sua adequada mensuração, tampouco está dotada de livre disponibilidade, o que ocorrerá em momento posterior, como será visto oportunamente.

Quanto à questão da habitualidade, cuide-se de frisar que Arnaldo Sussekind já alertava que ela constitui "...regra jurídica tacitamente criada em decorrência da reiteração de certa conduta genérica no cenário interno da empresa²". É, então, previsibilidade qualificada por essa reiteração, que gera justa expectativa nos potenciais beneficiários da recorrência na outorga de opção de ações.

No caso concreto existia a previsão de outorga anual das opções no plano de opção de compra de ações - "no último dia útil de dezembro de cada ano, a Companhia outorgará opções de compra de ações preferenciais da GERDAU, em valor equivalente a 20% do salário base anual de cada um dos EXECUTIVOS escolhidos para participar do PROGRAMA...No caso de Conselheiros, o valor par o exercício da opção de compra poderá ser equivalente a 100% de sua remuneração anual."

² SUSSEKIND, A. In; MARANHÃO, D.; VIANNA, S; LIMA, T: Instituições do Direito do Trabalho. 21ª ed. revista e atualizada. São Paulo: LTr, 2003, v.1, p. 373.

Então, no plano havia a expectativa concreta e justificada nos potenciais beneficiários da recorrência no auferimento das vantagens ofertadas - periodicamente alteradas por resoluções da AGE, particularmente no tocante aos percentuais da remuneração -, estando presente, por conseguinte, a habitualidade.

De sua parte, a existência de pessoalidade no plano é inequívoca, dado que apenas os prestadores de serviço à companhia ou sociedades sob seu controle - no caso, a Gerdau Aços Longos S.A. - sejam eles "administradores, empregados, ou outras pessoas naturais", são destinatários da outorga das opções intransferíveis, conforme explicitado no item 3 do Plano de Outorga de Opção da holding emissora das ações. Além disso, para serem contemplados com o direito a essa participação tinham de ser eleitos pelo Comitê de Remuneração e Sucessão (Comitê).

Já a retributividade exsurge clara, pois para fazerem os participantes jus à possibilidade de exercer às opções outorgadas deveriam manter o vínculo de prestação de serviços com a empresa concedente daqueles títulos, durante um certo período, o que é consubstanciado nas cláusulas fidelizatórias atinentes ao *vesting period* (carência), em regra de duração de 5 (cinco) anos.

Cabe destacar que, conforme com o item 13.4.c do Formulário de Referência 2009, há explanação de que, "aos ocupantes de cargos de diretor e acima, 50% das outorgas serão vinculadas a metas futuras estabelecidas no plano estratégico da empresa", o confirma o caráter contraprestativo das outorgas.

Além disso, a opção termina de pleno direito pelo desligamento do executivo da companhia, sendo que eventual direito a esse recebimento (em dinheiro ou ações), por ter já ter sido superado o prazo de carência, poderia ser exercido em até seis meses na data do término do contrato. Trata-se essa última hipótese, assim, de parcela remanescente do vínculo dantes estabelecido, paga (no caso de exercício), peculiarmente, após a cessação do pacto laboral, mas, em virtude de seu caráter contraprestativo face ao trabalho já realizado, também sujeita à incidência das contribuições.

Observe-se que a natureza remuneratória e retributiva do plano em comento é, inclusive, atestada sucessivamente em documentos de lavra do recorrente, sendo que no próprio plano, é frisado que um dos objetivos do programa é "oferecer um sistema de remuneração realizável a longo prazo". E, conforme realçado pela autoridade fiscal:

Em primeiro lugar, isso é remuneração porque a própria Companhia assim o considera. Nos Formulários de Referência publicados no website da CVM (itens 13 e 14 daqueles documentos), a exposição feita é sempre no sentido de que uma parcela da remuneração é satisfeita por meio de ações de emissão da empresa, sendo esta fatia intitulada "remuneração variável de longo prazo". A conceituação é a mesma tanto para os administradores (Diretoria e Conselho), como para os empregados (Diretores e Gerentes).

Essa remuneração por meio de ações é paga em função do vínculo de trabalho mantido entre os beneficiários e as empresas do Grupo Econômico, pois é essa a relação que existe entre ambos, e somente a partir dela nasce a oferta de opções de exercício de ações com possibilidades de ganhos.

Aliás, causa significativa estranheza que perante seus acionistas, colaboradores, instituições de mercado, etc., a recorrente alardeie ser o plano de outorga de

opções forma de remuneração, e que, face ao Fisco, defenda ser mera operação de caráter mercantil. Se desnuda, com vigor, a incoerência que contamina a argumentação recursal.

Sustenta a recorrente, também, que nos planos em comento os beneficiários tiveram que pagar pelas ações, porém o financiamento no todo ou em parte das ações adquiridas por meio do exercício das opções, mesmo que torne ainda mais evidente, quando presente, o caráter remuneratório de um determinado plano, não é elemento essencial deste, sequer necessário para sua configuração. O que importa é que se constate a existência de vantagem econômica, ainda que sob a forma de utilidades, no caso opções de ações/ações, disponibilizadas de forma exclusiva a pessoas físicas prestadoras de serviços à pessoa jurídica, em razão desse vínculo.

Acrescente-se que existe a possibilidade - consoante a própria autuada explicou no item 2.4 de sua resposta ao Termo de Intimação 02 - de que, caso o beneficiário seja correntista do Banco Itaú S.A., exerça a opção de compra de ações e realize simultaneamente a venda delas no mercado, sendo a diferença creditada diretamente em favor do beneficiário, em operação "casada".

Em outras palavras, nesses casos nenhum desembolso será feito pelo beneficiário, que auferirá o ganho sem precisar lançar mão de suas disponibilidades de caixa.

Nessa sequência de considerações, importa lembrar que, em se falando de remuneração variável, existe sempre o risco de que as condições combinadas para a percepção dos rendimentos não se verifiquem, ao final do período acertado para sua implementação.

Por exemplo, é perfeitamente possível que prêmios ou bônus não sejam pagos, em razão de o empregado não ter conseguido atingir as metas fixadas para que fizesse jus aos valores correspondentes. Inclusive, tal feito pode ter assim se sucedido em virtude de motivos externos ao próprio desempenho daquele, como dificuldades da empresa, problemas regulatórios, no mercado de atuação, etc. Apesar disso, o fato é que, quando recebido o prêmio, este é reconhecido, por força das normas de regência, pacífica doutrina e jurisprudência, o caráter remuneratório.

A percepção ou não de montantes associados à forma de remuneração variável não tem correlação alguma, portanto, com o reconhecimento ou não de sua natureza remuneratória; pelo contrário, apenas reforça a apreensão de sua variabilidade intrínseca, em contraposição às parcelas fixas, de feição salarial.

Os planos de *stock options* são espécie do gênero remuneração variável, e não obstante se incorporem na expectativa dos beneficiários os ganhos deles decorrentes, estes não são em absoluto assegurados, embora possam, dependendo das condições implementadas no programa, notadamente o preço de exercício fixado, ter os riscos associados consideravelmente diminuídos.

Ressalte-se que a partir do momento da outorga riscos surgem, pois o preço do ativo-objeto (ação da Gerdau S.A., no caso) oscila no mercado aberto. Porém tal variação não tem relevância para fins tributários, pois enquanto transcorre o período de carência os contratos de outorga firmados ficam sob a vigência de condição suspensiva nos termos previstos no inciso I do art. 117 do CTN, dado que o beneficiário tem a propriedade sobre um ativo, a opção outorgada, sobre o qual não tem o poder de disposição tampouco o de utilização,

na medida em que não pode convertê-lo no ativo-objeto a seu talante, para fins de auferir eventual vantagem econômica daí decorrente.

A partir desse momento, é facultado ao beneficiário o exercício da opção. Assim, pode aguardar o momento propício para exercer suas opções, por ser faculdade sua, e não obrigação. Se na data em que possibilitado o exercício o preço for maior, como refere a recorrente ter acontecido em alguns anos, basta não exercer a opção, e gravame fiscal associado inexistirá, naturalmente.

Se tratam tais possibilidades, contudo, de consequências da decisão de investimento do beneficiário da opção outorgada, não desnaturando o caráter remuneratório da outorga das opções.

Na prática, tão somente após o contato do beneficiário com o Banco Itaú, responsável pelo controle e gestão do programa, a assinatura do Termo de Exercício pelo beneficiário, e a consequente transferência eletrônica das ações da Gerdau S.A. para a titularidade daquele, é que se perfectibiliza a vantagem pecuniária advinda.

Nessa esteira, e em consonância com os argumentos já expendidos no decorrer desta fundamentação, verifica-se que somente na data do efetivo exercício da opção é que se incorpora definitivamente ao patrimônio do beneficiário a *utilidade dotada de valor econômico determinado* que lhe foi conferida em decorrência do vínculo de prestação de serviços, representada pela diferença positiva de preço entre o ativo-objeto (preço médio da ação) e o preço de exercício naquela data.

Em outros termos, é nessa data que estão presentes os atributos de mensurabilidade e de certeza jurídica quanto à percepção da utilidade, revestida então de disponibilidade jurídica. Resta atendida, de modo inequívoca, a subsunção dos fatos à capitulação legal contida no art. 22 da Lei nº 8.212/91, pois o beneficiário aufere ("pagas, devidas ou creditadas") via exercício de opções outorgadas ("a qualquer título") bem ("qualquer que seja sua forma") de liquidez imediata por preço inferior ao seu valor de mercado, sendo que tal diferença de preço nas ações traduz-se em vantagem patrimonial decorrente da prestação de serviços à empresa autuada. E, por decorrência, a incidência das contribuições para outras entidades e fundos.

Impende reiterar que, estando associada a percepção do rendimento ao exercício da opção, se tal feito não ocorre em razão de o beneficiário não considerar os preços vigentes da ação atrativos, ou ainda por problemas intrínsecos à empresa, seja no processamento da notificação pleiteando o exercício, seja de mercado, simplesmente não ocorre o fato gerador das contribuições. Porém, ocorrendo o exercício, verifica-se sua hipótese de incidência em concreto.

E o que acontece depois disso é irrelevante para fins tributários. O detentor das ações frutos da conversão pode permanecer com elas, sem as vender, porém sobre aquele ganho inicial remuneratório (diferença preço de mercado x preço de exercício) já houve a incidência das contribuições; a partir daí, considerando a decisão de investimento de alienar as essas ações a terceiros, poderá incidir imposto de renda, se apurado ganho de capital. São contudo, situações distintas material e temporalmente, e que não se confundem com a percepção de remuneração, como parece entender a recorrente.

Não merece reforma, portanto, a decisão contestada, que decidiu pela procedência integral do lançamento.

Processo nº 16682.721018/2013-80
Acórdão n.º **2202-005.255**

S2-C2T2
Fl. 2.156

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson