



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

Processo n° 10925.723207/2011-49
Recurso n° 10.925.723207201149 Voluntário
Acórdão n° **2803-03.815 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 5 de novembro de 2014
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente SADIA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício: 2006, 2007, 2008

STOCK OPTION PLANS. PLANO OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES SEM PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA DA EMPREGADORA. NATUREZA NÃO REMUNERATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Nos casos de opção de compra de ações das empregadoras pelos empregados ou diretores sem apoio financeiro daquelas, mediante preço representativo ao de mercado, não considera-se remuneração, nem fato gerador de contribuições previdenciárias, pois representam apenas um ato negocial da esfera civil/empresarial.

AFERIÇÃO INDIRETA. ARBITRAMENTO DE BASE DE CÁLCULO. DESCONSIDERAÇÃO DE ATO NEGOCIAL PRIVADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO E CRITÉRIOS DE APURAÇÃO. VÍCIO MATERIAL.NULIDADE.

Trata-se de aferição indireta ou arbitramento da base de cálculo quanto a fiscalização utiliza uma ficção ou presunção da ocorrência do fato gerador, cabível apenas quando não merecer fé a documentação apresentada ou dificuldades de sua obtenção. Deve ainda indicar e fundamentar a aplicação do preceito legal que autorizam tais métodos de apuração, artigos 148, do CTN, e art. 33, §6º, da Lei n. 8212/1991. Desobediência pela fiscalização de tais exigências, gera vícios materiais do ato de constituição do crédito e sua nulidade.

Recurso Voluntário Provido - Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima. O Conselheiro Oseas Coimbra Junior apresentará declaração de voto. Sustentação oral Advogado Dr Mário Lucena, OAB/RJ nº 137.630. O conselheiro Oseas Coimbra Junior votou pelas conclusões.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato, Eduardo de Oliveira, Ricardo Magaldi Messetti, Oséas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Júnior.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário que busca a reversão parcial da decisão da DRJ que manteve parcialmente do crédito, no que tange o reconhecimento como base de cálculo de contribuições previdenciárias de que a diferença do valor comprado de ações pelos diretores e funcionários conforme Plano de Opção de Compras de Ações com o valor de mercado no dia da compra das mesmas, no período de 01/10/2006 a 31/07/2008, parte foi reconhecida como decadente.

Em recurso voluntário, foi alegado que o custo de compra de todas as ações, na forma do Plano de Opção, é arcado pelo comprador (funcionário/diretor), e que o valor é obtido por uma média das cotações de 3(três) pregões na Bolsa de Valores anteriores à assinatura do termo opção, em que as ações de mesma natureza são ofertadas, o que refletiria o preço efetivo de mercado. Indica ainda jurisprudência em especial do Tribunal Superior do Trabalho que tais compras, nessa forma, são apenas operações mercantis (civis) não configurando remuneração pela contra-prestação de serviços.

Feita a sustentação oral do patrono.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Vettorato

I - O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, assim deve o mesmo ser conhecido.

II - O principal pressuposto do caso, ao contrário do colocado pela fiscalização e a decisão *a quo*, gira na hipótese de incidência das contribuições previdenciárias, dispostas no art. 28, I e III, da Lei n 8.212/1991, e não das exclusões de incidência dispostas no §9º, do mesmo artigo. Trata-se de discussão se a natureza dos valores discutidos são oriundos ou não de remuneração paga pela empresa ao colaborador (empregado/contribuinte individual) em razão de prestação de serviços/trabalho à primeira. Ou seja, a norma do art. 28, I e III, incide ou não sobre tais verbas, sob pena de abalroar o princípio da tipicidade tributária (art. 97, do CTN)

Transcreve-se o texto do art. 28, I e III, da Lei n 8.212/1991:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;(Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º;(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

As expressões fundamentais para caracterizar hipótese de incidência das contribuições previdenciárias está no motivo do pagamento da remuneração, respectivamente: *destinados a retribuir o trabalho e/ou pelo exercício de sua atividade por conta própria*. Dessa forma, exclui-se qualquer outra forma que não sejam origem na *contra-prestação* pelo trabalho/serviço, em nada afetando outras negociações ou operações mercantis, como cessão onerosa de direitos.

III – Estabelecido o primeiro pressuposto, passa-se a análise da natureza das compras das ações mediante Plano de Opção de Compras da Recorrente.

Os atuais Planos de Opção de Compras de Ações, destinadas aos colaboradores de empresas, como forma de estímulo aos mesmos, conhecido como *Stock Options*, têm várias configurações a depender dos Estatutos Sociais das Sociedades Anônimas, e são autorizadas pelo art. 168, §3º, da Lei n. 6404/1976 (Lei das S/A), in verbis:

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.

Em nada dispõe se deve ou não ser fruto de contra-prestação, mas pode ser definido por regras próprias aprovadas em assembléia-geral.

O relatório fiscal tenta, mediante entendimentos judiciais de primeira instância da Justiça do Trabalho, de que a Recorrente não configurou nos pólos das ações, bem como o específico da Deliberação da CVM n. 562/2008 a qual aprovou o Pronunciamento Técnico CPC nº 10, dispondo sobre o tratamento contábil a ser dado aos planos de opção de compra de ações para todas as empresas com a configuração de sociedade anônima, conforme se depreende do trecho abaixo extraído do preâmbulo do sumário do referido pronunciamento:

“As entidades frequentemente outorgam ações ou opções de ações para seus empregados ou outras partes. Planos de Ações e de Opções de Ações constituem uma característica comum da remuneração de diretores, executivos e muitos outros empregados. Algumas entidades emitem ações ou opções de ações para pagamento de seus fornecedores e prestadores de serviços profissionais.”

E, da leitura apressada, a fiscalização conclui generalizadamente que toda compra mediante os Planos de Opção de Compras de Ações caracteriza-se como remuneração pela prestação de serviços, sem analisar a nuâncias da figura, bem como o casuísmo necessário para a apreciação.

Existem várias configurações de Planos de Opção de Compras de Ações, e em várias, não há qualquer participação da empresa além da definição dos colaboradores a qual é oportunizada a compra e o volume/natureza de ações disponíveis, sem qualquer outra participação, fato reconhecido pelo próprio relatório fiscal no caso presente. Ou seja, a empresa não participa com qualquer verba para que o interessado compre tais ações, apenas disponibiliza a sua compra fora das Bolsas de Valores, fato que poderia ser disponibilizado e realizado também em entidades de mercado de balcão (inclusive com preços diversos da Bolsa de Valores). Apresenta apenas uma oportunidade de investimento do colaborador na própria empresa, inclusive sendo dele o risco.

As configurações de tais planos foram bem trabalhadas no artigo “Tratamento dos Planos de *Stock Options* Após o CPC 10”, publicado na obra Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A – Alterações das Leis nº 11.638/07 e nº 11.941/09, Editora Quartier Latin, Leonardo José Muniz de Almeida e Maurício Pereira Faro,

em que classificam o “stock options” em duas modalidades, quais sejam: i) o clássico; e ii) o “phantom stock option”.

“No stock option clássico, a empresa outorga ao empregado a opção de adquirir determinada quantidade de ações por um preço préfixado.

O exercício da opção fica condicionado ao transcurso de determinado prazo de maturação das ações. Após esse prazo o beneficiado pode exercer sua opção e adquirir, por meio de um negócio de compra e venda, as ações pelo preço originalmente oferecido pela companhia. Ele passará, então, a ser proprietário das ações. Uma vez adquiridas as ações nestes termos, cabe ao participante avaliar a conveniência e o melhor momento para vendê-las no mercado. Caso o valor de mercado das ações seja superior ao valor de exercício, o empregado pode auferir vantagem econômica caso opte por vendê-las, inclusive para a própria empresa. Nesse caso, o resultado positivo auferido pelo empregado será tributado pelo Imposto de Renda como ganho de capital.

No phantom stock option, tal como no plano stock options convencional, a empresa outorga ao empregado a opção de adquirir uma certa quantidade de ações por valor préfixado, após cumprido um período de maturação. Entretanto, diferentemente da modalidade clássica, o exercício da opção não é feito com a compra das ações. Nesse caso, a empresa emissora das ações paga ao empregado a diferença entre o valor de mercado das ações e o valor de outorga das mesmas, antecipando uma potencial revenda que o participante faria das ações outorgadas. Esse valor pago ao participante é geralmente considerado como remuneração (tem natureza salarial, no caso de ele ser um empregado) e é tributado pelo Imposto de Renda como rendimento, segundo a tabela progressiva.”

No caso presente, não há participação monetária da Empresa na compra das ações, logo, de forma geral, trata-se de uma clássica de *stock option*, já de forma específica, no caso o valor pago não é pré-fixado, mas sim o próprio valor de mercado ou a ele representativo, obtido pela média da apuração do valor de mercado de três sessões da Bolsa de Valores de São Paulo anteriores a opção, o que se demonstra razoável. Assim, está claro que é o colaborador que assume o risco, pois como é sabido os valores reais das ações é volátil ao gosto do mercado, possíveis diferenças não são efetivas.

A única prova efetiva nos autos é que houve compra por alguns colaboradores com preços fornecidos pelo próprio mercado. Ou seja, o aumento ou a diminuição enquadrada como “remuneração” não está atrelada à prestação de serviços do segurado, mas sim à cotação das ações no mercado, o que demonstra a completa interdependência das relações jurídicas outrora analisadas. E, o valor recebido na venda, não é pago pela empresa, mas por terceiro que adquiria as ações.

Não há qualquer relação de ficta futura venda das ações entre a empresa e os compradores. Inclusive, no caso, a venda somente será permitida anos depois a compra.

Tais observações que operações como a do presente julgamento já foram estabelecidas como de natureza não remuneratória entre empresa e colaborador pelos Tribunal Superior do Trabalho em várias ocasiões, como exemplo:

“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. Os arestos colacionados revelam-se inservíveis, nos termos da Súmula nº 296 do TST e do art. 896 da CLT. Recurso não conhecido.(Processo nº TSTRR3273/199806402007; CJ AIRR3273/19980640240.1; Ministro Relator: Barros Levenhagen, julg. 15.03.2006)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. QUITAÇÃO. SÚMULA 330 TST. Pela leitura do acórdão de fls. 296/299, infere-se que em nenhum momento o Órgão Colegiado a quo se manifestou a respeito da tese de contrariedade ao conteúdo do art. 477, §1º da CLT, tanto é que o Agravante sequer transcreveu ou mencionou o trecho pertinente em suas razões do Agravo. Ademais, não opôs embargos declaratórios no momento oportuno objetivando o pronunciamento sobre este tema. Incidência da Súmula n. 297, por falta de pré-questionamento. ABONO ANUAL. Partindo do quadro fático-probatório delineado pelo Tribunal, cuja reapreciação encontra óbice na Súmula 126 do TST, não há qualquer alteração ilícita do contrato de trabalho (art. 468 da CLT) ou supressão de indenização por rescisão de contrato por prazo indeterminado (art. 468 da CLT). Dispositivos legais invocados não ofendidos.

AÇÕES. NÃO INTEGRAÇÃO. REMUNERAÇÃO. A não-integração dos "stock options" ou ações na remuneração do empregado decorre da literalidade do disposto no §1º do art. 457 da CLT. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.(AIRR 3874045.2003.5.15.0045, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 24/09/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 17/10/2008.)

Dessa forma, observa-se que as compras das ações mediante o plano de opção da recorrente não pode ser colocado como remuneração pelo trabalho/serviço, pois trata-se apenas de um negócio de compra e venda de direitos acionários, regulados pelo direito civil.

No caso presente, qualquer entendimento contrário é interpretar de forma extensiva a legislação de imposição tributária, e tenta alterar o conteúdo de institutos privados para fins de tributação, o que é vedado pelo art. 110, do CTN.

IV - A alegação fiscal de que tais opções eram direcionadas a apenas alguns funcionários, também não merece prosperar, pois o plano de opção é regulado por Assembléia Geral, e destina-se a todos os colaboradores com grau de responsabilidades superiores, estimulando os demais a alcançarem tais funções. Como colocado em nossos pressupostos iniciais, o caso não está regulado pelo art. 28, §9º, da Lei n. 8.212/1992, que exige que vários benefícios sejam ofertados a todos funcionários, mas no caso é a aplicação ou não do art. 28, I e III, da mesma lei. Ainda, tais diferenciações são plenamente aceitas, inclusive pelo STJ,

como colocado no Recurso Especial nº 1.185.685SP, a 1ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, transcrevendo o Professor Roque Antonio Carrazza:

“As vantagens atribuídas aos beneficiários, longe de tipificarem compensações pelo trabalho realizado, são concedidas no interesse e de acordo com as conveniências do empregador. (...)”

Os benefícios do trabalhador, que não correspondem a contraprestações sinalagmáticas da relação existente entre ele e a empresa não representam remuneração do trabalho, circunstância que nos reconduz à proposição, acima formulada, de que não integram a base de cálculo in concreto das contribuições previdenciárias”.(CARRAZZA, Roque Antônio. fls. 2583/2585, eSTJ)”

Assim, efetivamente as razões do lançamento não prosperam.

V – Em fundamento suplementar, abre-se parênteses, em razão da volatilidade do mercado no preço do valor das ações em Bolsa de Valores, gera dúvidas da tese levantada pelo fiscal para apurar a base de cálculo, pois do momento da compra das ações até sua efetiva venda, as ações somente representam expectativa de valores. A tributação de fatos futuros ou de expectativa de sua ocorrência somente podem ser objetos de tributação mediante definição expressa da presunção em lei, ou quando seu evento futuro é certo ou presumível (art. 105, do CTN). A compra de ações, em qualquer uma das formas, mediante Plano de Opção, Bolsa de Valores ou mercado de balcão finaliza-se no próprio ato, não se presume a futura venda, pois elas geram direitos diversos além dos valores de disponibilização. Venda essa que, no caso, somente será permitida após anos do ato de opção, tirando qualquer possibilidade de conversão de remuneração imediata.

Assim, a presunção de base de cálculo com a diferença do preço ofertado pela própria Recorrente com o preço de mercado é fictício, e que não foi trazido nos autos qualquer fato que pudesse efetivamente apresentar que houve a venda das ações. Inclusive, conforme dados juntados no Recurso Voluntário, os valores das ações momentos posteriores às efetivas compras comprovariam que elas estavam em valores mais baixos. Haveria incidência de tributos de fato econômico negativo, mesmo em absurda desobediência a necessidade constitucional de que a ocorrência do fato tributário represente algum ganho ou vantagem econômica (art. 145, §1º, da CF/1988)?

Em questão, a forma de avaliação do fiscal foi no caso prático uma aferição indireta ou arbitramento da base de cálculo, pois trabalhou com uma ficção, contudo em momento algum houve qualquer menção a não merecimento de fé da documentação apresentada ou dificuldades de sua obtenção. Ou seja, além de não ter indicado o preceito legal que autorizam tais métodos de apuração, artigos 148, do CTN, e art. 33, §6º, da Lei n. 8212/1991, que somente podem ser aplicados quanto há sonegação ou que os documentos não sejam confiáveis. Isso já abalroaria além dos dispostos supra mencionados como o art. 142, do CTN, gerando uma nulidade ao lançamento por ausência da devida motivação e constituição da norma individual e concreta. (1º Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Recurso nº132.213 — Acórdão nº101-94049, Sessão de 06/12/2002, unânime)

VI – Isso posto, voto por conhecer o recurso voluntário, para, no mérito, dar-lhe provimento, no sentido de reformar a decisão *a quo* e cancelar o crédito tributário lançado por insubsistência.

Processo nº 10925.723207/2011-49
Acórdão n.º **2803-03.815**

S2-TE03
Fl. 413

É como voto.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator

CÓPIA

Declaração de Voto

Conselheiro Oseas Coimbra

Sr Presidente,

Acompanho o ilustre relator nas conclusões, em razão das especificidades do caso concreto analisado, me permitindo tecer, em declaração de voto, alguns brevíssimos comentários sobre o tema que ainda busca consolidação em seu entendimento.

As operações de *stock options* podem ser realizadas de inúmeras formas, com infinitas combinações de abrangência, obrigações, preços, condições, etc, o que significa **que devemos analisar cada situação posta** e firmar juízo acerca da configuração ou não de contribuição previdenciária.

Em brevíssimas linhas, entendo que 04 pontos básicos devem ser observados:

1. Disponibilidade em razão da **relação de trabalho celebrada**
2. Faculdade de **exercer ou não a opção acordada.**
3. O valor das ações em mercado e o que consta da *stock option* **na data da opção efetivamente exercida, quando a ação se incorpora ao patrimônio do segurado, independentemente de o mesmo vender as ações.**
4. Disponibilidade de venda das ações – *Lock up period*.

Sendo disponibilizada em razão da relação de trabalho, facultada a sua opção, **significando ganho em relação ao valor comercializado independentemente da venda das ações,** configura-se remuneração sujeito a contribuição social.

Registre-se que independe da venda por parte do segurado, pois, na data da opção temos o valor agregado assegurado. Caso o beneficiário venda após esta data, corre, por sua decisão (de opção/venda ou *hold*), **o risco por parte da desvalorização do preço de mercado,** o que não influencia no fato gerador.

Fazendo um paralelo com outro benefício, imaginemos uma empresa ofertando a um diretor um automóvel 0km. A desdúvida que temos remuneração indireta. Caso, no mesmo dia do recebimento, o automóvel desvalorize 15%, em nada altera o valor do fato gerador – preço de tabela pago pela empresa.

Entendo finalmente não se tratar de operação mercantil em razão da íntima pessoalidade entre as partes, sempre com vínculo laboral, geralmente visando contratação ou estímulo aos contratados para melhor desempenhar sua função, podendo se constituir em **benefício financeiro sujeito à contribuição previdenciária, dependendo das premissas acordadas e da situação fática ocorrida.**

Processo nº 10925.723207/2011-49
Acórdão n.º **2803-03.815**

S2-TE03
Fl. 415

O fato de se tratar de operação onde o beneficiário geralmente desembolsa valores para adquirir o direito às ações não altera em nada a natureza de benefício. Exemplificando, poderíamos considerar uma empresa ofertando a determinado segurado um bem por \$ 10.000,00 com valor de mercado de \$ 90.000,00. Haveria ou não caracterização de benefício financeiro, ou remuneração indireta conforme art. 28 da lei 8212/91? Essa é a questão a ser dirimida quando da situação posta.

No caso *sub examine*, entendo não haver contribuição previdenciária uma vez que, das informações trazidas, na data da opção, o valor de mercado das ações estaria abaixo do valor da ação ofertada aos segurados em razão da opção, não havendo assim diferença positiva, ou benefício financeiro, a ser considerado.

(Assinado Digitalmente)

Oseas Coimbra - Conselheiro