



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.721037/2018-60
ACÓRDÃO	2302-003.949 – 2ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	4 de fevereiro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	B3 S.A. - BRASIL, BOLSA, BALCAO
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/2014 a 31/08/2015

PRELIMINAR. VÍCIO DE MOTIVAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

Não ocorre vício de motivação quanto a DRJ analisa os documentos e entende em sentido distinto da tese do impugnante, fundamentando sua decisão.

PRELIMINAR. NÃO OBSERVÂNCIA DA SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 368/2014. NÃO OCORRÊNCIA.

Não há inobservância da Solução de Consulta se a fundamentação do auto de infração é uma das hipóteses acolhida pela conclusão da Solução de Consulta. Diretor estatutário, que não mantenha as características inerentes à relação de emprego, se caracteriza como segurado obrigatório na qualidade de contribuinte individual, e a sua participação nos lucros e resultados de que trata a Lei nº 10.101/2000 integra o salário-de-contribuição, para fins de recolhimento das contribuições previdenciárias.

PRELIMINAR. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

PRELIMINAR. NULIDADE DO LANÇAMENTO POR ERRO NA ELEIÇÃO DA BASE CÁLCULO. NÃO OCORRÊNCIA.

Não obstante a extensa explanação apresentada pelo sujeito passivo no intuito de demonstrar o caráter mercantil e indicar os riscos envolvidos nos planos ofertados a colaboradores da companhia, no caso concreto, os elementos de prova trazidos aos autos demonstram, de forma categórica, a inexistência dos alegados riscos.

PRELIMINAR. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NÃO OCORRÊNCIA.

Não há erro de identificação do sujeito passivo quando há relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador.

NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ELEIÇÃO DAS DATAS DE NOTIFICAÇÃO DE EXERCÍCIO COMO MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. NÃO OCORRÊNCIA.

Os fatos geradores das obrigações principais e acessórias ocorreram quando o beneficiário exerceu o seu direito de opção pelas ações.

NULIDADE. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS. NÃO OBSERVÂNCIA DO LIMITE DE 20 SALÁRIOS-MÍNIMOS DAS BASES DE CÁLCULOS. NÃO OCORRÊNCIA.

A base de cálculo do salário-educação é o total da remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados, assim, sem limites. A base de cálculo da contribuição ao Inca a mesma adotada em relação ao Regime Geral de Previdência Social, conforme § 2º do artigo 3º da Lei 11.457, de 16 de março de 2007.

DIRETORES ESTATUTÁRIOS. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO OCORRÊNCIA.

Não se confundem as funções de administradores e de empregados em uma sociedade anônima de capital aberto. Não se confunde a função de Diretor Estatutário/Administrador com a função de Diretor empregado prevista na Lei nº8.212/1991, art. 12, inciso I, alínea "a".

PLANO DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. NATUREZA MERCANTIL. AUSÊNCIA DE REQUISITOS.

Para caracterizar a natureza mercantil de negócio jurídico, não de estar presentes, simultaneamente, requisitos como risco, onerosidade e opcionalidade.

PLANO DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. NATUREZA MERCANTIL. GANHO SOB FORMA DE UTILIDADE. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A eventual caracterização da natureza mercantil do Plano de opções de compra de ações não exclui a possibilidade de incidência de contribuições previdenciárias em caso de caracterização da existência de ganho em forma de utilidade.

PLANO DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. ONEROSIDADE. AUSÊNCIA.

Não há onerosidade em Plano de Opções de compra de ações cujas opções de ações são outorgadas a título gratuito ou por valores irrisórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, por conhecer do Recurso Voluntário e, por maioria de votos, por afastar as preliminares, vencida a Conselheira Rosane Beatriz Jachimovski Danilevicz (relatora), que acolheu parcialmente as preliminares, nos termos do seu voto. E, no mérito, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rosane Beatriz Jachimovski Danilevicz (relatora), Marcelo Freitas de Souza Costa e Angélica Carolina Oliveira Duarte Toledo, que deram provimento ao recurso. A Conselheira Angélica Carolina Oliveira Duarte Toledo manifestou interesse de apresentar declaração de voto. Entretanto, dentro do prazo regimental, declinou da intenção de apresentá-la, que deve ser considerada como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 114, da Portaria MF nº 1.634/2023 (RICARF). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Alfredo Jorge Madeira Rosa.

Assinado Digitalmente

Rosane Beatriz Jachimovski Danilevicz – Relatora

Assinado Digitalmente

Alfredo Jorge Madeira Rosa – Redator Designado

Assinado Digitalmente

Johnny Wilson Araujo Cavalcanti – Presidente

Participaram do presente julgamento os conselheiros Alfredo Jorge Madeira Rosa, Marcelo Freitas de Souza Costa, Carmelina Calabrese, Angélica Carolina Oliveira Duarte Toledo, Rosane Beatriz Jachimovski Danilevicz, Johnny Wilson Araujo Cavalcanti (Presidente).

RELATÓRIO

O presente processo foi instaurado contra B3 S.A. - BRASIL, BOLSA, BALCAO e trata de Auto de Infração relativo: 1 – Contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social,

incluindo-se aquelas destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT, incidentes sobre valores de remuneração paga a segurados empregados e a contribuintes individuais, devidas pela empresa, no valor total de R\$ 13.825.261,71; 2 – Contribuições destinadas a outras entidades e fundos: FNDE (Salário Educação) e Incra, no valor total de R\$ 657.922,40.

O Auto de Infração foi impugnado e os autos foram encaminhados à DRJ. Os membros da 2ª Turma da DRJ/CG, por unanimidade de votos, rejeitaram as preliminares e, no mérito, julgaram improcedente a Impugnação mantendo o crédito tributário lançado.

Cientificado do acórdão, o Recorrente apresentou recurso voluntário esclarecendo, em primeiro lugar, que a Turma Julgadora consignou período diverso daquele que foi objeto de análise pela Autoridade Lançadora, visto que considerou como “Período de apuração: 01/04/2014 a 31/08/2015”, enquanto os documentos que serviram de base para a constituição do crédito tributário foram: 01/2014 a 10/2014, 12/2014, 02/2015, 04/2015, 06/2015 e 08/2015. Requer o reconhecimento da inexistência material do acórdão recorrido para o fim de estabelecer os devidos períodos abrangidos pelo lançamento.

Depois, divide o recurso em seções. Na seção “A) DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS DOS DIRETORES EMPREGADOS” sustenta em preliminar: 1) Vício de motivação: indevida presunção de que todos os diretores seriam administradores e não empregados; 2) Impossibilidade de lavratura e manutenção de autos de infração contrários a Soluções de Consulta Vinculante; 3) Preterição do direito de defesa – necessidade de enfrentar todos os argumentos apresentados pela Recorrente. No mérito, sustenta: 1) Indevida tributação dos valores de PRL pagos aos diretores empregados: existência de subordinação hierárquica e jurídica; 2) Da unicidade do Direito – Existência da figura do diretor empregado no ordenamento jurídico; 3) Da possibilidade de PRL a Administradores.

Na seção “B) DO PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÃO DA RECORRENTE”, em preliminar, sustenta: 1) Nulidade do lançamento por erro na eleição da base cálculo: inoportunidade nas premissas do lançamento fiscal; 2) Erro na identificação do sujeito passivo: inexistência de prestação de serviços dos opcionistas à Recorrente; 3) Da impossibilidade de eleição das datas de notificação de exercício como momento de ocorrência do fato gerador: nulidade da autuação fiscal; 4) Da nulidade do auto de infração das contribuições devidas a terceiros: não observância do limite de 20 salários-mínimos das bases de cálculos; 5) Nulidade do Acórdão Recorrido – Preterição do direito de defesa. No mérito, sustenta: 1) Considerações gerais sobre planos de opção de compra de ações (stock options plans) no Brasil; 2) Plano de opção de compra de ações e programas de outorga de opção de compra – principais características e conclusões; 3) Presença dos elementos correspondentes ao “Contrato Mercantil” no caso concreto; 4) Da existência de “Ganho patrimonial” na operação em razão do preço de exercício ser inferior ao valor de mercado na data do exercício; 5) Demonstração do risco no procedimento para o exercício da opção de compra; 6) Ausência de retributividade de habitualidade; 7) Incompatibilidade do fato gerador

eleito pela fiscalização – Ausência de segurança jurídica; 8) Incompatibilidade de considerar a diferença entre o valor de mercado e o valor de exercício como remuneração; 9) Do suposto reconhecimento pela Recorrente da natureza remuneratória dos planos. Apresenta, ainda, uma síntese conclusiva.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira **ROSANE BEATRIZ JACHIMOVSKI DANILEVICZ**, Relatora

1. Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

2. Períodos abrangidos pelo lançamento

Antes do exame das preliminares, aprecio o esclarecimento relativo aos períodos objeto de análise pela Autoridade Lançadora.

Examinando o Auto de Infração Patronal (e-fls. 305 a 315) e o Auto de Infração Terceiros (e-fls. 316 a 325) verifico que o período de apuração é 01/2014 a 10/2014, 12/2014, 02/2015, 04/2015, 06/2015 e 08/2015 e não 01/04/2014 a 31/08/2015 como constou na decisão de piso.

Assim, o reconheço a inexatidão material existente no acórdão recorrido e estabeleço que os períodos abrangidos pelo lançamento são: 01/2014 a 10/2014, 12/2014, 02/2015, 04/2015, 06/2015 e 08/2015.

3. Preliminares

Passo ao exame das preliminares apresentadas por sessão.

3.1 Da participação nos lucros ou resultados dos diretores empregados

3.1.1 Vício de motivação: indevida presunção de que todos os diretores seriam administradores e não empregados

A Recorrente se insurge contra o enquadramento dos membros do Conselho de Administração e dos Diretores da empresa como administradores da sociedade e não como empregados. Sustenta que tal entendimento se trata de mera presunção, na medida em que não consta no Relatório Fiscal nem na decisão recorrida fundamento fático no sentido de comprovar

que toda a diretoria exerce a função de administrar a sociedade sem qualquer subordinação. Ainda, que a motivação é requisito indispensável do ato administrativo e que as Autoridades Fiscais não comprovaram que os diretores não prestaram os serviços de forma pessoal, com subordinação, de maneira não eventual e/ou mediante pagamento de salário.

É sabido que, em regra, o ônus probatório no processo administrativo tributário é da fiscalização quando se tratar de auto de infração. A lavratura do auto de infração deve articular os fatos, a conduta e a infração cometida, e, as provas e circunstâncias devem ser demonstradas pela fiscalização, conforme previsto no art. 9º do Decreto 70.235/72. A depender da infração, a prova que será produzida poderá ser singela ou mais robusta.

Assim consta no Relatório Fiscal nas fls. 7 e 8 (e-fls. 328/329):

Apesar da previsão estatutária de que a Administração da sociedade compete ao Conselho de Administração e à Diretoria, conforme descrito no item 4 anterior, o contribuinte não os considera como tal, conforme se verifica nos documentos declaratórios (i) GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social, e (ii) DIRF – Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte.

Na GFIP, os Administradores da Cia. são declarados da seguinte forma:

- Os Membros do Conselho de Administração, inclusive os Conselheiros Independentes, na Categoria 13 – Contribuinte Individual – Trabalhador Autônomo ou a este equiparado, inclusive o operador de máquina, com contribuição sobre remuneração; trabalhador associado à cooperativa de produção.
- Os Membros da Diretoria, na categoria 1 – Empregado (inclusive o empregado público);

Na DIRF, os Administradores, sejam eles Membros do Conselho de Administração, inclusive os Conselheiros Independentes, sejam eles Membros da Diretoria, são declarados no código de retenção 0561 – Rendimento do Trabalho Assalariado.

Se do ponto de vista trabalhista não haveria relevância para esta fiscalização questionar a empresa do motivo de considerar esses administradores como empregados, o mesmo não ocorre do ponto de vista fiscal, uma vez que os pagamentos das participações nos lucros atribuídas aos administradores da Cia. não foram considerados parcelas integrantes do salário de contribuição (base de cálculo da previdência social).

Porém, independentemente da classificação atribuída pelo contribuinte a seus Conselheiros e Diretores, eles são de fato Administradores da Sociedade, conforme se verifica no seu Estatuto Social (...).

Por sua vez, assim consta na decisão recorrida (fls. 13 e 14):

Vê-se, portanto, que a Lei 6.404/76, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, determina que a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. Ainda, verifica-se que as normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura,

remuneração, deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se a conselheiros e diretores.

Atendendo à determinação da lei, que atribui responsabilidade ao estatuto quanto à forma (conforme dispuser o estatuto), a companhia faz constar do artigo 20 do seu Estatuto Social que sua administração compete ao Conselho de Administração e à Diretoria. Assim, resta evidente que os Membros do Conselho de Administração e os Diretores da B3 S/A – Brasil, Bolsa, Balcão, Sociedade Anônima regida pela Lei nº 6.404/76, são os Administradores da sociedade.

Como se vê, a decisão da DRJ reuniu indícios conclusivos de que os diretores são administradores e não empregados da sociedade. Por sua vez, a decisão de piso seguiu a mesma linha.

Ocorre que, examinando os autos, verifica-se que a decisão de piso ignorou totalmente os documentos juntados na impugnação que demonstram que os diretores são empregados e não administradores, quais sejam: a) Atas de Reunião de Comitê de Remuneração; b) Fichas de Registro de Empregados; c) Contratos e Carteiras de trabalho; d) Avaliação dos Diretores empregados (fls. 905 a 1138).

Desse modo, acolho o pedido e reconheço a existência de vício de motivação.

3.1.2 Impossibilidade de lavratura e manutenção de autos de infração contrários a Soluções de Consulta Vinculante

A Recorrente aponta que o lançamento fiscal relativo ao tema PRL toma como base o fato de que seus Diretores não se caracterizam como segurados obrigatórios (empregados) conforme disposições do seu Estatuto Social.

Diante disso, sustenta que fundamentar o lançamento fiscal com base exclusivamente em tal fato, sem analisar a primazia da realidade dos fatos, a Autoridade Fiscal deixou de observar o posicionamento firmado na Solução de Consulta Cosit nº 386 de 18/12/2014, de que o diretor estatutário, que mantenha as características inerentes à relação de emprego, se caracteriza como segurado obrigatório na qualidade de empregado, e a sua participação nos lucros e resultados, nos termos da Lei nº 10.101/2000, não integram o salário-de-contribuição, para fins de recolhimento das contribuições previdenciárias.

Sustenta, também, que a referida Solução de Consulta Cosit vincula a administração tributária, nos termos do disposto no art. 9º da INRFB nº 1.396/2013.

Como mencionado no tópico anterior, consta nos autos prova capaz de demonstrar que os diretores são empregados e não administradores.

Diante desse contexto, entendo que o presente caso se sujeita a aplicação da Solução de Consulta Cosit nº 386 de 18/12/2014.

Assim, considerando o efeito vinculante das Soluções de Consultas da Cosit previsto, atualmente, no art. 33 da INRFB nº 2.058/2013, acolho o pedido de nulidade do auto de infração.

3.1.3 Preterição do direito de defesa – necessidade de enfrentar todos os argumentos apresentados pela Recorrente

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida não apreciou alguns argumentos e documentos apresentados na sua Impugnação, destacando que, no tópico “Da Indevida Tributação dos Valores de PLR pagos aos Diretores Empregados: Existência de Subordinação Hierárquica e Jurídica” descreveu as razões pelas quais existiriam Diretores que possuiriam “subordinação hierárquica e jurídica” perante o Conselho de Administração, apresentando diversos documentos que embasariam tal alegação – (i) Atas de Reunião de Comitê de Remuneração; (ii) Fichas de Registro de Empregados; (iii) Contratos e Carteiras de trabalho; (iv) Avaliação dos Diretores empregados.

Já em relação ao tópico da “Da Unicidade do Direito – Existência da Figura do Diretor Empregador no Ordenamento Jurídico”, alega que apontou diversas normas “que autorizam a possibilidade de o indivíduo que ocupar o cargo de diretor possuir subordinação perante o Conselho de Administração de uma determinada entidade (fls. 21/23 da Impugnação).”

De acordo com o art. 59 do Decreto n. 70.235/72, os casos que acarretam a nulidade do lançamento são: “I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II – os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa”.

Como já mencionado no item 3.1.1, verifica-se que a decisão de piso ignorou totalmente os documentos juntados na impugnação que demonstram que os diretores são empregados e não administradores, quais sejam: a) Atas de Reunião de Comitê de Remuneração; b) Fichas de Registro de Empregados; c) Contratos e Carteiras de trabalho; d) Avaliação dos Diretores empregados (fls. 905 a 1138).

Quanto ao tópico “Da unicidade do Direito”, não se identifica na decisão de piso qualquer pronunciamento sobre o que foi exposto pela Recorrente.

Considerando que a decisão de piso deixou de enfrentar tais argumentos, bem como deixou de examinar os documentos acostados aos autos, acolho o pedido reconhecendo a preterição do direito de defesa da Recorrente.

3.2 Do plano de opção de compra de ação da recorrente

3.2.1 Nulidade do lançamento por erro na eleição da base cálculo: inoportunidade nas premissas do lançamento fiscal

A Recorrente aponta que “a Autoridade Fiscal deixou expresso no auto de infração que a base de cálculo das contribuições previdenciárias e destinadas a Terceiros seria ‘diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas [na data do exercício] e o preço de exercício da opção correspondente’ (fl. 60 do RF), representando um ‘ganho patrimonial’ recebido pelo participante em decorrência do exercício das opções outorgadas pela Recorrente.”

Destaca que “em diversas passagens a Autoridade Fiscal alega que o benefício oferecido pela Recorrente, que teria supostamente caráter remuneratório, seria a outorga de opção de compra de ações”.

A Recorrente explica que “se a outorga de opções de compra de ações configura remuneração, tal como afirmado expressamente pela Autoridade Fiscal, jamais o recebimento de um ‘ganho patrimonial’ na aquisição de outros bens (ações) poderia dar ensejo à apuração da base de cálculo.”

Segue explicando que, de acordo com o art. 22, inciso I da Lei nº 8.212/91, a base de cálculo das contribuições previdenciárias será o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, e, que, “no presente caso, não se verifica qualquer pagamento ou creditamento no momento do suposto fato gerador eleito pela fiscalização (isto é, data do exercício).” Bem como, “a única transferência de capital que ocorre na data de aquisição das ações é dos adquirentes para a Recorrente e não o inverso.”

Refere que apesar desse tema ter sido devidamente descrito na impugnação, a decisão recorrida deixou de apreciá-lo, implicando na preterição do seu direito de defesa.

Assim consta na decisão recorrida (fls. 18/20):

Para fins das contribuições sociais, há que se verificar se o plano de opção de ações da empresa pode estar contendo remuneração variável para os trabalhadores, o que caracteriza a ocorrência do fato gerador da contribuição, nos termos do art. 28 da Lei nº 8.212/1991

(...)

Com base no artigo 195, I, “a”, da Constituição Federal, e no artigo 22, I, II e III da Lei 8.212/1991, tem-se que a empresa ou entidade a ela equiparada participa do financiamento da Seguridade Social mediante contribuição incidente sobre 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.

(...).

Não obstante a extensa explanação apresentada pelo sujeito passivo no intuito de demonstrar o caráter mercantil e indicar os riscos envolvidos nos planos ofertados a colaboradores da companhia, no caso concreto, os elementos de prova trazidos aos autos demonstram, de forma categórica, a inexistência dos alegados riscos. Aperceba-se que, ainda que o preço de exercício na data da opção fosse superior ao valor da ação objeto do plano, seu beneficiário, por não ter pago qualquer valor a título de prêmio e não estar obrigado a adquirir as ações ofertadas, não esteve sujeito a perda alguma, ficando afastado assim o risco que deveria fazer parte da operação.

Diante do acima exposto, não há como acolher o pedido de nulidade do auto de infração por preterição do direito de defesa.

3.2.2 Erro na identificação do sujeito passivo: inexistência de prestação de serviços dos opcionistas à Recorrente

A Recorrente aponta que “foi autuada por, supostamente, ter deixado de recolher contribuições previdenciárias e para terceiros sobre o suposto ganho decorrente da diferença entre o valor de mercado de suas ações e o respectivo valor de aquisição, quando do exercício das opções de compra dessas ações pelos participantes.” Que para “a Fiscalização, esse montante seria uma suposta remuneração que não teria sido incluída na base de cálculo do salário de contribuição e tributado pelas contribuições em tela”.

A Recorrente explica que parte dos valores exigidos na autuação decorrem “de opções de compra de ações ofertadas a determinados prestadores de serviços, se referem a trabalhadores que não tinham qualquer vínculo” com ela nos anos de 2014 e 2015.

Apresenta quadro com a indicação do nome dos participantes, o seu vínculo de empregado com a respectiva empresa, bem como refere que em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 06, apresentada em 07/12/2018, informou que os referidos beneficiários eram empregados de outras entidades, e que isso foi transcrito no próprio Relatório Fiscal (fl. 31).

Considerando que a Recorrente prestou os devidos esclarecimentos durante a auditoria fiscal e a Fiscalização ignorou-os completamente, exigiu contribuições previdenciárias de pessoa jurídica que sequer possuía vínculo com os opcionistas e sem qualquer embasamento legal, acolho o pedido reconhecendo erro na identificação do sujeito passivo.

3.2.3 Da impossibilidade de eleição das datas de notificação de exercício como momento de ocorrência do fato gerador: nulidade da autuação fiscal

A Recorrente aponta que “a Autoridade Fiscal elegeu como fato gerador das contribuições previdenciárias e destinadas a terceiros o exercício das opções pelos beneficiários, o qual corresponderia ao momento que o beneficiário assume os custos previstos no contrato, isto é, a data do pagamento do preço do exercício.”

Aponta também que para “a Autoridade Fiscal, nas hipóteses de ‘outorgas de opções de ações pelos trabalhadores’, as obrigações tributárias principal e acessória somente se iniciam quando o beneficiário exerce as suas opções, oportunidade que, em seu entender realiza o pagamento do preço do exercício, já previsto previamente em contrato.” E que a decisão recorrida “seguiu o entendimento de que os supostos fatos geradores ocorreram quando do exercício do direito pela opção das ações pelos beneficiários, mesmo que não tenha se verificado, conjuntamente, as respectivas alienações de títulos mobiliários.”

A Recorrente destaca que, “não obstante o fato gerador eleito (pagamento do preço de exercício pelo beneficiário), ao realizar o cálculo do suposto salário de contribuição omitido”, “as Autoridades Fiscais utilizaram como ‘data de exercício’ as datas em que os beneficiários enviaram suas notificações de exercício à Recorrente. Isso consta nas planilhas elaboradas pela Autoridade Fiscal às fls. 396 a 408.

Examinando os autos verifica-se que as datas utilizadas pela Autoridade Fiscal são aquelas trazidas pela Recorrente em atenção ao TIF nº 03.

Assim consta na decisão recorrida:

A própria impugnante reconhece em sua impugnação que a data do envio das notificações de exercício por parte do beneficiário, informa, "em caráter irrevogável e irretratável", o desejo de exercer as opções:

(...)

Contudo, como já mencionado, a data utilizada pela Autoridade Fiscal como suposto “pagamento do preço de exercício” (a saber, 05/09/2014) corresponde, na realidade, à data de envio das notificações de exercício pelo Sr. Eduardo à Impugnante, por meio das quais se informou, em caráter irrevogável e irretratável, o desejo de exercer as opções (Doc. 05):

(...)

Como se vê, pelo menos nos dois exemplos apresentados pela interessada em sua impugnação, as datas utilizadas pelo Fisco representam corretamente as datas da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, pois se referem à situação jurídica em que ficou definitivamente constituída a intenção do beneficiário, com a sua opção de exercer as opções em caráter irrevogável e irretratável.

Da análise dos programas de opção de compras de ações da Impugnante, conclui-se que o beneficiário passa a ter o direito às ações, antes mesmo do pagamento por elas ser efetivado, bastando comunicar à Companhia, por escrito, indicando a quantidade de ações que pretende exercer. No caso, como se vê, o beneficiário pode até pagar o preço do exercício com a venda das próprias ações recebidas. Assim, se ele pode alienar as ações antes do pagamento, é claro que as ações já lhe pertenciam.

Do acima exposto, e por não identificar vício material na autuação, não acolho o pedido.

3.2.4 Da nulidade do auto de infração das contribuições devidas a terceiros: não observância do limite de 20 salários-mínimos das bases de cálculos

Sustenta o Recorrente que o lançamento fiscal não observou a limitação legal da base de cálculo das Contribuições ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (“FNDE” – Salário Educação) e ao Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária (“INCRA”) a 20 (vinte) salários-mínimos, conforme previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 6.950/81.

Assim consta na decisão recorrida:

SALÁRIO-EDUCAÇÃO

A base fundamental da contribuição a título de salário-educação está na Constituição Federal, artigo 212, § 5º (...)

A Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, por meio do seu artigo 15, determina: (...)

Por seu turno, o Decreto nº 6.003, de 28 de dezembro de 2006, artigo 10, §10, estabelece (...)

Portanto, não resta sombra de dúvida, relativamente à base de cálculo do salário-educação: Incidente sobre o total da remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados, assim, sem limites.

INCRA

Por todo o exposto, tem-se que a base de cálculo das contribuições em apreço é a mesma adotada em relação ao Regime Geral de Previdência Social, conforme § 2º do artigo 3º da Lei 11.457, de 16 de março de 2007.

Diante da existência de previsão na legislação para o lançamento de créditos tributários, como no caso concreto, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (CTN, art. 142, parágrafo único).

Considerando o acima exposto, não há como acolher o pedido de nulidade do auto de infração.

3.2.5 Nulidade do Acórdão Recorrido – Preterição do direito de defesa

Considerando que tal argumento foi apresentado em caráter alternativo (na hipótese de não acolhimento das demais nulidades apontadas) e, considerando que as preliminares apresentadas na sessão “Da participação nos lucros ou resultados dos diretores empregados”, bem como a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo apresentada na sessão “Do plano de opção de compra de ação da recorrente”, restaram acolhidas, deixo de apreciar esse pedido.

4. Mérito

Em que pese as razões de mérito terem sido apresentadas por sessão e em tópicos, passo a analisá-las em bloco.

Sustenta a Recorrente que o vínculo empregatício existente com os diretores foi desconsiderado pela fiscalização, com fundamento em disposições isoladas contidas no Estatuto Social, apesar de demonstrado o cumprimento dos requisitos previstos no artigo 3º da CLT, para que os diretores sejam considerados empregados, tendo o direito de receber participação nos lucros como os demais.

Assim consta na decisão de piso (fl. 14):

Por primeiro, não se pode ignorar determinação legal. Conforme explicitado por meio do título supra, conclui-se que os Membros do Conselho de Administração e os Diretores são administradores da sociedade, por força da Lei 6.404/76, que rege as sociedades por ações, e do estatuto da companhia.

Por segundo, a participação nos lucros ou resultados foi constitucionalmente prevista para contemplar os trabalhadores empregados, sem vinculação com sua remuneração, conforme lei específica.

O Histórico da Participação nos Lucros, item 7.1 do Relatório Fiscal, fls. 328/393, esclarece, de forma cristalina, a intenção do legislador nesse sentido.

(...)

Portanto, ao que extrai dos artigos 2º e 3º supra, resta evidente que a intenção do constituinte foi desvincular da remuneração a participação nos lucros ou resultados recebida apenas pelo empregado. Assim, a participação paga a outra categoria de trabalhador será considerada base de incidência de contribuição previdenciária.

Diante desse cenário, entendo que a decisão de piso merece reforma.

Pois, como já mencionado quando da análise das preliminares, depreende-se do exame dos autos que a decisão de piso ignorou totalmente os documentos juntados na impugnação que demonstram que os diretores são empregados e não administradores, quais sejam: a) Atas de Reunião de Comitê de Remuneração; b) Fichas de Registro de Empregados; c) Contratos e Carteiras de trabalho; d) Avaliação dos Diretores empregados (fls. 905 a 1138).

Quanto às demais alegações, a questão está centrada na natureza jurídica das Stock Options, na medida em que se for remuneratória, haverá a incidência de contribuições previdenciárias. Em sendo mercantil, não há incidência de contribuições sociais previdenciárias, havendo impactos apenas no momento da venda para a pessoa física.

A decisão de piso refere que a Fazenda Nacional entende haver uma “interpretação extensiva do artigo 33 da Lei 12.973/2014, no sentido de que o Plano de Stock Option incidirá contribuição previdenciária sobre o acréscimo patrimonial dos empregados e outros prestadores de serviços, considerando ser uma verba remuneratória e não indenizatória”.

É sabido que os planos *stock option* possuem como fundamento legal tão somente o art. 168, §3º da Lei 6.404/76, que estabelece a possibilidade de as sociedades anônimas outorgarem a seus administradores e empregados opções de compra de ações da própria sociedade. Bem como, a inexistência de legislação específica sobre os planos *stock option* implicou em controvérsias sobre a sua natureza jurídica – trata-se de negócio jurídico mercantil ou espécie de remuneração sobre a qual incide contribuição previdenciária e imposto de renda.

Ocorre que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 1.226, sob o rito de recurso repetitivo, provocada para definir a natureza jurídica dos planos *stock option* - se atrelada ao contrato de trabalho (remuneração) ou se estritamente comercial, para determinar a alíquota aplicável do imposto de renda, bem como o momento de incidência do tributo, reconheceu que os planos *stock option* têm natureza mercantil nos seguintes termos:

1. No regime do stock option plan, **porque revestido de natureza mercantil**, não incide o IRPF quando da efetiva aquisição de ações junto à companhia outorgante da opção de compra, dada a inexistência de acréscimo patrimonial em prol do optante adquirente.
2. Incidirá o IRPF, porém, quando o adquirente de ações do stock option plan vier a revendê-las com apurado ganho de capital.

Ainda que a decisão do STJ trate do IRPF, restou entendido que a natureza jurídica dos planos *stock option* é de contrato mercantil e não de remuneração, uma vez que não se trata de contraprestação, mas sim compra e venda de ações. Assim consta no Voto vencedor do Relator Ministro Sérgio Kukina:

5. Da Análise in abstracto dos conceitos e normas jurídicas pertinentes à solução da contenda e à elaboração da tese vinculante:

A respeito dos Stock Option Plans (SOP), doutrina abalizada dispõe que se trata de "plano em que são estabelecidos os requisitos da opção de compra de ações.

Existe a possibilidade de o empregado adquirir as ações da empresa por preço em média abaixo do mercado e de vendê-las com lucro" (MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 266).

O instituto é originário do direito empresarial norte-americano e terminou se espalhando para as companhias no mundo inteiro, inclusive no Brasil.

No ordenamento jurídico pátrio, não existe norma legal específica regendo a questão, quer em âmbito trabalhista, previdenciário, quer tributário; havendo, no entanto, projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados sobre esse tema específico (PL 2.724/2022, Autor: Senador Carlos Portinho – PL/RJ).

Continuando, ainda a partir de fonte doutrinária, sabe-se que o SOP somente é oferecido por sociedades anônimas (S.As.), abertas ou fechadas; além disso "[s]ão exigidos os seguintes requisitos: a) previsão no estatuto social; b) limitação ao capital autorizado; c) aprovação na assembleia geral; d) o benefício deve ser concedido apenas a administradores, empregados ou outras pessoas físicas que prestem serviços à companhia (§ 3º do art. 168 da Lei nº 6.404/76)" (op cit, p. 267, g.n.).

Em relação às vantagens para as partes envolvidas, é possível citar que, sob o prisma da sociedade empresária, a criação e a oferta do SOP podem representar, por um lado, aumento da produtividade e, por outro, menor rotatividade de mão de obra. Isso porque o empregado que optar por adquirir as ações ofertadas passa a ser acionista da companhia, logo, tem interesse a que seja bem sucedida, para, assim, obter lucro com a posterior revenda – aqui a vantagem para o obreiro.

Diante desse contexto e, considerando que as contribuições previdenciárias são devidas sobre verbas remuneratórias e não sobre negócio jurídico mercantil, não há como

prevalecer o auto de infração, uma vez que trata da exigência de contribuições previdenciárias sobre compra e venda de ações.

5. Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, acolher as preliminares de vício de motivação, de não observância de Solução de Consulta Cosit, de preterição do direito de defesa e de erro na identificação do sujeito passivo e, no mérito, dar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

ROSANE BEATRIZ JACHIMOVSKI DANILEVICZ

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Alfredo Jorge Madeira Rosa**, redator designado

Parabenizo a ilustre Relatora pelo excelente voto, sobre o qual divergi em relação ao mérito. Dirirjo, especificamente, em relação ao acolhimento do vínculo empregatício para os diretores estatutários, e a qualificação da natureza jurídica dos Planos de Opções de Compras de Ações como sendo de natureza mercantil. Com a devida vênica, não estão presentes todos os requisitos que qualificariam estas operações como sendo de natureza mercantil, bem como não há como acolher o vínculo empregatício dos citados diretores estatutários. Seguem meus argumentos.

Pagamento de PLR

A fiscalização apresentou a tese de que, conforme dispõe o estatuto social do recorrente, *“a administração da Companhia compete ao Conselho de Administração e à Diretoria”*. Dispõe também o estatuto quais seriam as competências do Conselho de Administração, e quais seriam as competências atinentes à Diretoria.

O contribuinte deu tratamento de empregado aos seus administradores, tendo pago PLR sem incluir os valores no salário de contribuição para oferecimento à tributação. Conclui o Auditor-Fiscal que:

Logo, a participação nos lucros paga aos Administradores nos moldes previstos na Lei nº 6.404/76, e cujas verbas são aprovadas pelas Assembleias da CIA, integra o salário de contribuição, ficando, pois, sujeita à *incidência de contribuição previdenciária*.

A planilha com os valores que serviram de base de cálculo desta parte do lançamento tributário pode ser encontrada à e-fl.395, sendo a planilha composta pelos nomes de apenas cinco diretores, são eles o Diretor-Presidente e quatro Diretores-Executivos. Todos os cinco profissionais foram eleitos pelo Conselho de Administração para o exercício de mandato, conforme pode ser verificado às e-fls. 190/191. Logo, se trata inegavelmente de diretores estatutários.

O Recorrente defende que esses diretores seriam diretores empregados, nos termos da Lei nº8.212/91, art. 12, inciso I, alínea “a”. Alega ainda, em favor de sua tese, que haveria subordinação desses diretores à Assembleia Geral e ao Conselho de Administração. Neste sentido, o PRL a eles pago não integraria o salário de contribuição, nos termos da Lei nº8.212/91, art. 28, §9º, alínea “j”.

A Relatora entendeu que *“a decisão de piso ignorou totalmente os documentos juntados na impugnação que demonstram que os diretores são empregados e não administradores”*.

Para esclarecimento da questão é necessário que estabelecemos algumas premissas.

Primeiramente, em uma sociedade anônima de capital aberto, com ações listadas em bolsa de valores e, ainda mais, participante do Novo Mercado, como é o caso da Recorrente, as funções de administradores e empregados não se misturam. Seja pela ótica legal, seja pelas óticas organizacional e administrativa, são dois papéis que não se confundem.

Outro ponto importante é que termo Diretor pode ser usado em vários contextos, um deles é o de diretor empregado. Outra situação é a do Diretor Estatutário. O Diretor empregado não se confunde com o Diretor Estatutário.

O Diretor Estatutário não é um empregado, ele age em nome e como órgão da empresa, posto que é estabelecida uma relação jurídica de natureza cível empresarial entre ele e a sociedade anônima. A relação não é simplesmente trabalhista de vínculo empregatício, como ocorre com o Diretor Empregado.

O Diretor Estatutário não tem relação de subordinação, conforme defende a Recorrente, ele apenas se reporta de forma meramente administrativa e estrutural ao Conselho de Administração e/ou à Assembleia Geral.

O Diretor Estatutário tem o dever de gerir a companhia e para tanto, deve celebrar contratos, formalizar negócios, responder efetivamente pela empresa. Não é ele um mero mandatário da sociedade, mas sim um órgão da sociedade, suma a importância de suas atribuições definidas pela LSA (Lei nº 6.404/76).

Diretor Estatutário é aquele que é eleito para tal, conforme disponha o estatuto da empresa. Seus poderes de administrador derivam do Estatuto que, por sua vez, se alinha à LSA.

A LSA deixa claro em seu texto que a diretoria disposta no estatuto, isto é, os diretores estatutários, são órgão obrigatório nas sociedades anônimas. Vide art. 138 da LSA, que fundamenta a autuação.

Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, **ou somente à diretoria**.

§ 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

§ 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

§ 3º É vedada, nas companhias abertas, a acumulação do cargo de presidente do conselho de administração e do cargo de diretor-presidente ou de principal executivo da companhia. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.040, de 2021) (Produção de efeitos) § 3º É vedada, nas companhias abertas, a acumulação do cargo de presidente do conselho de administração e do cargo de diretor-presidente ou de principal executivo da companhia. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021) (Produção de efeitos) § 4º A Comissão de Valores Mobiliários poderá excepcionar a vedação de que trata o § 3º para as companhias com menor faturamento, nos termos de sua regulamentação. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.040, de 2021) § 4º A Comissão de Valores Mobiliários poderá editar ato normativo que excepcione as companhias de menor porte previstas no art. 294-B desta Lei da vedação de que trata o § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)

Pelo acima disposto, verifica-se que até é possível a existência de uma sociedade anônima sem Conselho de Administração, mas não há permissão legal para que uma sociedade anônima não possua diretoria.

No presente caso, a recorrente pertence a um grupo de sociedades anônimas para as quais é obrigatório tanto o Conselho de Administração quanto a diretoria estatutária, os quais, por imposição legal, são os administradores da sociedade.

Assim, fica evidente que as sociedades anônimas sempre terão diretores estatutários, embora possam ter, ou não, também diretores empregados. Já o inverso não seria possível, a existência de diretores empregados sem que existissem diretores estatutários.

Tendo como premissa que toda a sociedade anônima necessariamente possui administradores, e dentre eles, necessariamente estão os diretores estatutários, não há como prosperar a tese do contribuinte.

Pela alegação do contribuinte, este só teria diretores empregados, ou seja, seria como se a empresa não possuísse administradores! Ou, ainda pior, os administradores não seriam aqueles eleitos legitimamente pelo Conselho de Administração, o que só se conceberia em situação que fosse de flagrante fraude empresarial!

O auto de infração indicou apenas diretores estatutários, nenhum diretor empregado.

O estatuto outorga mandato com poderes de diretor estatutário e administrador. Tal situação decorre de lei (LSA), sendo bastante e suficiente a apontar quem está investido na função de administrador da empresa. Não se busca aqui apontar nenhuma fraude em que administradores não seriam administradores!

Situação totalmente diferente é quando se busca demonstrar a condição de segurado empregado, a qual, esta sim, não possui disposição estatutária de poderes e demanda demonstração fática quando não houver formalmente o vínculo empregatício.

Abaixo, vários dispositivos da LSA que corroboram a argumentação acima.

Do Conselho de Administração e diretores estatutários

Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.

O artigo garante que competências do Conselho de Administração e da Diretoria não sofrerão alteração.

Art. 123. Compete ao conselho de administração, **se houver**, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembléia-geral.

Novamente explicita que nem sempre poderá haver um conselho de administração.

Art. 142. Compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

(...)

Expõe a natureza deliberativa, de colegiado, do conselho de administração, voltado a orientações gerais, e não às tarefas executivas do dia a dia da administração.

Representação

Art. 144. No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (artigo 142, n. II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

Parágrafo único. Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado.

Estabelece que o poder de representação dos diretores estatutários permite a eles estabelecer mandatários da companhia, os quais também poderão representar a companhia, porém, com poderes mais limitados.

Art. 208. Silenciando o estatuto, compete à assembléia-geral, nos casos do número I do artigo 206, determinar o modo de liquidação e nomear o liquidante e o conselho fiscal que devam funcionar durante o período de liquidação.

§ 1º A companhia que tiver conselho de administração poderá mantê-lo, competindo-lhe nomear o liquidante; o funcionamento do conselho fiscal será permanente ou a pedido de acionistas, conforme dispuser o estatuto.

(...)

Novamente o conselho de administração como órgão não necessariamente existente, a depender da sociedade anônima.

Administração

Art. 239. As companhias de economia mista **terão obrigatoriamente Conselho de Administração**, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo.

Parágrafo único. Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas.

Exemplo de sociedade anônima que deverá ter conselho de administração.

Pelos argumentos acima expostos, deve ser mantida a autuação referente ao pagamento de PLR para os administradores do contribuinte.

Passo agora a análise da autuação referente ao Plano de Stock Options.

Plano de Stock Options

Sobre este tópico resgatarei parte de voto que já proferi sobre a matéria.

Da Ação e da Opção de compra de Ação

Primeiramente cabe distinguir a ação, da opção de compra da ação.

Tanto a ação de uma empresa, quanto a opção de compra dessa ação, entendidos enquanto contratos de natureza mercantil, negociados em bolsa, constituem-se em valores mobiliários, à luz do art. 2º da Lei nº 6.385/76. Ambas encerram em si específicos direitos à luz do Direito Civil.

Em que pese a opção de compra da ação derivar da ação em si, seu ativo subjacente, sendo por isso a opção considerada espécie de contrato financeiro qualificado como derivativo, ambas representam diferentes direitos, produzindo distintos efeitos. Por isso, cada uma é negociada no mercado financeiro por diferentes preços de cotação, guardando autonomia entre si.

Da onerosidade dos contratos de compra de ações e de opção de compra

O preço da ação não se confunde com o preço da opção, embora possa existir correlação entre as oscilações das cotações de seus preços ao longo do tempo. O preço pago pela opção é chamado de prêmio. Também com eles, preços da ação e da opção, não se confunde o preço de exercício da opção de compra, o qual representa o preço pelo qual o titular da opção tem o direito, mas não a obrigação, de comprar a respectiva ação objeto. Sobre opções e respectivo prêmio, já lecionava Carvalho de Mendonça¹:

1.654. As operações a termo com *opção*, também denominadas a *prêmio*, ou *livres*, são aquelas em que um dos operadores, comprador ou vendedor, se reserva o direito de cancelar o contrato ou dele desistir, **exonerando-se completamente de responsabilidade, mediante o pagamento de soma previamente determinada.**

Esta soma, na linguagem das bolsas, chama-se *prêmio* e **representa a indenização devida pela rescisão do contrato.**

O operador que se reserva esse direito, **fica em condição de garantir-se contra os riscos porventura resultantes da operação firme**, ou, melhor, da variedade das cotações; **limita a perda eventual ao valor do prêmio ajustado.**

(...)

1.655. O prêmio é uma espécie de *arras penitentialis* dos romanos.

O ajuste do prêmio não ofende a seriedade da operação a termo; é coisa diferente do jogo. **Um dos contratantes, se tem a faculdade de romper o contrato, está obrigado a pagar indenização, o que tira o caráter potestativo,** evitando o escolho do art. 115, do Cód. Civil.

(...)

1.658. **A taxa do prêmio varia conforme as condições do mercado.** Ela é fixada por

título, e não impede a exigência da cobertura para a hipótese da confirmação. Esta taxa pode ser paga no vencimento do termo; em muitas bolsas exige-se, porém, adiantadamente, ao tempo da conclusão do contrato. (*grifos do redator*)

Da lição acima temos a essencialidade do pagamento do prêmio para adquirir a opção de compra de uma ação, quando nos deparamos com contratos mercantis. **Esta é a onerosidade, e também a quantificação do risco, existente em um contrato de opções, sob a ótica do titular do direito de opção.**

¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Vol.6 – 5ª ed. - Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 1956. p 367-373.

Em um exemplo simplificado, se a cotação atual de uma ação é R\$10, o prêmio requerido para ter uma opção de compra dessa ação, em condições normais de mercado, com preço de exercício de R\$8 no futuro, será superior a R\$2. Assim, R\$2 seria seu valor intrínseco, o qual é influenciado por outros fatores como taxa de juros e prazo para o vencimento do contrato. Esse valor caracteriza a onerosidade e quantifica o risco do titular. Seu risco é o de perder, no máximo, o valor pago pelo prêmio. Assim é a dinâmica nas operações mercantis.

Tendo em mente esses parâmetros do exemplo acima, uma operação que envolvesse um prêmio inferior a R\$2 sugeriria alguma anormalidade na operação e, por sua vez, um prêmio de R\$0,00 (ausência de prêmio), ou próximo a isso, algo irrisório, retiraria sua onerosidade característica de operação mercantil.

A onerosidade está presente nas operações mercantis, sejam elas com ações ou com opções de ações. Ao tratarmos de Planos de Opções de Compra de Ações, o que se deve aferir é a existência, ou não, da onerosidade quanto às opções de ação efetivamente recebidas. Este direito possui valor negociável nos contratos mercantis, o chamado prêmio, já aqui abordado, guardando autonomia do preço da ação e do preço de exercício. Tanto a opção guarda autonomia da ação, que há negociação separada e autônoma desses instrumentos financeiros. Pode o investidor negociar opções sem a obrigatoriedade de também negociar ações.

O que se percebe nos Planos de Opções de Compra de Ações é que, usualmente, estes transacionam as opções de compra de forma gratuita, afastando-os de uma natureza mercantil. Este é também o caso aqui em julgamento. Há claramente a outorga gratuita de um direito (o direito de opção de compra). Por óbvio, a gratuidade das opções de ações não abarca a compra das próprias ações, no caso de exercício da opção. Não fosse assim, e teríamos outorga gratuita também de ações, o que não é o caso.

Essa possibilidade de ter opções a prêmio zero, e um preço de exercício para as ações, reforça a autonomia de ambas as transações, sendo que a segunda (exercício das opções e respectiva aquisição das ações) pode sequer ocorrer. Trata-se de evento a exclusivo critério e interesse do titular da opção.

Portanto, o cerne da análise aqui é quanto ao evento certo, qual seja, o primeiro ato jurídico da sequência descrita, a outorga das opções, posto que estamos analisando Planos de **Opções** de Compra de Ações, e não a simples compra de ações direta. O benefício efetivamente auferido foi o recebimento das opções e o direito de exercê-las em condições favoráveis. Objetiva-se verificar se os planos em análise reuniriam as características de operação mercantil, a despeito de suas evidentes e assumidas motivações pelo trabalho.

Dentre os requisitos necessários para atrair a natureza mercantil, destacarei as questões da onerosidade e do risco. A ausência desses elementos, em conjunto ou isoladamente, descaracterizam a natureza mercantil da operação, tornando desnecessário discorrer sobre os demais elementos.

O Termo de Verificação Fiscal deixa claro que houve outorga gratuita das opções de compra de ações. Tal fato foi ratificado pelos documentos às e-fls. 615/672.

Afirma a fiscalização à e-fl. 379:

Não há como atribuir natureza mercantil à operação realizada entre a Cia. e seus empregados e administradores, **uma vez que as outorgas foram objeto de cessão gratuita**. Ora, sendo as opções de ações títulos mobiliários negociados em bolsa, outorgá-los gratuitamente implica em afastar integralmente qualquer dúvida quanto a sua natureza remuneratória. Também é relevante o fato da remuneração se consolidar não pela venda das ações, mas pelo seu recebimento de modo livre, não contaminando a relação empresa-trabalhador e os riscos dela advindos, notadamente o de desvalorização das ações, não interferem na realização do fato gerador. (grifo do redator)

Reiteramos que a onerosidade da opção de compra de ação é o preço de seu prêmio. Preço de exercício se refere a onerosidade pelo recebimento das ações, e não das opções, visto que estas foram outorgadas gratuitamente.

Este fato evidencia a ausência de onerosidade dos Planos de Opções da B3.

Sendo o risco do titular de opção justamente o encargo financeiro assumido pelo pagamento do prêmio (conforme já esclarecido neste voto), a ausência de onerosidade implica também ausência de risco assumido pelo titular da opção, e conseqüente descaracterização de uma suposta natureza mercantil. Nada há a perder, visto que nada foi pago pelas opções de ações.

Em relação à oscilação do preço **da ação** até o momento do possível exercício, este é indiferente. O preço de exercício já está predeterminado, cabe ao titular da opção decidir exercer ou não as opções, conforme sua conveniência. O resultado de sua decisão racional será, necessariamente, ou um ganho de capital possibilitado pelo exercício, ou um resultado nulo quando não houver o exercício por impossibilidade de ganho. Não há a hipótese de perda, porque nada foi desembolsado pelo titular previamente.

O Plano de Opção de Compra de ações não envolve risco para seu titular, posto que a outorga se dá em gratuidade pela empresa. Trata-se de um direito, o direito de opção de compra de ações, que foi recebido a título gratuito.

Quando da possibilidade de exercício da opção de compra, esta só será exercida se se mostrar vantajosa ao titular, ou seja, se o direito de opção de compra permitir um ganho de capital decorrente da diferença positiva entre o preço de cotação da ação a mercado, e o preço de exercício (em condições favorecidas) ofertado pela empresa. Existindo este momento, e o conseqüente ganho, haverá interesse fazendário. Aqui o ocorre o fato gerador da contribuição previdenciária, independentemente da realização financeira do ganho de capital.

O pagamento do preço de exercício se dá por conta da compra de ações, e não por conta da compra das opções de ações. Por isso, não se trata de onerosidade da aquisição das opções de ações, que é o que aqui se discute, e sim de onerosidade pela compra de ações, se esta ocorrer. Afinal, o benefício oferecido, no Plano de Opção de Compra de Ações, é a outorga de

opções de compra de ações, o contrato derivativo. Não se trata de uma outorga de ações, o ativo objeto.

O pagamento das ações, caso o titular entenda pelo exercício do seu direito de compra, por óbvio que é oneroso. Não o fosse, se trataria de um segundo benefício, cumulado ao do direito de opção de compra de ações.

A não realização financeira de um ganho de capital existente, e consequente assunção dos riscos da oscilação futura da cotação de ações, é liberalidade de seu titular. Já não há uma relação com a empresa. Passa a existir uma situação comum de investidor do mercado acionário, com todas as implicações existentes de incertezas.

A relação com a empresa se encerra com o exercício, ou não, do direito de opção de compra por seu titular. Este é o fim do Plano de Opções de Compra de Ações entabulado entre a empresa e o beneficiário.

Com diferente construção e detalhamento, porém com a mesma conclusão, entendeu a 2ª Turma da CSRF, em sessão de 22/03/2023, no Acórdão nº 9202-010.634, do qual destacamos o trecho abaixo.

Utilizando-me das explicações dos Professores Alexandre Evaristo Pinto e Marcos Shigueo Takata, no artigo **“Stock options à luz dos Precedentes do CARF”** (in Tributação Federal – Jurisprudência do CARF em Debate. Editora Lumen Juris. 2020), podemos dividir um *Stock Option Plan* em quatro fases: 1) a fase da concessão da opção, onde a companhia delibera e oferece aos seus colaboradores a opção de compra de ações por um valor pré-determinado, 2) a fase da possibilidade de exercício da opção da compra que se inicia com o cumprimento dos requisitos e do eventual prazo de carência (“vesting period”), momento no qual o beneficiário está habilitado a exercer ou não sua opção de compra, 3) a fase de compra das ações pelo beneficiário, pagando para tanto o valor fixado pelo plano, independentemente do valor de mercado das ações na data da compra, e 4) a fase de venda das ações pelo beneficiário, ou seja, venda futura das ações adquiridas a partir do plano.

Analisando a divisão acima, é possível perceber que **apenas as três primeiras fases estão contempladas dentro da relação de trabalho fixada entre empregador e colaborador**, apenas nas primeiras temos a atuação dos personagens envolvidos no contrato de trabalho. (grifo do redator)

Na quarta e última fase temos uma relação contratual firmada entre o beneficiário adquirente da ação e um terceiro. **Nesta etapa inexistente qualquer ganho em retribuição da atividade laboral, seja porque este não é o vínculo estabelecido entre o ora vendedor e o comprador, seja porque a companhia que originalmente vendeu as ações se quer participa deste último negócio jurídico** (este negócio pode, inclusive, ocorrer em momento onde o colaborador já não possua mais vínculo de trabalho com a companhia).(grifo do redator)

Em que pese a argumentação da Recorrente, considerando que **a fase de venda das ações pelo Colaborador a terceiros é fase estranha/alheia ao contrato de trabalho firmado com a empresa instituidora de plano de compra de ações**, não pode este ser o momento eleito para caracterização do fato gerador, pois

repita-se: o fato gerador da contribuição previdenciária exige o pagamento, sob qualquer forma, de verba decorrente do trabalho. (grifo do redator)

Para os planos cuja natureza mercantil tenha sido afastada, caracterizando pagamento de remuneração, é pertinente compreender que o ganho em forma de utilidade é verificado no momento em que o empregado/colaborador adquire as ações em preço inferior ao ofertado no mercado na data da compra, ou seja, na terceira etapa acima descrita. A diferença positiva entre esses valores representará a parcela remuneratória paga como contraprestação pela atividade laboral realizada pelo beneficiário, desencadeando aqui a incidência das contribuições previdenciárias.

O acórdão acima faz referência a outros acórdãos sob números 2401-005.990, 2402-005.781, 2301-004.973, e 2301-005.772, que tiveram o mesmo entendimento.

Deste modo, a aquisição efetiva de ações, decorrente do exercício das opções, caso existisse, necessariamente seria oneroso, pelo pagamento do preço de exercício. Entretanto, não haveria uma assunção obrigatória de riscos, posto que o risco surgiria da decisão de não realização do ganho de capital inicialmente existente, e manutenção das ações no patrimônio do titular.

Pelo exposto, não prosperam as alegações do recorrente de que os Planos de Opções da B3 teriam natureza mercantil. Por outro lado, a fiscalização bem caracterizou a existência de ganho em forma de utilidade, sobre o qual devem incidir as contribuições previdenciárias objeto do lançamento tributário efetuado.

A despeito da autuação ter enveredado pela questão da natureza mercantil dos planos, ressalve-se que, a mera natureza mercantil, caso existente, não necessariamente é hábil a desqualificar um efetivo ganho em forma de utilidade recebido pelo trabalho.

Conclusão

Voto por conhecer do Recurso Voluntário, afastar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Alfredo Jorge Madeira Rosa