

ISSN 1413-7097

# REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (RDDT)

Repositório autorizado de jurisprudência dos seguintes tribunais:

- do Supremo Tribunal Federal (Despacho do Exmo. Sr. Presidente no Processo nº 304743, publicado no DJU I de 18 de maio de 1998, página 1; inscrição sob nº 23/98, em 24 de junho de 1998, conforme Ofício 2434/98-SD);

- do Superior Tribunal de Justiça (sob nº 36 - Portaria nº 1, de 16 de junho de 1997, do Exmo. Sr. Ministro Diretor da Revista do STJ, publicada no DJU I de 23 de junho de 1997, página 29422);

- do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Portaria nº 12, de 13 de agosto de 1997, do Exmo. Sr. Juiz Diretor do Gabinete da Revista do TRF da 1ª Região, publicada no DJU II de 21 de agosto de 1997, página 65574);

- do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo nº 97.02.16454-0, autuado em 30 de maio de 1997 e julgado em 5 de junho de 1997);

- do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (sob nº de inscrição 8 - Portaria nº 2, de 30 de maio de 1997, da Exma. Sra. Juíza Diretora da Revista do TRF da 4ª Região, publicada no DJU II de 5 de junho de 1997, página 41344); e

- do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (sob nº 7 - Despacho do Exmo. Sr. Juiz Diretor da Revista do TRF da 5ª Região, publicado no DJU II de 9 de setembro de 1997, página 72372).

214

JULHO - 2013

REVISTA DIALÉTICA  
DE DIREITO TRIBUTÁRIO  
(RDDT)

ISSN 1413-7097

214

(JULHO - 2013)

Diretor da Revista  
**Valdir de Oliveira Rocha**

Diretores da Editora Dialética  
**Lidia Lobello de Oliveira Rocha**  
**Valdir de Oliveira Rocha**  
**Denise Lobello de Oliveira Rocha**  
**Trevisan**

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*  
*Editora*, com alterações procedidas por  
*Mars e Dialética*

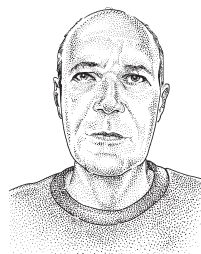
Capa (fundo)  
*Detalhe da obra "100% Azul ou Quase",*  
*de Marola Omartem*

Ilustrações de faces dos autores  
*Fátima Lodo Andrade da Silva*

Impressão  
*Edições Loyola*

*Indexação em base de dados nacionais:*  
RVBI (Periódicos) - Senado Federal  
(www.senado.gov.br/sicon)

*Rede de bibliotecas depositárias:*  
Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal  
de Justiça, Conselho da Justiça Federal,  
Tribunal Regional Federal da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª  
Regiões



*Aprigio Fonseca*  
é o autor da fotografia reproduzida  
em destaque na capa desta edição.

Na página inicial do *site*  
**www.dialetica.com.br**  
canto superior, esquerdo, pode-se  
realizar BUSCA que possivelmente  
facilitará muito a localização de textos  
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque  
exemplares anteriores da  
*Revista Dialética de Direito Tributário*.  
Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra  
correspondem às cópias obtidas nas  
Secretarias dos Tribunais ou se originam  
de publicações oficiais de seus julgados.  
Tiragem superior a 3.000 exemplares.  
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são  
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de  
**Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.**  
Rua Sena Madureira, 34  
CEP 04021-000 - São Paulo - SP  
e-mail: atendimento@dialetica.com.br  
Fone/fax (11) 5084-4544  
**www.dialetica.com.br**

## SUMÁRIO

**Doutrina**

*Amanda Duque dos Santos e Onofre Alves Batista Júnior* - A legitimidade ativa do contribuinte de fato do ICMS (energia elétrica) para pleitear repetição de valores pagos a maior ou indevidamente - uma breve análise crítica da jurisprudência do STJ

1. A “praticidade tributária”, a “eficiência administrativa” e a “eficiência judicial”. 2. A teoria do precedente no Direito pátrio e o *distinguish*. 3. Análise crítica de um caso concreto da seara tributária: a questão das concessionárias de energia elétrica e da legitimidade ativa do consumidor final para pleitear repetição. 4. A importância da correta aplicação do precedente para realização da segurança jurídica.

7

*Andréa Mascitto* - O alcance da “Cide-tecnologia”

I. Introdução. II. Histórico da “Cide-tecnologia”. III. Debate de casos práticos. IV. Conclusão.

22

*André Mendes Moreira, Guilherme Camargos Quintela e Rafael França Savassi* - Plano de *stock options*. Análise sob o prisma da não incidência de contribuições sociais

1. Introdução. 2. Conceito e funcionamento do *stock options plan*. 3. O plano de *stock options* não é contraprestação por serviços prestados e tampouco pagamento pelo trabalho. 4. O *stock options plan* e a álea. 5. Os ganhos decorrentes do plano de *stock options* são inequivocamente eventuais e não habituais. 6. Natureza jurídica dos planos de *stock options* enquanto contrato mercantil. Amoldamento ao disposto no artigo 28, parágrafo 9º, alínea “e”, item 7 da Lei nº 8.212/1991 (*ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário*). Entendimento da Justiça do Trabalho e da justiça comum. 7. Ausência de legislação brasileira que disponha acerca da incidência de contribuições sociais sobre os planos de *stock options*. 8. Conclusões.

32

*Bernardo Alves da Silva Júnior* - Execução fiscal e redirecionamento: a citação da devedora originária é suficiente para deflagrar a contagem do prazo da prescrição intercorrente?

1. Introdução. 2. O prazo da prescrição intercorrente contado da citação da devedora original. 3. Prescrição intercorrente: definição, natureza e elementos. Critérios para a contagem do prazo prescricional relativo ao redirecionamento da execução fiscal. 4. Conclusão.

43

*Eduardo Domingos Bottallo e Claudia Petit Cardoso* - PIS, Cofins e não cumulatividade

Considerações finais.

53

*Juraci Mourão Lopes Filho* - O critério espacial do ISS incidente sobre a coleta, o tratamento e a destinação de lixo

I. Introdução. II. Os aspectos pacificados sobre o fato gerador do ISS e seus limites hermenêuticos. III - As insuficiências dos parâmetros gerais e a necessidade de uma análise econômica do fato gerador do ISS no serviço de coleta, tratamento e destinação final do lixo e resíduos. IV - Conclusões.

60

*Lívia Oliveira de Magalhães* - Da possibilidade de compensação da contribuição previdenciária substitutiva com os demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com espeque no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996

1. Introdução. 2. Da retenção de contribuição previdenciária sobre o valor bruto da nota fiscal. 3. Do entendimento da Receita Federal do Brasil. 4. Do instituto da compensação. 5. Da possibilidade de compensação da contribuição previdenciária substitutiva com os demais tributos administrados pela RFB. 6. Conclusão.

70

**Luiz Olavo Baptista e Rodrigo Maito da Silveira - A imunidade da CSLL sobre as receitas de exportação das empresas prestadoras de serviço à luz das normas do comércio internacional**

I - Introdução. II - Breve histórico acerca da discussão quanto à aplicação da imunidade das receitas de exportação à CSLL. III - Conceito de serviço no Direito brasileiro. IV - Conceito de subsídios e proibição de subsídios de caráter fiscal no bojo do ASMC. V - Inaplicabilidade do ASMC à exportação de serviços. VI - O tratamento nacional sob o GATS. VII - Conclusão.

78

**Martha Toribio Leão - A incidência das contribuições sociais sobre as receitas financeiras das instituições financeiras e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

1. Introdução. 2. As receitas financeiras e a noção de faturamento adotada no Direito Tributário brasileiro. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusões.

93

**Ramon Tomazela Santos - Aspectos controvertidos atuais dos juros sobre o capital próprio (JCP): o impacto das mutações no patrimônio líquido, o pagamento acumulado e a sua qualificação nos acordos internacionais de bitributação**

1. Introdução. 2. Comentários gerais sobre os juros sobre o capital próprio (JCP). 3. As mutações no valor do patrimônio líquido. 4. O pagamento acumulado de JCP. 5. O impacto da distribuição de dividendos no patrimônio líquido. 6. A qualificação do JCP nos acordos internacionais. 7. Conclusões.

108

**Vagner Aparecido Nóbrega Valente - A desoneração da folha de pagamentos e seus reflexos no segmento da construção civil**

1. Introdução. 2. Os ditames que contornam o princípio da não cumulatividade das contribuições sociais. 3. A responsabilidade tributária por retenção e as consequências desta sistemática impositiva. 4. A dimensão da natureza da receita bruta para fins da contribuição previdenciária. 5. Do efeito confiscatório e da capacidade contributiva. 6. Conclusão.

125

**Pareceres**

**Ives Gandra da Silva Martins - Reembolso de despesas pagas a operadores portuários por armadores estrangeiros não é fato gerador do ISS**

Consulta. Resposta.

135

**Procuradoria-Geral da República - IPI - princípio da seletividade em função da essencialidade do produto - destinação ou finalidade do produto industrializado**

153

**Procuradoria-Geral da República - Imposto de Renda - base de cálculo - limitação indevida à dedução total das despesas com educação**

158

**Jurisprudência**

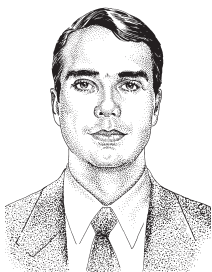
**Íntegras de Acórdãos**

- Descaminho - veículo objeto de contrato de "leasing" - transporte irregular - perdimento do bem - possibilidade - proporcionalidade da sanção - habitualidade (STJ - 1ª T.) 168
- Imposto de Renda - multa por litigância de má-fé - natureza jurídica de penalidade processual - incidência (STJ - 2ª T.) 172
- IPI - importação de produtos por sociedade civil prestadora de serviços - impossibilidade de incidência (STF - 1ª T.) 179

- IPTU - imunidade - imóvel registrado em nome da concessionária de serviço público - incidência e sujeição passiva evidenciadas (STJ - 1ª T.) 183
- ISS - arrendamento mercantil - "leasing" financeiro - competência para cobrança (STJ - 2ª T.) 187

**Decisão**

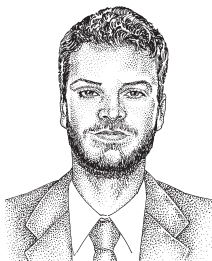
- Refis/Paes - exclusão - publicação via internet - ausência de devido processo legal (Ministro Celso de Mello, do STF) 192



**André Mendes Moreira**  
é Doutor (USP) e Mestre (UFMG) em Direito Tributário, Professor Adjunto de Direito Tributário da UFMG e Advogado.



**Guilherme Camargos Quintela**  
é Mestre em Direito Tributário pela UFMG, Professor das Faculdades Milton Campos e Advogado.



**Rafael França Savassi**  
é Advogado.

## Plano de *Stock Options*. Análise sob o Prisma da não Incidência de Contribuições Sociais

André Mendes Moreira  
Guilherme Camargos Quintela  
Rafael França Savassi

### 1. Introdução

Há, correntemente, relevante contencioso (administrativo e judicial) oriundo de autuações fiscais lavradas pela Receita Federal do Brasil exigindo contribuições sociais incidentes sobre supostas remunerações pagas por pessoas jurídicas aos seus colaboradores a título de Opções de Compra de Ações, também chamadas de *Stock Options*, que, segundo a RFB, seriam equiparadas à remuneração decorrente de contrato de trabalho, nos termos do artigo 28, inciso I, da Lei nº 8.212/1991<sup>1</sup>.

Diante dessa situação, o presente estudo buscará analisar a ilegitimidade da incidência pretendida pela RFB, uma vez que, a nosso sentir, não há fundamento para a cobrança das contribuições sobre os valores “pagos” pela companhia (*rectius*: sobre o desconto por elas concedido no preço da ação) no contexto de planos de *Stock Options*. Estes, além de serem facultativos, envolvem álea considerável, porquanto o colaborador somente poderá exercer seu direito de compra após certo período de carência (*vesting period*), ao fim do qual lhe será facultada a efetiva aquisição das ações e a posterior venda no mercado, sendo impossível, dessarte, saber de antemão se haverá ou não ganho de capital na operação.

Sem maiores delongas, passemos ao objeto do estudo.

### 2. Conceito e Funcionamento do *Stock Options Plan*

#### 2.1. Histórico

O *Stock Options Plan* teve origem nos Estados Unidos na década de 1950 e ganhou visibilidade a partir dos anos

<sup>1</sup> “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 (...).” (Destacamos)

1980, quando se tornou prática cada vez mais recorrente entre as empresas de grande porte. Na Europa, a concessão de planos de *Stock Options* repercutiu com maior intensidade na década de 1970, atingindo seu ápice nos anos 1990<sup>2</sup>.

No Brasil, tal forma de incentivo teve início a partir da década de 1990 e, embora haja atualmente tendência de crescimento, ainda é prática incipiente. Tal fato deve-se, dentre outros motivos<sup>3</sup>, à quase completa ausência de legislação específica sobre o tema no Brasil, bem como à carência de segurança jurídica acerca de seus impactos tributários.

## 2.2. Objetivos

No que concerne aos objetivos dos planos de *Stock Options*, esses podem ser assim sintetizados: incentivar os prestadores de serviços de uma determinada empresa (neles incluídos os empregados e também os terceirizados, os administradores, os diretores e os fornecedores) a aumentar os índices de desempenho das companhias, bem como fomentar o compromisso e a lealdade à empresa. Os planos de opções de ações visam, ainda, à retenção de bons profissionais nas sociedades, pois fazem com que cada indivíduo, em última análise, se torne sócio da companhia.

Dessarte, o que se busca perante os beneficiários dos planos, sejam eles empregados, terceirizados ou fornecedores, é a fidelização a longo prazo, de forma que se comprometam com os resultados da empresa, viabilizando a retenção de talentos<sup>4</sup>.

## 2.3. Conceito

O *Stock Options Plan* consiste, em síntese, na concessão do direito de compra de ações, no futuro, a preços fixados conforme o valor de mercado presente, geralmente abaixo do custo atual (preço de exercício). Deste modo, o colaborador, após certo prazo de carência ou maturação determinado em contrato, poderá exercer o direito de compra das ações. Ou seja, é oferecida a possibilidade desses indivíduos adquirirem ações da companhia no futuro a um preço prefixado no passado, observado obviamente um termo final, a partir do qual não mais poderá ser exercida a opção de compra.

Uma vez exercida a opção, a negociação do papel pode ocorrer de imediato, em regra. Em outras palavras: a carência que se impõe ao beneficiado pelo plano é para o exercício da opção de compra que lhe é concedida em determinado momento. Assim, adquirido o papel, o funcionário possui disponibilidade plena sobre ele, podendo aliená-lo a qualquer momento (valendo apenas lembrar que os planos podem variar conforme a companhia, sendo essa a regra geral).

Neste ponto, faz-se útil a definição de alguns dos termos característicos dos planos de *Stock Options*:

<sup>2</sup> DAL MAS, Viviane Castro Neves Pascoal M. *Stock options na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008, p. 17.

<sup>3</sup> Um dos exemplos é o emblemático caso Enron, ocorrido nos Estados Unidos da América em 2004, no qual a manipulação de dados contábeis, dentre outros efeitos, acarretou mudanças e restrições no campo fiscal e contábil (Lei Sarbanes-Oxley, v.g.), impactando diretamente o instrumento de *Stock Options*.

<sup>4</sup> CARDOSO, Oscar Valente. “Contribuições previdenciárias e verbas controversas: *stock options*”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 198. São Paulo: Dialética, 2012, p. 110.

a) Preço de exercício (*exercise price* ou *valuation*): as empresas não cedem as ações aos seus colaboradores a título gratuito, mas lhes concedem um direito de adquiri-las a um preço prefixado. O preço de exercício é fixado no momento da concessão do plano, para exercício futuro, quando (e se) o beneficiário optar por comprar as ações pelo valor preestabelecido (após o prazo de carência ou maturação).

b) Prazo de carência ou maturação (*vesting*): são regras e condições suspensivas para o exercício das opções de compra de ações. Define-se um período mínimo entre a data da concessão da opção e a data em que o beneficiário poderá efetivamente exercer o seu direito de compra. Em geral, tal prazo varia entre um e quatro anos. Ressalte-se que, no momento em que o beneficiário adere ao plano de opção de compra de ações, não há sequer o direito à opção de compra das ações oferecidas. O que o beneficiário possui, de fato, é uma expectativa de direito, que somente originará o direito subjetivo de exercer a opção (comprar as ações) após o final do prazo de carência fixado no plano. Nestes casos, caso haja rescisão do contrato de trabalho antes do final do referido período de carência, o beneficiário não terá o direito de comprar as ações oferecidas.

c) Vencimento da opção (*expiration date*): data limite para o exercício de compra das ações. Após este prazo, o titular da opção perde o direito de exercer a compra das ações propostas. Exercida a opção dentro do prazo, ele adquire a disponibilidade plena do papel, podendo inclusive aliená-lo no mesmo dia.

São, portanto, as seguintes etapas a serem percorridas nos planos de *Stock Options*:

1) Concessão das opções de compra de ações, momento no qual é celebrado contrato de adesão entre a companhia e o beneficiário, onde é definido o número de ações que o colaborador terá direito a adquirir (de acordo com cargo, função ou critérios personalíssimos, entre outros), bem como são estabelecidas demais condições, como preço de exercício, prazo de carência, vencimento.

2) Período de Maturação (*vesting*), já *supra* demonstrado.

3) Exercício potencial de compra das ações, no qual o colaborador irá decidir se pretende adquiri-las ou não, bem como a respectiva quantidade, respeitado o limite máximo estabelecido pela empresa. Essa fase tem como termo final o vencimento das opções (*expiration date*).

4) Aquisição das ações, ou seja, pagamento efetivo do preço de exercício.

5) Negociação das ações no mercado financeiro. O colaborador pode alienar imediatamente suas ações ou com elas permanecer, como investimento, por tempo indeterminado.

Isto posto, passemos à análise da (im)possibilidade de enquadramento do potencial benefício trazido pelo *Stock Options Plan* no artigo 28, inciso I, da Lei nº 8.212/1991, que assenta as características essenciais para configuração do salário de contribuição: remuneração pelo trabalho, habitualidade e obrigatoriedade (decorrente de lei ou do contrato de trabalho).

### 3. O Plano de *Stock Options* não é Contraprestação por Serviços Prestados e tampouco Pagamento pelo Trabalho

Os ganhos eventualmente advindos de planos de *Stock Options* não configuram pagamentos pelo trabalho, tampouco contraprestações remuneratórias. Isso porque não é o trabalho que está sendo remunerado, haja vista a inexistência de causalidade ou sinalagma com o serviço prestado. Referido plano, como *supra* adiantado, é modo de fomentar o interesse do empregado, terceirizado ou fornecedor pelo andamento dos negócios da empresa e, ainda, acenar com uma possível compensação econômica que visa à retenção dos talentos. Em suma: o objetivo do plano de opção de compra de ações é coletivo, relativo à situação da empresa e à fidelização e retenção de talentos de seus colaboradores<sup>5</sup>.

Seus ganhos, portanto, não são contraprestações pelo trabalho haja vista que não é o empregador quem paga os valores aos funcionários, mas, sim, o mercado de ações, de forma completamente independente, autônoma e desvinculada da relação laboral.

### 4. O *Stock Options Plan* e a Álea

A álea no plano de *Stock Options* é simples e inequívoca, não requerendo elaborados argumentos para a sua demonstração. Essa é a característica essencial do mercado de ações: regido pela oferta e pela procura, as operações com mais risco podem gerar os maiores ganhos e, conseqüentemente, as maiores perdas<sup>6</sup>.

Ao aceitar permanecer na empresa - mesmo, eventualmente, tendo outras ofertas de trabalho com maior remuneração - esperando o final do *vesting period* para exercer sua opção de compra a preço subsidiado, o colaborador corre o risco da desvalorização do papel, que pode tornar pouco atrativa ou até mesmo deficitária a aquisição da ação pelo preço previamente pactuado com a companhia.

Nesse sentido, veja o que dispõe a BVMF acerca de preços e riscos no mercado de ações:

#### *Preços:*

“Os preços são formados em pregão, pela dinâmica das forças de oferta e demanda de cada papel, o que torna a cotação praticada um indicador confiável do valor que o mercado atribui às diferentes ações.”<sup>7</sup>

#### *Riscos:*

“Ações são ativos de renda variável, ou seja, não oferecem ao investidor uma rentabilidade garantida, previamente conhecida. Por não oferecer uma garantia de retorno, este é um investimento considerado de risco. A rentabilidade dos investidores é com-

<sup>5</sup> DAL MAS, Viviane Castro Neves Pascoal M. *Stock options na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008, p. 72.

<sup>6</sup> “A opção pela compra de ações conferida ao trabalhador implica em riscos naturais do mercado para o adquirente, uma vez que as ações adquiridas podem valorizar-se ou desvalorizar-se, de acordo com as oscilações financeiras, de que exsurge nítida a sua natureza mercantil. De tal modo, não há como lhes atribuir índole salarial, a despeito do pretendido.” (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 0001396-78.2011.5.03.0014/RO, Des. Rel. Denise Alves Horta, 8ª Turma, data da publicação: 18.5.2012)

<sup>7</sup> Disponível em <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/formas-de-negociacao/formas-de-negociacao.aspx?Idioma=pt-br>.



posta de dividendos ou participação nos resultados e benefícios concedidos pela empresa emissora, além do eventual ganho de capital advindo da venda da ação no mercado secundário (Bolsa de Valores). O retorno do investimento dependerá de uma série de fatores, tais como desempenho da empresa, comportamento da economia brasileira e internacional etc. Por esse motivo, é aconselhável que o investidor não dependa do recurso aplicado em ações para gastos imediatos e que tenha um horizonte de investimento de médio e longo prazos, quando eventuais desvalorizações das ações poderão ser revertidas.”<sup>8</sup>

Observemos o seguinte exemplo. Um colaborador adere ao plano de *Stock Options* no qual é estabelecido o valor de exercício de R\$ X, momento no qual a cotação das ações no mercado financeiro, na mesma data, é de R\$ 2X. Esse colaborador deve aguardar transcorrer o prazo de carência (*vesting*) para que possa exercer seu direito e efetivamente comprar as ações para posterior alienação. Nesse intervalo de tempo, caso as ações permaneçam em R\$ 2X ou estejam em valor superior, o colaborador irá lucrar o valor de R\$ X, ao menos. Vale lembrar que esse valor será obtido na venda das ações no mercado financeiro, não sendo a empresa ofertante quem irá realizar o pagamento.

Em cenário oposto, caso o valor das ações, entre o período de carência/maturação (*vesting*) e o prazo de vencimento das opções (*expiration date*) seja de R\$ X ou inferior, ocorrerá perda. Isso porque, caso o valor de venda das ações no mercado seja inferior a R\$ X haverá óbvio e imediato prejuízo.

O fato de o preço de compra das ações ser usualmente definido em montante inferior ao valor corrente de mercado dos papéis (embora, por óbvio, não se possa saber se, na data em que a opção se tornar exercível, esse desconto continuará existindo, pela flutuação normal do preço da ação) não significa que se está pagando salário. Isso é o que já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho ao considerar inviável o reconhecimento de natureza salarial decorrente da possibilidade de compra de ações, visto que

“as ‘Stock Options’, regra geral, são parcelas econômicas vinculadas ao risco empresarial e aos lucros e resultados do empreendimento. Nesta medida, melhor se enquadram na categoria não remuneratória da participação em lucros e resultados (art. 7º, XI, da CF) do que no conceito, ainda que amplo, de salário ou remuneração. De par com isso, a circunstância de serem fortemente suportadas pelo próprio empregado, ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa, mais ainda afasta a novel figura da natureza salarial prevista na CLT e na Constituição.”<sup>9</sup>

Nesse sentido, se o colaborador exerce a opção e adquire as ações para posterior revenda, “claro está que não foram dadas a ele como ‘plus’ salarial, podendo vir a importar até mesmo em perda, conforme o resultado das ações no mercado, que é de alto risco. Não era, efetivamente, um ganho indireto propiciado pela ré.” No caso, a empresa que concedeu o plano<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Disponível em <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/educacional/iniciantes/mercado-de-aco-es/entenda-o-mercado-de-aco-es/entenda-o-mercado-de-aco-es.aspx?idioma=pt-br>.

<sup>9</sup> Tribunal Superior do Trabalho, RR nº 134100-97.2000.5.02.0069, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 6ª Turma, data da publicação: 3.12.2010.

<sup>10</sup> *Idem*.

### **5. Os Ganhos Decorrentes do Plano de *Stock Options* são inequivocamente Eventuais e não Habituais**

Não é possível, outrossim, configurar como habituais os ganhos com os *Stock Options Plans*. Tal contraria a lógica e a racionalidade

- a) do próprio plano, que não é prática recorrente, mas, sim, opção concedida uma única vez, em regra, a cada colaborador; e
- b) do próprio mercado de ações que, senso comum, é volátil e vulnerável a diversos fatores (até mesmo a boatos).

Desse modo, por mais que os funcionários tenham expectativa de lucro no futuro, não há como entender que tais ganhos sejam consecutivos, habituais ou regulares.

Assim, determinado funcionário poderia aderir ao *Stock Options Plan* e exercer o seu direito de compra das ações no primeiro momento possível, após prazo de carência, enquanto outros podem aguardar - tudo a depender de sua análise pessoalíssima do mercado financeiro, bem como do termo final do prazo de vencimento das opções (*expiration date*).

O plano de *Stock Options* é, assim, uma possível vantagem adicional oferecida pela empresa aos seus colaboradores (empregados ou não, repise-se). Se fosse seguido o raciocínio do Fisco, seria letra morta o artigo 28, parágrafo 9º, alínea “e”, item 7 da Lei nº 8.212/1991<sup>11</sup>, já que quaisquer bônus ou vantagens recebidos pelos colaboradores de uma empresa seriam considerados habituais, mesmo que recebidos uma única vez.

Por fim, frise-se que o fato de a empresa registrar contabilmente as despesas correspondentes ao desconto pactuado com o colaborador caso este venha futuramente a exercer a opção, nos termos do pronunciamento contábil CPC nº 10<sup>12</sup>, não desnatura o seu caráter eventual. Isso porque o funcionário pode nunca exercer o seu direito de opção de compra de ações ou mesmo desligar-se da empresa sem antes tê-lo exercido. Ou ainda, mesmo que o exerça, não há garantia de ganho, proporcional à despesa contabilizada.

### **6. Natureza Jurídica dos Planos de *Stock Options* enquanto Contrato Mercantil. Amoldamento ao Disposto no Artigo 28, Parágrafo 9º, Alínea “e”, Item 7 da Lei nº 8.212/1991 (*Ganhos Eventuais e Abonos expressamente Desvinculados do Salário*). Entendimento da Justiça do Trabalho e da Justiça Comum**

Como antecipado, a Receita Federal do Brasil, em uma série de autuações lavradas contra pessoas jurídicas, vem defendendo o entendimento de que as operações de *Stock Options* detêm natureza salarial.

<sup>11</sup> “Art. 28 (*omissis*) § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: e) as importâncias:

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário (...).”

<sup>12</sup> “O objetivo do presente Pronunciamento é estabelecer procedimentos para reconhecimento e divulgação, nas demonstrações contábeis, das transações com pagamento baseado em ações realizadas pela entidade. Especificamente, exige-se que os efeitos das transações com pagamento baseado em ações estejam refletidos no resultado e no balanço patrimonial da entidade, incluindo despesas associadas com transações por meio das quais opções de ações são outorgadas a empregados.” (Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Brasília, 3 de dezembro de 2010)

Entendemos, no entanto, que equiparar os planos de *Stock Options* ao conceito de salário não é correto, indo de encontro ao seu próprio objetivo. Isso porque, como dito, trata-se de programa de estímulo e de fidelização disponível normalmente a todos os prestadores de serviços de uma determinada empresa, neles incluídos os empregados e também os terceirizados, os administradores, os diretores e os fornecedores, tenham vínculo empregatício ou não.

Ora, como é possível atribuir natureza salarial a medidas nas quais vários dos potenciais beneficiários não constam da folha de pagamento das empresas? O que tais planos objetivam é que todos os parceiros tornem-se sócios da empresa, de forma que essa 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 bolsa de valores.

A natureza do contrato de *Stock Options* é, pois, indiscutivelmente mercantil, já que: (a) encontra previsão tão somente na Lei nº 6.404/1976 - Lei das S/A<sup>13</sup>; (b) a compra das ações é necessariamente onerosa ao beneficiário; (c) o plano é exposto à flutuação natural do mercado de ações; e (d) o plano independe de contrato de trabalho<sup>14</sup>.

Confirmando tal entendimento, a Justiça do Trabalho tem se posicionado constantemente no sentido de que a operação de *Stock Options* possui natureza mercantil, não podendo ser enquadrada como remuneração pelo trabalho, porquanto o funcionário não auferire diretamente nenhuma vantagem de natureza salarial por intermédio da opção de compra concedida. Esse é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho<sup>15</sup>, seguido pelos TRTs<sup>16</sup>.

Assim, é pacífico na Justiça Laboral que os ganhos decorrentes de planos de *Stock Options* não compõem o salário de contribuição e, conseqüentemente, não atraem a incidência das contribuições sociais.

No mesmo sentido caminha a Justiça Estadual ao pugnar pela aplicação às *Stock Options* das regras do Direito Empresarial, haja vista que a opção de compra tem

<sup>13</sup> “Art. 168 (*omissis*).

§ 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.”

<sup>14</sup> CUNHA, Luiza Fontoura da. “*Stock options*: uma análise sobre sua tributação”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 203. São Paulo: Dialética, 2012, p. 104.

<sup>15</sup> Tribunal Superior do Trabalho, RR nº 1065/2000-070-02-00.0, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, data de julgamento: 8.10.2008, data de divulgação: *DEJT* de 24.10.2008; Tribunal Superior do Trabalho, AIRR nº 387/2003-045-15-40.9, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, data de julgamento: 24.9.2008, data de divulgação: *DEJT* de 17.10.2008; Tribunal Superior do Trabalho, RR nº 3273/1998-064-02-00.7, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, data de julgamento: 15.3.2006, data de publicação: *DJ* de 31.3.2006; Tribunal Superior do Trabalho, AIRR nº 85740-33.2009.5.03.0023, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, data de publicação: *DEJT* de 4.2.2011; Tribunal Superior do Trabalho, AIRR nº 1008-14.2010.5.01.0000, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, data de publicação: 23.9.2011; Tribunal Superior do Trabalho, RR nº 217800-35.2007.5.02.0033, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, 6ª Turma, data de publicação: 11.3.2011.

<sup>16</sup> Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 0115000-58.2009.5.03.0023/RO, Des. Rel. Wilmeia da Costa Benevides, 10ª Turma, data de publicação: 17.5.2011; Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 0089600-84.2009.5.03.0009 RO, Des. Rel. Alice Monteiro de Barros, Sétima Turma, data de publicação: 17.8.2010; Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 0089900-49.2009.5.03.0105 RO, Des. Rel. Marcus Moura Ferreira, Primeira Turma, data de publicação: 24.3.2010.

“natureza contratual e é celebrada nos termos do artigo 168, 3º, da Lei 6.404/76, submetendo-se, portanto, ao consensualismo, à boa-fé subjetiva e objetiva e à sua obrigatoriedade”<sup>17</sup>.

Dessarte, não há outro modo de enquadrar as operações de *Stock Options* senão como ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário, nos termos do artigo 28, parágrafo 9º, alínea “e”, item 7 da Lei nº 8.212/1991, intributáveis pelas contribuições previdenciárias.

Ainda que assim não fosse, inexistente na legislação pátria autorizativo para a incidência de contribuições sociais sobre os planos de *Stock Options*, como será aclarado a seguir.

### **7. Ausência de Legislação Brasileira que disponha acerca da Incidência de Contribuições Sociais sobre os Planos de *Stock Options***

Inexiste, na legislação pátria, norma que disponha sobre a tributação de valores decorrentes de planos de *Stock Options*. Desse modo, as exigências fiscais envolvendo a matéria, ainda que baseadas em entendimentos estrangeiros, carecem de validade no País.

A esse respeito, note-se que a Receita Federal do Brasil tem lavrado autuações fundadas em Relatório Final do Grupo de Peritos da União Europeia<sup>18</sup> - a seu turno, baseado em parecer da PricewaterhouseCoopers<sup>19</sup> e em estudos realizados para a Comissão Europeia<sup>20</sup> - que sustentam o potencial caráter remuneratório dessas operações à luz do Direito estrangeiro.

De acordo com o Fisco federal, os referidos estudos teriam concluído que os benefícios dos planos de ações para empregados configurariam rendimentos pelo trabalho e, conseqüentemente, deveriam ser tributados como tal.

Isso porque, segundo o estudo europeu, os rendimentos pelo trabalho definem-se como remunerações pagas no bojo de um contrato de trabalho. Assim, a RFB aduz que, tendo em vista os planos de opções de ações serem concedidos ao abrigo de um contrato de trabalho (o que já demonstramos não ser verdadeiro, pois beneficiam até mesmo terceirizados e fornecedores), bem como por potencialmente estarem ligados a certas condições e metas relacionadas com o emprego, caberiam na definição de rendimentos decorrentes do trabalho. Ao final, conclui que, apesar da natureza indefinida dos planos de opções de ações, eles seriam considerados, na maioria dos sistemas fiscais, como rendimentos pagos pelo trabalho.

Ademais, o Fisco federal alega que os Estados Unidos da América, por meio do Manual da Administração do Sistema de Seguridade Social<sup>21</sup>, consideram os ga-

<sup>17</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação nº 2011.8.19.0001, Rel. Des. Cezar Augusto R. Costa, 3ª Câmara Cível, data do julgamento: 2.5.2012.

<sup>18</sup> “Opções de Acções para Empregados. O enquadramento jurídico e administrativo dos Planos de Opções de Acções para Empregados na EU. Relatório Final do Grupo de Peritos, Junho de 2003.” (Disponível em [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support\\_measures/stock\\_options/final\\_report\\_stock\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/stock_options/final_report_stock_pt.pdf))

<sup>19</sup> PricewaterhouseCoopers. *Employee stock options in the EU and the USA*. Londres, 2002.

<sup>20</sup> PENDLETON, A.; BLASI, J.; KRUSE, D.; POUTSMA, E.; e SESIL, J., *Theoretical study on stock options in small and medium enterprises, study for the European Commission*. Manchester, 2002.

<sup>21</sup> POMS - *Program Operations Manual System*. Sessão RS 02505.240B, item 73. (Disponível em <https://secure.ssa.gov/poms.nsf/lnx/0302505240>)

nhos advindos dos planos de opções de ações como salário. De acordo com o manual em lume as diferenças entre o valor de aquisição das ações no plano de *Stock Options* e aquele do valor de mercado devem ser incluídas no cômputo do salário (*wages*).

Ora, não obstante a potencial citação de infindáveis dispositivos das mais diversas legislações forâneas, nenhum deles autoriza a incidência de contribuições sociais sobre o plano de *Stock Options* no Brasil. Afinal, normas estrangeiras não podem parametrizar qualquer tipo de novel incidência tributária no País, ante a vedação de tributação por analogia e o princípio da legalidade, cujo corolário é a especificidade conceitual fechada, conforme leciona Misabel Derzi<sup>22</sup>.

O tema em lume é tratado pela legislação brasileira apenas pelo retrocitado artigo 168, parágrafo 3º da Lei das S/A (Lei nº 6.404/1976) e pela Instrução Normativa CVM nº 390, de 8 de julho de 2003<sup>23</sup>. Contabilmente há tão somente o CPC nº 10, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, igualmente referido anteriormente.

A Lei das S/A somente trata da autorização para a outorga das opções de ações pelas empresas aos seus administradores, empregados ou pessoas físicas que prestem serviços à companhia ou a sociedades sob seu controle.

O pronunciamento contábil CPC nº 10, por sua vez, traz regras de contabilização dos valores pagos a esse título e determina, em seus itens 10 a 15, que as opções de ações sejam em regra outorgadas aos empregados como parte do pacote de remuneração, adicionalmente aos salários e a outros benefícios. Por outro lado, o CPC destaca que, diante da impossibilidade de se mensurar de forma justa os instrumentos patrimoniais (ações) em relação aos serviços prestados, o *Stock Options Plan* deve ser utilizado como um bônus, independentemente da remuneração básica.

Nos referidos dispositivos, portanto, não se verifica autorizativo para tributação dos ganhos advindos de *Stock Options* ou mesmo a sua equiparação a salário de contribuição, a atrair a incidência tributária (e nem mesmo poderia haver, pois não se tratam de leis com esse cariz).

Por fim, a Instrução Normativa CVM nº 390/2003 dispõe sobre a negociação, por companhias abertas, de ações de sua própria emissão, mediante operações com opções. Na referida norma há apenas requisitos formais para a negociação com opções, bem como a imposição da necessidade de divulgação em demonstrações financeiras e informações periódicas. Ademais, há descritivo sucinto sobre a forma

<sup>22</sup> “Em nenhum momento se perde a noção da necessária concreção à qual deve descer o pressuposto, dentro do Direito Tributário. A descrição do fato jurígeno, as coordenadas de tempo e espaço que o limitarem, os sujeitos da relação e a quantificação do dever devem estar explicitados em Lei (Constituição Federal, art. 153, § 29 e art. 97 do CTN). Logo, o que a doutrina aponta como cada elemento do fato gerador é o necessário e imprescindível à habilitação de todo o tributo. Mas, em verdade, o princípio da legalidade material (expresso em conceitos determinados e específicos), impropriamente chamado ‘tipicidade’, permanece como característica (embora necessária) do pressuposto tributário e, assim, coincidindo em limites e extensão com a própria noção de pressuposto (que é, na versão tributária, o fato gerador).” (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988, pp. 195-196)

<sup>23</sup> “Dispõe sobre a negociação, por companhias abertas, de ações de sua própria emissão, mediante operações com opções, altera dispositivos da Instrução CVM nº 10, de 14 de fevereiro de 1980, e revoga a Instrução CVM nº 290, de 11 de setembro de 1998, e a Instrução CVM nº 291, de 25 de setembro de 1998.” (Publicada no *DOU* de 11.7.2003)

de contabilização. De todo modo, em momento algum a CVM enquadra o plano de opções de ações como salário, tampouco discorre acerca de sua tributação.

Assim, é possível concluir que não há na legislação brasileira uma norma específica no que se refere à tributação dos valores decorrentes do plano de *Stock Options*.

Dessa forma, qualquer exigência tributária incidente sobre as operações de *Stock Options* incorre em inequívoca ofensa ao princípio constitucional da legalidade em geral (artigo 5º, inciso II, da CR) e em matéria tributária (artigo 150, inciso I, da CR). Isso porque, se não há lei que disponha acerca da incidência de contribuições sociais sobre valores decorrentes de planos de *Stock Options*, bem como norma trabalhista que os equipare a salário, não pode a Receita Federal, ainda que baseada em estudos e normas estrangeiros, criar regra-matriz de incidência até então inexistente.

Dessarte, quaisquer exigências tributárias, nesse cenário, não atenderiam requisito básico à sua validade, qual seja, apresentação da disposição legal infringida, conforme determina o artigo 10, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972. A ausência de fundamentação legal acarreta, portanto, a nulidade de eventual auto de infração lavrado por vício substancial, conforme determina o artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972, ante a flagrante afronta ao direito de defesa. Esse é justamente o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais<sup>24</sup>.

## 8. Conclusões

A análise procedida pode ser sintetizada nas conclusões a seguir enunciadas, que se encadeiam de forma a demonstrar a intributabilidade dos valores pagos no bojo de planos de opção de compras de ações, ante a natureza de tal sistemática e suas características inerentes, a afastá-la do conceito de salário de contribuição:

- a) Os planos de *Stock Options* caracterizam-se como contratos mercantis que não se confundem com salário de contribuição, amoldando-se ao disposto no artigo 28, parágrafo 9º, alínea “e”, item 7, da Lei nº 8.212/1991 (*ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário*).
- b) O plano de *Stock Options* não é contraprestação por serviços prestados ou pagamento pelo trabalho. Não há relação de causalidade ou mesmo sinalagma com o trabalho.
- c) O *Stock Options Plan* tem como característica inequívoca a álea. Os riscos envolvidos no mercado de ações são por todos conhecidos e atestados pela BVMF.
- d) Os ganhos decorrentes do plano de *Stock Options* são inequivocamente eventuais e não habituais. Ademais, o benefício é concedido por mera liberalidade das empresas.

<sup>24</sup> Carf, Acórdão nº 2301-003.014, PTA nº 36980.006741/2006-59, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Rel. Mauro José Silva, Sessão de 16.8.2012; Carf, Acórdão nº 2402-002.391, PTA nº 35226.001191/2007-41, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Sessão de 20.1.2012; Carf, Acórdão nº 2302-001.458, PTA nº 14098.000011/2007-47, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Liege Lacroix Thomasi, Sessão de 1º.12.2011.

e) O Tribunal Superior do Trabalho (TST) e os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) já se posicionaram no sentido de que os valores referentes aos planos de *Stock Options* não configuram salário de contribuição.

f) São indevidas, dessarte, as exigências de contribuições sociais sobre o desconto conferido pela empresa na aquisição de suas ações por seus colaboradores por inexistência de legislação brasileira que autorize a tributação dos valores referentes a planos de *Stock Options* por ofensa ao princípio da legalidade estrita em matéria tributária e, por consequência, ao princípio da segurança jurídica<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> A segurança jurídica é “Princípio-garantia constitucional que tem por finalidade proteger expectativas de confiança legítima nos atos de criação ou de aplicação de normas, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento e confiabilidade na efetividade de direitos e liberdades, assegurada como direito público fundamental.” (TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011, pp. 186-7)