

Incidência de Contribuição Previdenciária e IRPF sobre Benefício de Planos de Opção de Compras de Ações (SOPs) e a Jurisprudência

MAURÍCIO PEREIRA FARO

Advogado. Conselheiro Titular da Primeira Seção do Carf. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor dos Cursos de Pós-graduação da PUC-RJ e FGV/RJ. Presidente da Comissão Especial de Assuntos Tributários da OAB/RJ.

THAIS DE BARROS MEIRA

Advogada. LL.M. - Harvard Law School. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP.



1. Considerações Iniciais

1. O artigo 168, parágrafo 3º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas - Lei das S.A.), dispõe que o estatuto das sociedades anônimas pode prever “que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia-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”.



2. Mais especificamente, por meio dos denominados plano de opção de compra de ações (*Stock Options Plan* - SOP, ou, coletivamente, SOPs), podem ser garantidos aos empregados

ou outros prestadores de serviços das pessoas jurídicas opções de compra de ações. Em tais planos, geralmente, é possível identificar os seguintes momentos, ao longo do seu prazo de vigência: (i) assinatura dos SOPs; (ii) momento em que os beneficiários passam a fazer jus às opções de compra de ações (*i.e.*, quando ocorre o *vesting* do direito ao recebimento das opções de compras); (iii) momento em que os beneficiários passam a fazer jus ao exercício das opções de compra das ações (*i.e.*, quando ocorre o *vesting* do direito de compra das ações); (iv) momento em que os beneficiários efetivamente exercem o seu direito de opção de compra de ações, recebendo, conse-

quentemente, as ações; e (v) momento em que os beneficiários dos SOPs podem alienar suas ações.

3. Há muitas variáveis que podem estar presentes nos SOPs, que, como se demonstrará a seguir, devem ser sempre analisadas para que se possa determinar os seus possíveis efeitos tributários.

4. Por exemplo, o *vesting* das ações (momento “ii” mencionado no parágrafo 2 acima) pode estar sujeito a condições resolutivas ou suspensivas, tais como a permanência do beneficiário na sociedade que outorgou as opções de compra de ações, bem como o atingimento de determinadas metas.

5. O preço do exercício das opções de compras (momento “iv” mencionado no parágrafo 2) pode estar definido de acordo com flutuações dos preços das ações no mercado.

6. Além disso, não é incomum que exista previsão nos SOPs no sentido de que a alienação das ações adquiridas por meio do exercício das opções de compras (momento “v” mencionado no parágrafo 2) deva ocorrer apenas após determinado prazo a partir do exercício da opção de compra.

7. Até a edição da Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013, convertida na Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, não havia previsão expressa quanto aos efeitos fiscais relativos aos valores objeto de SOPs.

8. A Lei nº 12.973/2014 prevê, em seu artigo 33, o quanto segue:

“Art. 33. O valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados. § 1º A remuneração de que trata o caput será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções, quando liquidados com instrumentos patrimoniais.

§ 2º Para efeito do disposto no § 1º, o valor a ser excluído será:

I - o efetivamente pago, quando a liquidação baseada em ação for efetuada em caixa ou outro ativo financeiro; ou

II - o reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial, quando a liquidação for efetuada em instrumentos patrimoniais.” (Destaques nossos)¹

9. Ao dispor sobre o “pagamento baseado em ações”, referido dispositivo legal tratou tanto da conferência de ações, quanto da conferência de opções de compra de ações, tendo estabelecido o momento a partir do qual as despesas relacionadas a tais instrumentos patrimoniais seriam dedutíveis para fins fiscais.

10. Os efeitos contábeis relativos ao “pagamento baseado em ações” foram objeto do Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) nº 10, aprovado em 17 de dezembro de

¹ No mesmo sentido, o artigo 76, da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) nº 1.515, de 24 de novembro de 2014, estabelece que:

“Art. 76. O valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados.

§ 1º A remuneração de que trata o *caput* será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções de ações, quando liquidados com instrumentos patrimoniais.

§ 2º Para efeito do disposto no § 1º, o valor a ser excluído será:

I - o efetivamente pago, quando a liquidação baseada em ação for efetuada em caixa ou outro ativo financeiro; ou

II - o reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial, quando a liquidação for efetuada em instrumentos patrimoniais.

§ 3º Os empregados e similares previstos no *caput* desse artigo são indivíduos que prestam serviços personalizados à entidade e também:

I - são considerados como empregados para fins legais ou tributários;

II - trabalham para a entidade sob sua direção, da mesma forma que os indivíduos que são considerados como empregados para fins legais ou tributários; ou

III - cujos serviços prestados são similares àqueles prestados pelos empregados, tais como o pessoal da administração que têm autoridade e responsabilidade para planejamento, direção e controle das atividades da entidade, incluindo diretores não executivos.

§ 4º Incluem-se no conceito de diretores não executivos a que se refere o inciso III do § 3º os membros de conselhos da entidade.

§ 5º O valor reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial a ser excluído é o valor que teve como contrapartida contábil a remuneração registrada em custo ou despesa.

§ 6º O disposto nesse artigo é aplicável mesmo nas situações em que o empregado ou os similares já sejam detentores de instrumentos patrimoniais da sociedade.

§ 7º Não são dedutíveis os valores de remuneração dos serviços prestados por pessoas físicas que não estejam previstas no § 3º, cujo pagamento seja efetuado por meio de acordo com pagamento baseado em ações.”

2008, por meio da Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

11. Como esclarecido pelo próprio Pronunciamento do CPC nº 10, seu objetivo é “é especificar procedimentos para reconhecimento, mensuração e divulgação, em suas demonstrações contábeis, das transações com pagamento baseado em ações realizadas por uma entidade”. Nos termos desse pronunciamento, os efeitos das transações com pagamento baseado em ações devem estar “refletidos nos resultados e na posição patrimonial e financeira da entidade, incluindo despesas associadas com transações nas quais opções de ações são outorgadas a empregados”.

12. Em síntese, no caso da remuneração paga a administradores e empregados, o referido pronunciamento exige que, na data da outorga dos instrumentos patrimoniais, a sociedade outorgante mensure o valor dos produtos e serviços recebidos com base no valor justo dos instrumentos de capital outorgados. O aumento correspondente deve ser registrado no patrimônio líquido, de forma direta, pelo valor justo dos produtos ou serviços recebidos, a menos que o valor justo não possa ser estimado com confiabilidade.

13. Assim, o artigo 33 da Lei nº 12.973/2014 estabelece o momento a partir do qual os valores registrados no patrimônio líquido da sociedade, nos termos do Pronunciamento do CPC nº 10, poderão ser deduzidos da base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

14. Apesar de o artigo 33 da Lei nº 12.973/2014 trazer o termo “remuneração”, ao disciplinar a dedutibilidade dos valores referentes a pagamentos baseados em ações, quer nos parecer que esse dispositivo não autoriza a tributação, por meio de contribuição previdenciária de benefícios objeto de SOPs. Do referido dispositivo legal tampouco surgiria a obrigação das sociedades que outorgam opções de compra de ações, por meio de SOPs, de reter e recolher o Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF).

15. Além disso, ainda que se assumisse a natureza remuneratória dos benefícios objeto de SOPs, permaneceriam dúvidas quanto ao momento em que ocorreria o fato gerador da contribuição previdenciária e do IRPF.

16. Ainda na hipótese de classificação de benefícios do SOP como remuneração, restariam também dúvidas com relação à base de cálculo da contribuição previdenciária e do IRPF (que deve estar

relacionada ao momento do fato gerador desses tributos): se o valor das opções de compra das ações, o valor de mercado das ações na data da outorga das opções menos o valor do exercício de compra, o valor de mercado das ações na data do *vesting* da opção de compra menos o valor do exercício de compra etc.

17. Nesse sentido, entendemos importante analisar as decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) e do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região emitidas até o momento sobre o tema, apresentando os critérios que têm sido relevantes para determinar a classificação (ou não) dos valores objeto de SOPs como remuneração e quais critérios (temporais e quantitativos) têm sido adotados para a tributação de tais valores.

18. Antes de realizar tal análise, contudo, é importante lembrar as hipóteses de incidência da contribuição previdenciária devida pelas pessoas jurídicas, bem como do IRPF a ser retido e recolhido pelas fontes pagadoras dos rendimentos do trabalho assalariado.

2. Hipóteses de Incidência da Contribuição Previdenciária e do IRPF

19. A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que rege o custeio da Previdência Social, estabelece, em seu artigo 22, inciso I, que a contribuição previdenciária é devida pelas pessoas jurídicas à alíquota de 20% incidente sobre “o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”².

20. Relativamente ao IRPF, o Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/1999), estabelece, em seu artigo 624, que estão sujeitos à incidência desse tributo, na fonte, “os rendimentos do trabalho assalaria-

² Em substituição à referida contribuição previdenciária, algumas sociedades estão obrigadas ao recolhimento de contribuição previdenciária sobre parte ou a integralidade de sua receita bruta, nos termos da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

do pagos por pessoas físicas ou jurídicas”. A tributação de tais rendimentos deve ocorrer de acordo com as alíquotas progressivas de 7,5% a 27,5%.

21. Considerando-se que a retenção e pagamento do IRPF, no caso de pagamento de remuneração, podem ser considerados como uma mera antecipação do imposto devido pelas pessoas físicas, as próprias autoridades fiscais, por meio do Parecer Normativo nº 01, de 24 de setembro de 2002, reconheceram que o IRPF incidente sobre o recebimento de rendimentos por pessoas físicas pode ser exigido da fonte pagadora de tais rendimentos apenas até a data em que a pessoa física estiver obrigada a apresentar sua respectiva Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF). Após tal data, em princípio, somente poderiam ser exigidos juros e multa isolada de ofício da fonte pagadora dos rendimentos.

22. Embora possa existir dúvidas com relação à necessidade de retenção e recolhimento do IRPF no momento da outorga das opções de compra de ações, no momento do *vesting* das opções de compra, ou, ainda, no momento do exercício da opção de compra, parece-nos claro que não existem tais obrigações no momento da alienação das ações. Isso porque, nesse momento, seria devido apenas o IRPF incidente sobre ganho de capital à alíquota de 15%.

23. As próprias autoridades fiscais já se manifestaram no sentido de que a diferença entre os valores pelos quais as ações objeto de SOPs são alienadas e os valores pagos pelo exercício de opções de compra de ações estaria sujeita à incidência do IRPF à alíquota de 15%, que deve ser recolhido pela própria pessoa física³.

³ “Ementa: Cessão de Direito - Opções de Compra de Ações Cedidas gratuitamente por Empresa com Sede no Exterior a Diretor de Subsidiária com sede no Brasil. O valor atribuído às opções de compra de ações, cedidas gratuitamente, por empresa sediada no exterior a diretor de subsidiária com sede no Brasil, não configura pagamento de rendimentos, devido à ausência de vínculo entre o beneficiário e a empresa cedente. Entretanto, a aquisição das referidas opções pela ‘holding’ resultante de reestruturação societária, ocorrida em virtude de operação de incorporação (evento previsto em contrato como antecipação do exercício da opção de compra), constitui operação de ‘reaquisição’ de direitos, sujeita à apuração do ganho de capital pela pessoa física cedente. A diferença positiva apurada entre o valor recebido e o valor pago na aquisição de tal direito (igual a zero), deverá ser oferecida à tributação pelo cedente (residente e domiciliado no Brasil) à alíquota de 15% (quinze por cento), cujo imposto deverá ser recolhido até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento.”

(Solução de Consulta nº 96, de 29 de agosto de 2008 - Disit 07)

3. Jurisprudência do Carf sobre SOPs

3.1. Casos ALL

24. Em 18 de junho de 2013, a Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção do Carf, analisou dois autos de infração lavrados contra a ALL - América Latina Logística S/A, que visavam à cobrança de contribuição previdenciária sobre valores objeto de SOP dessa sociedade. Esses julgamentos deram origem aos Acórdãos nºs 2401-003.044 e 2401-003.045.

25. Da leitura desses acórdãos, infere-se que a base de cálculo da contribuição previdenciária exigida por meio dos referidos autos de infração corresponde à diferença entre o valor de mercado na data do exercício da opção de compra e o valor pago no exercício da opção.

26. Nesses casos foi reconhecido que, geralmente, o SOP teria natureza mercantil, de forma que os benefícios objeto de SOP não estariam sujeitos à incidência de contribuição previdenciária.

27. De acordo com a relatora, “em termos conceituais” o *stock option* seria “mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime opção de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso da prestação de serviços (seja no contrato de trabalho, seja em contrato autônomo)”.

28. Prossegue, a relatora, afirmando que “embora, a concessão da opção por ações tenha decorrido da prestação de serviços, trata-se, em regra, de típico contrato mercantil, envolvendo riscos, podendo o trabalhador, auferir lucros ou não com a outorga de ações, tudo a depender da situação do mercado”.

29. No entanto, para que restasse caracterizada a natureza mercantil do SOP seria necessária a presença de risco para os beneficiários do SOP. Nos casos analisados, a ausência de riscos decorreria dos seguintes fatores:

i) todos os valores devidos pelos beneficiários do SOP eram pagos com valores objeto de empréstimos que lhes eram ga-

rantidos pela ALL, e, posteriormente eram quitados quando tais beneficiários recebiam sua remuneração variável, ou, auferiam ganho de capital na alienação de suas ações; ii) ao longo do tempo, foram instituídos novos planos com o consequente cancelamento dos anteriores, que se mostraram desvantajosos frente à crise no mercado financeiro; e iii) os beneficiários podiam alienar as suas opções de compra *antes* mesmo de que cumprissem todas as condições para o seu recebimento (ou seja, antes do *vesting*).

30. A existência de relação entre a outorga de benefícios em virtude do cumprimento de metas coletivas e individuais pelos beneficiários também confirmaria a natureza remuneratória dos valores objeto dos SOPs analisados.

31. Por fim, a alienação ou não das ações transferidas aos beneficiários dos SOPs não seria relevante para o eventual cancelamento das autuações, pois o fato gerador da contribuição previdenciária seria o exercício da opção de compra.

32. No Acórdão nº 2401-003.045, foi cancelado apenas o crédito tributário referente aos períodos anteriores a 2004. Segundo o voto vencedor, caberia ao Fisco “o ônus de demonstrar e comprovar que houve desvirtuamento dos referidos planos, a ponto de que venham a ser desnaturados como decorrentes de uma operação mercantil e caracterizados como remuneração indireta”, o que não teria ocorrido com relação ao SOP válido em tais períodos.

33. Embora, nesses casos, o Carf tenha concluído que os benefícios objeto do SOPs tinham caráter remuneratório, frisou-se que, geralmente, tais planos têm caráter mercantil, e o Fisco teria ônus de comprovar a natureza remuneratória dos SOPs.

3.2. Caso Cosan

34. O auto de infração lavrado contra a Cosan S/A Indústria e Comércio (Cosan) visava à cobrança de contribuição previdenciária sobre a diferença “do valor da ação no mercado e o valor pago pela ação na data da integralização”. Em outras palavras, entendeu-se que a base de cálculo das contribuições previdenciárias seria a diferença entre o valor de mercado das ações na data do exercício das opções de compras e o valor pago pelos beneficiários na data do exercício de tais opções.

35. A Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção do Carf, no julgamento realizado em 20 de junho de 2013, objeto do Acórdão nº 2301-003.597, houve por bem manter a cobrança do crédito tributário em questão. De acordo com o voto vencedor no caso sob análise, os valores objeto do SOP tinham nítido caráter remuneratório.

36. Para que o caráter remuneratório fosse afastado, alguns requisitos deveriam ser observados, tais como, a existência de risco e incerteza por parte dos beneficiários do SOP (características intrínsecas às de aplicações financeiras).

37. Nos termos do voto vencedor, no caso analisado, as opções de compra de ações teriam sido conferidas aos beneficiários sem qualquer contraprestação por parte de tais beneficiários.

38. Destacamos, contudo, que a base de cálculo da contribuição previdenciária não foi o valor das opções de compra de ações no momento de sua outorga, mas a diferença entre o valor de mercado das ações no momento do exercício da opção de compra e o valor pago pelo beneficiário do SOP.

39. Além disso, o ganho dos beneficiários estaria evidenciado pelo fato de que “o valor futuro definido não pode, como no plano em questão, ser menor do que o valor atual, na data da concessão, pois nenhuma empresa de capital aberto tem como meta a perda do valor de suas ações”. Nesse sentido, concluiu pela “ausência de lógica de uma empresa apontar que o valor da ação pode vir a ser menor do que o valor ofertado ao segurado para adquirir no futuro”.

40. Com relação a esse último ponto, vale esclarecer que é totalmente possível que, no momento a partir do qual o beneficiário do SOP pode exercer o seu direito de exercício da opção de compra das ações, o valor a ser pago pelo beneficiário seja maior que o valor das ações. Ainda que as sociedades não tenham como meta a perda do valor de suas ações, a desvalorização de ações é uma realidade do mercado.

3.3. Caso Anhanguera

41. Foram lavrados dois autos de infração visando à cobrança de contribuição previdenciária de benefícios objeto de SOP da Anhanguera Educacional Participações S.A., os quais foram analisados pela Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção do Carf, em 10 de setembro de 2014. Os julgamentos de

tais autos de infração deram origem aos Acórdãos nºs 2301-004.137 e 2301-004.138, que mantiveram as autuações.

42. A prestação de serviços seria uma condição *sine qua non* para a concessão dos benefícios objeto do plano.

43. Além disso, o único risco existente no contrato aplicava-se ao prestador de serviços. Para que fosse afastada a natureza remuneratória do contrato, seria essencial que se demonstrasse o risco do negócio para ambas as partes contratantes, que não se verificaria no caso sob análise, pois beneficiário prestaria serviços “em troca de um possível ganho de capital”, mas, por outro lado, não havia qualquer risco a ser suportado pela pessoa jurídica que outorgou os SOPs.

44. Por fim, após transcrever as disposições do artigo 168, parágrafo 3º, da Lei das S/A, o relator frisou que a sociedade não teria tomado as cautelas determinantes à outorga de opção de compra de ações a seus administradores.

3.4. Caso Sadia

45. Em 5 de novembro de 2014, a Terceira Turma da Oitava Câmara da Segunda Seção, por meio do Acórdão nº 2803-03.815, afastou a incidência de contribuição previdenciária sobre benefícios garantidos por meio de SOP pela Sadia S.A. (Sadia).

46. Nesse caso, o valor utilizado como base de cálculo da contribuição previdenciária foi a diferença entre o valor de mercado das ações na data do exercício da opção de compra e o valor pago nesse momento.

47. Segundo o relator do caso, devem ser excluídos da base de cálculo das contribuições previdenciárias todos os valores que não correspondessem a uma contraprestação pelo serviço prestado.

48. A Lei das S/A autorizou expressamente a concessão de outorga de opções de compra de ações aos prestadores de serviços da sociedade.

49. Apesar de o Pronunciamento do CPC nº 10 induzir à conclusão de que todos os pagamentos baseados em ação deveriam ser classificados como remuneração, tal conclusão não é verdadeira.

50. Segundo o relator, no caso sob análise, o SOP era uma oportunidade de investimento para o colaborador na própria sociedade, que, inclusive, experimentaria riscos decorrentes do SOP, pois “como é sabido os valores reais das ações é volátil ao gosto do mercado, possíveis diferenças não são efetivas”.

51. O valor a ser pago pelos beneficiários do SOP no momento do exercício do seu direito de compra das ações foi definido de acordo com o mercado⁴.

52. O fato de apenas alguns empregados da sociedade poderem beneficiar-se do SOP, não seria suficiente para se concluir pela natureza remuneratória dos benefícios concedidos nos termos desse plano. Isso porque tal plano era concedido aos profissionais com grau de responsabilidades superiores, o que poderia, inclusive, representar um incentivo para que os demais atingissem esse estágio.

53. Por fim, o relator esclareceu que, em sua opinião, até o momento da alienação das ações há apenas uma expectativa de direito dos beneficiários do plano. Consequentemente, não tendo ocorrido a comprovação da alienação das ações, não poderia ter sido exigida contribuição previdenciária relativamente a tais ações.

3.5. Caso Gafisa

54. A Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção do Carf, em 3 de dezembro de 2014, manteve a cobrança de contribuição previdenciária sobre valores objeto de SOP da Gafisa S.A. (Gafisa) e reduziu as multas impostas a essa sociedade pelo descumprimento de obrigações acessórias relacionadas à ausência do pagamento de contribuição previdenciária sobre tais valores.

55. No Acórdão nº 2302-003.536, o relator afirmou que o empregador pode oferecer aos empregados não só o salário *stricto sensu*, mas também uma série de vantagens diretas, indiretas, em utilidade, *in natura*. Contudo, mesmo as parcelas oferecidas sob o rótulo de mera liberalidade, ostentam, em sua essência, uma nota contraprestativa. Tais vantagens, inequivocamente, representariam um atrativo financeiro/econômico para que o beneficiário de tais vantagens estabelecesse e mantivesse o vínculo jurídico com o empregador.

56. O SOP em questão estaria focado na retenção de profissionais, mediante a retribuição diferenciada pelos serviços prestados, consoante critérios de desempenho individual e cumprimento de metas.

⁴ Nos termos do acórdão, o valor das opções era determinado com base na média da cotação das ações nos três pregões que antecediam a assinatura do termo de compra das ações.

57. A possibilidade de opção de compra das ações ser ou não exercida evidenciaria a inexistência de risco por parte dos empregados.

58. Os valores objeto do SOP somente teriam natureza mercantil se as opções fossem oferecidas a todos os empregados em condições de mercado, ou, ainda, se as opções fossem oferecidas, nas mesmas condições, a consultores externos, o que não se verificaria no caso analisado.

59. A base de cálculo da contribuição previdenciária deveria corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas no momento do exercício da opção de compra e o valor efetivamente pago pelo beneficiário nesse momento.

3.6. Casos GVT

60. Em 20 de janeiro de 2015, a Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção do Carf analisou dois processos administrativos da Global Village Telecom Ltda. (GVT Ltda. - GVT), nos autos dos quais foram proferidos os Acórdãos nºs 2402-004.480 e 2402-004.481, que concluíram pela procedência do lançamento visando à cobrança de contribuição previdenciária sobre benefícios de SOP.

61. De acordo com o relator, o SOP seria definido como “um programa de longo prazo que faculta aos trabalhadores adquirirem ações da empresa, tornando-se, assim, acionistas da própria empresa na qual eles exercem suas atividades laborais. Essa opção por ações irá proporcionar ao beneficiário o direito de compra de ações por um valor pré-determinado, após um período de carência previamente determinado (permanência na empresa), e a possibilidade de vendê-las no mercado de capitais auferindo lucro, assim como, se a empresa efetivamente obtiver resultados financeiros positivos, poderão ser atribuídos os dividendos (lucros) ao beneficiário”.

62. A mera outorga de opção de compra de ações teria caráter mercantil, desde que o exercício das opções de compra de ações fosse acompanhado tanto o seu efetivo custo, como da assunção dos seguintes riscos relacionados ao SOP: (i) riscos operacionais, que seriam evidenciados pelos riscos de mercado, decorrentes da flutuação dos preços das ações, bem como do risco de liquidez das ações, que surge da dificuldade em se conseguir encontrar compradores

potenciais de um determinado ativo no momento e no preço desejado; (ii) risco envolvendo operações em derivativos dos contratos futuros⁵, e (iii) riscos envolvendo operações a termo⁶.

63. No caso sob análise, contudo, os benefícios do SOP teriam caráter remuneratório, pois: (i) a sociedade somente ofertou o SOP a pessoas físicas que pertenciam ao seu quadro funcional, tendo viabilizado a contraprestação por serviços prestados à Recorrente “no momento que se estabeleceu uma relação de causalidade entre a concessão de opções de compra de ações e a permanência do trabalhador no seu corpo funcional”; (ii) “havia elementos de fidelização do prestador do serviços com as suas atividades desenvolvidas”, pois o beneficiário somente poderia exercer sua opção de compra das ações, caso estivesse prestando serviços para a sociedade em determinadas datas; (iii) havia condições e limitações estabelecidas de forma unilateral pela sociedade, o que evidenciaria a ausência de liberalidade do SOP; (iv) não havia risco para o beneficiário, uma vez que o valor das opções de compra de ações estava abaixo de seu valor de mercado. Com relação a esse último ponto, destacou-se que até que se efetivasse o pleno exercício do direito, inexistia risco para o empregado, pois este tinha plena consciência das vantagens que auferiria com o a opção de compra, e poderia decidir, sem nenhuma consequência, se exercitaria o direito ou não.

⁵ Sobre tais riscos, destacou-se que:

“Para os contratos futuros, de opções sobre disponível e de opções sobre futuro, destacam-se os seguintes riscos atrelados aos respectivos negócios: (i) valor das posições em aberto é atualizado diariamente, de acordo com os preços de ajuste do dia estabelecidos conforme as regras da BM&F e atuando como comprador no mercado futuro, o cliente corre o risco de, se houver uma queda de preços, ter alterado negativamente o valor atualizado da sua posição; (ii) a manutenção de posições travadas ou opostas numa mesma corretora, tanto no mercado de opções como no mercado futuro, sob certas circunstâncias, não elimina os riscos de mercado de seu carregamento e atuando como titular no mercado de opções, o cliente corre de riscos de como titular de uma opção de compra: perder o valor do prêmio pago ou parte dele, caso o preço de mercado do ativo objeto da opção não supere seu preço de exercício durante a vigência do contrato, em como titular de uma opção de venda: perder o valor do prêmio pago, ou parte dele, caso o preço de mercado do ativo objeto da opção supere seu preço de exercício durante a vigência do contrato.”

⁶ Segundo o relator, “por se tratar de uma operação financeira de alavancagem, os clientes que efetuam operações a termo estão sujeitos a perdas superiores às garantias depositadas para a operação, ficando o cliente responsável por novos aportes de capital para o cumprimento das obrigações”.

64. Concluiu-se, por fim, que o fato gerador da contribuição previdenciária teria ocorrido no momento do exercício de opção de compra e que a base de cálculo desse tributo corresponderia à diferença entre o valor de mercado da ação no momento do exercício e o valor pago pelo beneficiário do SOP.

3.7. Caso BM&F Bovespa

65. Em 11 de fevereiro de 2015, a Primeira Turma da 4ª Câmara da Segunda Seção do Carf analisou o auto de infração que deu origem ao Processo Administrativo nº 16327.721267/2012-33, por meio do qual é exigida contribuição previdenciária da BM&F Bovespa S.A. (BM&F Bovespa) relativamente a benefícios objeto de SOP.

66. O acórdão do referido julgamento ainda não foi publicado.

67. No entanto, em síntese, foi cancelado o auto de infração, sob a alegação de que teria ocorrido um erro no momento da identificação do fato gerador da contribuição previdenciária.

68. Isso porque se partiu da premissa de que o fato gerador da contribuição previdenciária seria a transferência definitiva do direito ao exercício das opções de compra de ações (ou seja, o *vesting* do exercício das opções de compra). No entanto, segundo a relatora, o fato gerador da contribuição previdenciária restaria caracterizado apenas por meio do pagamento de remuneração correspondente à diferença entre o valor de mercado das ações no momento do exercício da opção de compra das ações e o valor pago pelo beneficiário.

69. Ainda que o momento do *vesting* do exercício da opção de compra de ações e o momento do efetivo exercício da opção de compra coincidissem, a incorreta definição do fato gerador da contribuição previdenciária, bem como a patente contradição entre a definição do fato gerador da contribuição previdenciária e a base de cálculo utilizada pela fiscalização para a cobrança da contribuição previdenciária (diferença entre o valor pago pelo beneficiário e o valor das ações de mercado das ações no momento de sua aquisição) ensejaria a anulação do auto de infração em questão.

3.8. Casos Unibanco

70. Também em 11 de fevereiro de 2015, foram analisados os autos de infração lavrados em face do Unibanco - União de Bancos

Brasileiros S.A que deram origem aos Processos Administrativos (i) 16327.721356/2012-80, 16327.721357/2012-24 e 16327.721796/2011-56; e (ii) 16327.720085/2013-26.

71. No início da sustentação do auto de infração que deu origem ao Processo Administrativo nº 16327.720085/2013-26, o advogado do contribuinte alertou que todos os Processos Administrativos em questão tratavam de SOPs similares. No entanto, os processos administrativos nº 16327.721356/2012-80, 16327.721357/2012-24 e 16327.721796/2011-56 decorriam de autos de infração lavrados contra o Unibanco *Holdings* visando à cobrança de contribuição previdenciária sobre os valores objeto dos SOPs e o Processo Administrativo nº 16327.720085/2013-26 era resultante de auto de infração lavrado em face do Itaú-Unibanco exigindo multa isolada pela ausência de retenção e recolhimento do IRPF sobre os valores objeto do SOP.

72. Os autos de infração que visavam à cobrança de contribuição previdenciária foram cancelados pela Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção do Carf, que entendeu que os valores objeto dos SOPs não teriam caráter remuneratório. Por outro lado, o auto de infração visando à cobrança de multa isolada de IRPF foi mantido pela Primeira Turma da Segunda Câmara da Segunda Seção do Carf, que entendeu que os valores objeto dos SOPs em questão teria caráter remuneratório.

73. Ainda não houve a publicação dos acórdãos desses casos.

74. De qualquer forma, listamos algumas das características dos SOPs que foram apontadas para que se concluísse pelo seu caráter remuneratório de seus benefícios: (i) a autorização para a intervenção, pela sociedade, a nos parâmetros das opções já outorgadas, com a alteração dos valores de exercícios, o que minimizaria os riscos da operação); e (ii) a possibilidade de alienação de 50% das ações adquiridas poderá ser livremente alienada pelo beneficiário, sendo conferida à sociedade, a seu exclusivo critério, a prerrogativa de admitir a alienação dos outros 50% sem a observância do prazo inicialmente previsto (minimiza os riscos da operação).

75. O rendimento tributável existiria no momento em que o beneficiário passaria a ter o direito à opção de compra de ações. Consequentemente, o exercício ou não da opção de compra das ações seria irrelevante para a incidência do IRPF.

76. Por outro lado, os fatores que levaram a Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção do Carf a concluir que os valores objeto do SOP não teriam caráter remuneratório, foram, em síntese os seguintes: (i) embora não existisse desembolso inicial, no momento do exercício da opção, o beneficiário deveria pagar o preço fixado pelas ações⁷; (ii) havia risco de oscilação do preço das ações no mercado, decorrente da indisponibilidade das ações por um determinado período; (iii) a adesão ao SOP era optativa.

77. A impossibilidade de transferência das opções de compra de ações não seria suficiente para retirar o caráter mercantil dos SOPs.

78. Por fim, o momento da ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária teria sido indevidamente definido como aquele em que o beneficiário teria o direito ao exercício da opção de compra (*vesting*), e não o momento do exercício da opção de compra. Assim, as autoridades fiscais deveriam ter comprovado a existência do exercício da opção de compra, o que não ocorreu.

4. Jurisprudência do TRF sobre SOP

79. A incidência de contribuição previdenciária sobre benefícios objeto de SOP foi analisada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região em sede do Agravo de Instrumento nº 0009944-50.2013.4.03.0000/SP, em 31 de julho de 2013, por meio de decisão monocrática que indeferiu o pedido de efeito suspensivo pleiteado pela União Federal.

80. De acordo com a decisão acima mencionada, deveria prevalecer a medida liminar deferida em favor da Skanska Brasil Ltda., que afastou a incidência da contribuição previdenciária sobre benefícios objeto de SOP.

81. A partir da leitura da decisão do referido agravo de instrumento, infere-se que, nos termos do SOP analisado, os beneficiários do plano adquiriam ações, mediante o pagamento de tais ações. A

⁷ O preço correspondia à média do preço das ações nos pregões nas bolsas de valores no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data da emissão das opções (a critério da sociedade), facultado ainda ao ajuste de 20% para mais ou para menos.

partir desse momento, os beneficiários passavam a fazer jus ao recebimento de ações *matching* e *performance*, de forma gratuita, sendo que, no caso de ações *performance*, a transferência das ações estava condicionada ao cumprimento de metas do setor.

82. Segundo a medida liminar, mantida pelo TRF da 3ª Região, o fato de as ações serem transferidas de forma gratuita para os beneficiários do plano retiraria o caráter unicamente mercantil do contrato. No entanto, a adesão ao plano era facultativa, de forma que dois empregados que exercessem exatamente a mesma função poderiam receber valores diferentes, caso um aderisse ao plano e outro não.

83. Embora as ações *matching* e *performance* fossem transferidas gratuitamente aos beneficiários, tal transferência estava condicionada a um desembolso inicial por parte dos beneficiários para as aquisições de ações. Tais beneficiários, portanto, poderiam ter que arcar com uma perda, caso houvesse a desvalorização das ações inicialmente adquiridas.

84. Ainda que o SOP tivesse o nítido objetivo de reter profissionais, isso não significa, necessariamente, que os seus benefícios devêssem ser classificados com remuneração.

5. Síntese Conclusiva

85. Como se demonstrou, o artigo 33 da Lei nº 12.973/2014 trata apenas do momento em que as despesas referentes ao pagamento baseado em ações podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

86. Não há previsão expressa, na legislação atual, acerca da eventual incidência de contribuição previdenciária e IRPF sobre benefícios decorrentes do SOP.

87. Entendemos que a análise da natureza jurídica do SOP deve ser feita caso a caso, considerando-se as características de cada plano, que evidenciariam o seu caráter mercantil ou remuneratório.

88. Mesmo em casos em que a conclusão do Carf foi no sentido de que o SOP teria caráter remuneratório, a premissa utilizada foi a de que, como regra geral, tais planos têm caráter mercantil. Assim, caberia ao Fisco o ônus de demonstrar que determinado plano não teria caráter remuneratório, e não mercantil (Casos ALL).

89. Os critérios que deveriam ser utilizados para a diferenciação dos planos que teriam caráter mercantil daqueles que teriam ca-

ráter remuneratório ainda não foram definidos com clareza pela jurisprudência do Carf e do TRF. Isso fica claro ao se verificar, por exemplo, que ao analisar planos similares (Casos Unibanco), diferentes turmas da Segunda Seção do Carf divergiram quanto à natureza jurídica (mercantil ou remuneratória) de tais planos.

90. Em geral, pode-se dizer que, segundo a jurisprudência, os critérios mais relevantes para a diferenciação dos SOPs que têm caráter mercantil daqueles que têm caráter remuneratório são o seu risco e onerosidade, não havendo, contudo, convergência quanto aos fatores que os evidenciariam.

91. No que tange ao risco, por exemplo, entendeu-se que do fato de os valores reais das ações serem voláteis já seria suficiente para configurar a sua existência (Caso Sadia). No entanto, há decisões, por exemplo, em que se concluiu que deveria haver também um risco do ofertante do SOP (Caso Anhanguera), ou, ainda, que a possibilidade de o beneficiário não exercer sua opção de compra, por si só, afastaria a existência de risco (Caso Gafisa).

92. Relativamente à onerosidade, por exemplo, o simples fato de o beneficiário utilizar parcela da sua remuneração para a aquisição de ações que lhe garantiriam a transferência de outras ações a título gratuito, configuraria a sua presença (Caso Skanska, analisado pelo TRF da 3ª Região). Por outro lado, há decisões no sentido de que a onerosidade decorreria do pagamento de valor de mercado relativo ao exercício das opções de compra das ações (Casos GVT).

93. Há dúvidas a serem solucionadas pela jurisprudência, mesmo nos casos em que se conclui pelo caráter remuneratório dos planos, especialmente no que tange ao momento do fato gerador da contribuição previdenciária e do IRPF e à base de cálculo de tais tributos.

94. Para facilitar a comparação dos diferentes critérios que vêm sendo adotados pela jurisprudência do Carf e do TRF para a classificação dos benefícios decorrentes de SOP como remuneração, bem como os momentos utilizados como ocorridos os fatos geradores da contribuição previdenciária e do IRPF, elaboramos a tabela do próximo item.

6. Resumo dos Casos Analisados pelo Carf e pelo TRF

Número do acórdão/ processo	Data do julga- mento	Contri- -buínte	Seção/ câmara/ turma	Natureza do crédito tributário	Base de cálculo	Favorá- vel ao contri- -buínte	Momento do fato gerador	Argumentos que fundamentaram o acórdão
2401-003.044 e 2401-003.045	18 de junho de 2013	ALL	2ª Seção 4ª Câmara 1ª Turma Ordinária	Contri- buição previden- ciária	Diferença do valor da ação no mercado no momento da aquisição e o valor pago pela ação	Não	Exercício da opção de compra	Ausência de risco, configurada pelos seguintes fatos: (i) todos os valores devidos pelos beneficiários do SOP eram pagos com valores objeto de empréstimos que lhes eram garantidos pela ALL, e, posteriormente eram quitados quando tais beneficiários recebiam sua remuneração variável ou auferiam ganho de capital na alienação de suas ações; (ii) ao longo do tempo, foram instituídos novos planos com o consequente cancelamento dos anteriores que se mostravam desvantajosos frente à crise no mercado financeiro; e (iii) os beneficiários podiam alienar as suas opções de compra antes mesmo de que cumprissem todas as condições para o seu recebimento (ou seja, antes do vesting). Vinculação da outorga da opção de compras de ações ao cumprimento de metas coletivas e individuais.
2301-003.597	20 de junho de 2013	Cosan	2ª Seção 3ª Câmara 1ª Turma	Contri- buição previden- ciária	Diferença do valor da ação no mercado no momento da aquisição e o valor pago pela ação	Não	Não analisado	Outorga gratuita das opções de compra de ações. Ausência de risco e incerteza por parte dos beneficiários, uma vez que os valores das ações seriam superiores aos valores a serem pagos pelos beneficiários no momento do exercício da opção de compra.
2301-004.137	10 de setembro de 2014	Amba- guera	2ª Seção 3ª Câmara 1ª Turma	Contri- buição previden- ciária	Não analisada	Não	Não analisado	Prestação de serviços seria uma condição <i>sine qua non</i> para a concessão dos benefícios objeto do plano. O único risco existente no contrato aplicava-se ao prestador de serviços.

Número do acórdão/ processo	Data do julga- mento	Contri- -buínte	Seção/ câmara/ turma	Natureza do crédito tributário	Base de cálculo	Favorá- vel ao contri- -buínte	Momento do fato gerador	Argumentos que fundamentaram o acórdão
2803-03.815	5 de novem- bro de 2014	Sadia	2ª Seção 8ª Câmara 3ª Turma	Contri- buição previden- ciária	Diferença do valor da ação no mercado no momento da aquisição e o valor pago pela ação	Sim	Alienação das ações (caso fosse tributável)	Oportunidade de investimento para o colaborador na própria sociedade, inclusive, sendo dele o risco. Valor para o exercício da opção de compra definido de acordo com o mercado. Ausência de comprovação da alienação das ações, momento em que haveria a disponibilidade dos valores pelos beneficiários do SOP.
2302-003.536	3 de dezem- bro de 2014	Gafisa	2ª Seção 3ª Câmara 2ª Turma	Contri- buição previden- ciária	Diferença do valor da ação no mercado no momento da aquisição e o valor pago pela ação	Não	Exercício da opção de compra	Escolha dos beneficiários do SOP vinculada ao desempenho individual do empregado. Foco na retenção de profissionais da sociedade, mediante a redistribuição diferenciada pelos serviços prestados. Faculdade do exercício da opção de compra das ações pelo beneficiário, que configuraria a ausência de risco de empregado.
2402-004.481 2402-004.480	20 de janeiro de 2015	GVT	2ª Seção 4ª Câmara 1ª Turma	Contri- buição previden- ciária	Diferença do valor da ação no mercado no momento da aquisição e o valor pago pela ação	Não	Exercício da opção de compra	Oferta do SOP apenas a pessoas físicas que pertenciam ao quadro funcional da sociedade. Presença de elementos de fidelização do prestador do serviço. Condições e limitações estabelecidas de forma unilateral pela Recorrente. Ausência de risco para o beneficiário, uma vez que o valor das opções de compra de ações estava abaixo de seu valor de mercado.
16327.721267/2012-33 (aguarda-se publicação do acórdão)	11 de fevereiro de 2015	BM&F Bovespa	2ª Seção 4ª Câmara 1ª Turma	Contri- buição previden- ciária	Diferença do valor da ação no mercado no momento da aquisição e o valor pago pela ação	Sim	Exercício da opção de compra, independen- te do direito ter sido exer- cido	Incorreta definição do momento do fato gerador da contribuição previdenciária (<i>hearing</i> da opção de compra das ações). Contradição entre a definição do fato gerador da contribuição previdenciária diferença entre o valor pago pelo beneficiário e o valor das ações de mercado das ações no momento de sua aquisição) ensejaria a anulação do auto de infração em questão.

16327.720085/2013-26 (aguarda-se publicação do acórdão)	11 de fevereiro de 2015	Itaú Unibanco Holding S/A	2ª Seção 2ª Câmara 1ª Turma	Multa isolada pela falta de retenção e recolhimento de IRPF	Diferença entre o preço de ação, findo o prazo de carência e o preço de exercício	Não	Vesting do exercício da opção de compra	Possibilidade de intervenção, pela sociedade, a nos parâmetros das opções já outorgadas, alterando os valores de exercícios. Possibilidade de alienação de 50% das ações adquiridas, poderá ser livremente alienada pelo beneficiário, sendo dada ao Comitê, a seu exclusivo critério, a prerrogativa de admitir a alienação dos outros 50% sem a observância do prazo inicialmente previsto. O beneficiário deveria pagar o preço fixado pelas ações. Havia risco de oscilação do preço das ações no mercado, decorrente da indisponibilidade das ações por um determinado período. A adesão ao SOP era optativa. A impossibilidade de transferência da opção de compra de ações não seria suficiente para retirar o caráter mercantil do SOP.
16327.721356/2012-80, 16327.721357/2012-24 16327.721796/2011-56 (aguarda-se publicação dos acórdãos)	11 de fevereiro de 2015	Unibanco - União de Bancos Brasileiros S/A	2ª Seção 4ª Câmara 1ª Turma	Contribuição previdenciária	Não analisada	Sim	Exercício da opção de compra	Adesão facultativa ao SOP Desembolso inicial pelo beneficiário, que poderia ter que arcar com uma perda, caso houvesse a desvalorização das ações inicialmente adquiridas. Ainda que o SOP tivesse o múnico objetivo de reter profissionais, isso não significa, necessariamente, que os seus benefícios devam ser classificados com remuneração.
0009944-50.2013.4.03.0000/SP	31 de julho de 2013	Skanska Brasil Ltda.	TRF da 3ª Região Subseccional da 5ª Turma	Contribuição previdenciária	Não analisada	Sim	Não analisado	

Lucros no Exterior, Equivalência e Tributação da “Parcela do Ajuste do Valor do Investimento” à Luz dos Acordos de Bitributação Brasileiros

NATALIE MATOS SILVA

Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo.

I. Introdução

A edição da Lei nº 12.973/2014 representa um novo capítulo da tributação, no Brasil, dos lucros auferidos no exterior por controladas ou coligadas de empresas brasileiras.

Como é sabido, tal história teve início com a edição da Lei nº 9.249/1995, que introduziu no sistema jurídico brasileiro o princípio da tributação em bases universais, em substituição ao até então vigente princípio da territorialidade.

De acordo com o artigo 25 do referido diploma legal, os lucros auferidos por sociedades controladas ou coligadas sediadas no exterior seriam oferecidos à tributação quando do levantamento do balanço de tais sociedades, independente de distribuição de tais lucros às sociedades investidoras no Brasil.

O artigo em questão foi prontamente taxado de inconstitucional e ilegal por expressiva parte dos doutrinadores e operadores do Direito Tributário, em razão de sua desconformidade com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, que prevê a incidência do imposto de renda apenas nas hipóteses em que haja disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda.

Na tentativa de salvar a Lei nº 9.249/1995 de sua manifesta ilegalidade, a Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF nº 38/1996, que determinou que os lucros auferidos pelas sociedades controladas ou coligadas só seriam tributados quando fossem considerados disponibilizados ou distribuídos, especificando ainda quais seriam tais situações.

A despeito da correção material da medida adotada, certo é que o veículo normativo adotado para sanar os vícios do artigo 25 da Lei

