

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO**

ELLEN NAKAYAMA

**A INCIDÊNCIA (OU NÃO) DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
PATRONAL SOBRE OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÃO (*STOCK OPTIONS PLAN*)
OUTORGADOS A EMPREGADOS**

Mestrado em Direito

São Paulo

2018

ELLEN NAKAYAMA

**A INCIDÊNCIA (OU NÃO) DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
PATRONAL SOBRE OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÃO (*STOCK OPTIONS PLAN*)
OUTORGADOS A EMPREGADOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ionas Deda Gonçalves

São Paulo

2018

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data: _____

E-mail: _____

Nakayama, Ellen

A INCIDÊNCIA (OU NÃO) DA CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE OS PLANOS DE OPÇÕES
DE AÇÃO (STOCK OPTIONS PLAN) OUTORGADOS A
EMPREGADOS / Ellen Nakayama. -- São Paulo: [s.n.], 2018.
149p. ; cm.

Orientador: Ionas Deda Gonçalves.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito,
2018.

1. Direito Previdenciário. 2. Direito Tributário. 3. Contribuição
Previdenciária Patronal. 4. Stock Options Plan. I. Gonçalves, Ionas Deda
. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos
Pós-Graduados em Direito. III. Título.

BANCA EXAMINADORA

Dedico esta obra à Prof. Dra. Antonia Maria Nakayama, minha mãe, por ser minha maior fonte de inspiração, tanto pela sua dedicação no estudo, como pelo seu admirável caráter e personalidade, e à Maya Nakayama Michalski, minha filha, por tudo que é e que ainda será.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Antonia Maria Nakayama e Akio Nakayama, por tudo que me deram, ao meu marido, pela paciência, em especial, durante o desenvolvimento deste trabalho e à minha filha pela compreensão nos momentos de ausência.

RESUMO

O presente trabalho consiste em um estudo teórico acerca da possível incidência de contribuição social sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho (contribuição previdenciária patronal) na outorga de opções de ação pelas companhias aos seus empregados, considerando a regra-matriz de incidência tributária, o sistema de financiamento da seguridade social e conceitos advindos do direito trabalhista, que foram determinantes para se definir a natureza jurídica do instituto e analisar a doutrina e a jurisprudência em âmbito trabalhista e tributário.

Palavras-chave: opções de ações, *stock options*, contribuições previdenciárias, base de cálculo, regra-matriz de incidência tributária.

ABSTRACT

This paperwork is a theoretical study regarding the possibility of Brazilian social security contribution levy on stock options' plans offered by the companies to their employees, considering the matrix-rule of tax incidence, the social security system' finance and labor law concepts, which were crucial to define the legal nature of it and to analyse doctrine and former court decision rendered in scope of Labor Law and Tax Law.

Keywords: stock options, SOP, social security contributions, calculation basis, taxable events, matrix-rule of tax incidence, Federal Constitution, Brazilian Administrative Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	011
1 O SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO E AS CONTRIBUIÇÕES	012
1.1 O sistema tributário nacional	012
1.2 A competência tributária	013
1.3 A classificação dos tributos	016
1.4 Os princípios constitucionais informadores das contribuições	018
1.4.1 Princípio da legalidade.....	019
1.4.2 Princípio da irretroatividade.....	021
1.4.3 Princípio anterioridade nonagesimal.....	022
1.4.4 Princípio da solidariedade.....	023
1.5 Os princípios da equidade, da capacidade contributiva e do não confisco e as contribuições	024
1.5.1 Princípio da equidade.....	024
1.5.2 Princípio da capacidade contributiva	025
1.5.3 Princípio do não confisco.....	027
1.6 A regra matriz de incidência tributária da contribuição social sobre a folha de salários e demais rendimentos	028
1.6.1 O critério material	029
1.6.2 O critério temporal	032
1.6.3 Critério espacial	034
1.6.4 Critério quantitativo	035
1.6.5 O critério pessoal	036
2 A SEGURIDADE SOCIAL E AS CONTRIBUIÇÕES	037
2.1 Da assistência pública à seguridade social	037
2.2 A previdência social e a proteção aos trabalhadores	041
2.3 O financiamento da seguridade social e a contribuição previdenciária	043
2.3.1 Os princípios constitucionais informadores da seguridade social aplicáveis às contribuições sociais	046
2.3.2 A base de cálculo da contribuição previdenciária patronal e o financiamento da seguridade social.....	048

3 A FOLHA DE SALÁRIOS E DEMAIS RENDIMENTOS DO TRABALHO	051
3.1 Remuneração e salário	051
3.2 Alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista	054
3.3 Isenção: ganhos eventuais	059
4 A OUTORGA DE OPÇÕES DE AÇÃO	065
4.1 O mercado de opções como forma de financiamento das sociedades por ações	065
4.1.1 O funcionamento do mercado de opções	067
4.1.2 Tipos de opções de ação.....	068
4.1.3 Precificação.....	069
4.2 O plano de outorga de opções de ação no contrato de trabalho	071
4.2.1 Características dos planos de outorga de opções de ação das companhias aos empregados.....	073
4.2.2 Análise de um plano real de outorga de opções de ação.....	075
5 A JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO TRABALHISTA E TRIBUTÁRIO	080
5.1 A jurisprudência no direito do trabalho	080
5.2 A jurisprudência no direito tributário em âmbito judicial	085
5.3 As decisões proferidas no direito tributário em âmbito administrativo	087
5.3.1 O caso ALL.....	087
5.3.2 Caso Cosan.....	090
5.3.3 Caso Gafisa	091
5.3.4 O caso Sadia.....	093
5.3.5 O caso Anhanguera	094
5.3.6 O caso GVT	095
5.3.7 Caso Renner	096
5.3.8 Caso Hering.....	097
5.3.9 Caso Tarpon	097
5.3.10 Caso Natura.....	099
5.4 Síntese da jurisprudência trabalhista e tributária	100
6 A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE OPÇÕES DE AÇÃO	103
6.1 Análise da legislação societária	103
6.2 Legislação contábil e fiscal	107
6.3 Posição da doutrina trabalhista e tributária	111

6.4 As etapas do desenvolvimento do plano de opções de ação e as respectivas relações	114
6.4.1 Primeira etapa do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação	115
6.4.2 Segunda etapa do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação	118
6.4.3 Terceira etapa do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação.....	119
7. A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL E OS PLANOS DE OUTORGA DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÃO	120
7.1 A incidência da contribuição previdenciária patronal na outorga de opções de ação pela companhia ao empregado	120
7.1.1 A necessária vinculação entre a base de cálculo e o critério material	121
7.1.2 O critério temporal e o nascimento da obrigação tributária.....	126
7.1.3 Alterações no plano regular de opções de outorga de ação e a incidência da contribuição previdenciária patronal	128
7.2 As opções de ação no contrato de trabalho e o financiamento da seguridade social	130
CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS	134
ANEXO	

INTRODUÇÃO

A expressão inglesa *Stock Options* corresponde literalmente a “opções de ação” e refere-se ao mercado financeiro de opções.

Por meio da outorga de opções de compra de ação, a companhia concede um benefício ao empregado, especialmente àqueles que exerçam cargos estratégicos na empresa, com o intuito de retê-lo e incentivá-lo a apostar no bom desempenho da companhia.

Em que pese a sua utilização ser cada vez mais comum no Brasil, a legislação sobre o assunto é insuficiente, exigindo o esforço da doutrina e da jurisprudência para verificar se a outorga de opções de ação pelas companhias aos empregados caracteriza uma remuneração ou se decorre de uma relação de natureza comercial.

Em âmbito tributário, as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF divergem tanto com relação à conclusão como com relação ao seu fundamento.

Por outro lado, a incidência da contribuição previdenciária patronal deve obedecer aos estritos limites estabelecidos pela Constituição Federal, de modo a excluir eventual margem de atuação, pois, verificada a ocorrência do fato jurídico tributário previsto na hipótese de incidência, nascerá a obrigação de recolher o tributo.

Assim, para solucionar a questão proposta, será estudada a contribuição previdenciária inserida no sistema tributário nacional e no sistema da seguridade social e os conceitos advindos do direito trabalhista e do direito civil.

Serão analisadas as etapas do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação para compreender as relações jurídicas correspondentes para, ao final, verificarmos se a outorga de opções de ação pela companhia aos seus empregados se enquadra na hipótese de incidência do tributo sob análise.

1 O SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO E AS CONTRIBUIÇÕES

1.1 O sistema tributário nacional

Para o estudo do Sistema Tributário Nacional, deve-se, inicialmente, compreender a diferença entre o sistema jurídico do direito posto e o sistema jurídico da ciência do direito. Conforme lição de Paulo de Barros Carvalho (1999), enquanto o primeiro se refere aos textos legais constantes do ordenamento jurídico, o segundo compreende “as normas jurídicas que se despregam dos textos”. Trata-se do sistema empírico do direito positivo, porque “está voltado para uma específica região material, certa sociedade, historicamente determinada no espaço e no tempo.” (CARVALHO, 1999, p. 10-11).

Para o autor, a diferença que se destaca entre os dois sistemas é que no primeiro existem lacunas e contradições, enquanto no segundo elas não se verificam, pois, como ciência, ele deve observar a lei lógica da não-contradição, “de modo que a permanência de dois enunciados contraditórios – A é B e A não é B – destrói a consistência interior do conjunto, esfacelando o sistema.” (CARVALHO, 1999, p. 10-11).

Partindo para a análise da Constituição Federal, verificamos que o seu Título VI, Capítulo I, tratou do “Sistema Tributário Nacional” e, ao fazê-lo, positivou a existência de um subsistema constitucional tributário, segregado do subsistema constitucional financeiro.

O estudo do “Sistema Tributário Nacional”, contudo, não se pode limitar à análise do capítulo dedicado a ele, pois deve considerar a integralidade da Constituição Federal.

Humberto Ávila (2012) lembra que a interpretação do sistema constitucional tributário em conjunto com toda a Constituição Federal torna mais eficiente a limitação ao poder de tributar.

Nesse ponto, é preciso atentar para o fato de que o Sistema Jurídico Tributário funciona, no seu conjunto, também como limitação ao poder de tributar: quanto mais longa for a cadeia de fundamentação pertencente a um sistema tanto mais firmemente será controlável o poder de tributar porque o apoio congruente dos argumentos funciona como justificação da interpretação. A Constituição como unidade – e a concepção doutrinária de ‘bloco de constitucionalidade’ – dá suporte a esse entendimento. (ÁVILA, 2012, p. 123-124, grifo do autor).

Ricardo Lobo Torres (1998) vai além ao defender a validade do sistema jurídico apenas quando aplicado a realidades distintas, provenientes de diferentes campos do conhecimento. Nesse passo, o autor não admite um sistema jurídico total, fechado e completo, mas aquele que:

Abrange uma variada gama de realidade física, orgânica e social, que se desdobra não apenas no sistema jurídico, mas também ético, econômico, financeiro, histórico, etc. (sic)” (TORRES, 1998, p. 257).

Em outras palavras, o sistema jurídico se completa com as realidades provenientes de outras ciências.

No mesmo sentido, Heleno Taveira Torres (2011) explica que o sistema constitucional tributário não esgota o seu conteúdo, permitindo constantes aperfeiçoamentos:

Este arranjo sistêmico confere o seu conteúdo, mas não o esgota, por tratar-se de uma ordem axiológica que visa efetivar princípios, o que favorece seu permanente aperfeiçoamento, a partir do contato com a realidade mediado pelos valores (TORRES, 2011, p. 438).

Por outro lado, conforme Geraldo Ataliba (1968, p. 14), o sistema constitucional tributário brasileiro se caracteriza por sua rigidez, já que não dá margem de atuação ao legislador infraconstitucional (ATALIBA, 1968, p. 14).

Com efeito, o constituinte poderia se limitar a fornecer regras gerais, que poderiam ser completadas pela lei, contudo, optou por (i) repartir as competências, (ii) classificar os tributos, (iii) estabelecer os direitos fundamentais do contribuinte, (iv) fixar conceitos, (iv) repartir receita tributária e (v) vincular o produto arrecadado.

Pela importância de tais conceitos para definição do regime jurídico das contribuições, eles foram analisados nos próximos subcapítulos.

1.2 A competência tributária

A Constituição Federal segregou, de forma minuciosa e detalhada, a competência para instituir os tributos entre a União, os Estados e o Distrito Federal.

A repartição das competências a todos os entes políticos decorre do próprio Estado Federativo, conforme ensina Clélio Chiesa (2002, p. 27):

Dessa forma, para que haja uma verdadeira descentralização, com liberdade de atuação no âmbito das competências outorgadas pelo texto constitucional, é imprescindível que se atribua, a cada uma das unidades integrantes do Estado federal, fontes próprias de obtenção de recursos. Só assim se assegurará uma efetiva autonomia.

Roque Antonio Carrazza (2015) definiu a competência tributária conforme abaixo:

É a habilitação ou, se preferirmos, a faculdade potencial que a Constituição confere a determinadas pessoas (as pessoas jurídicas de direito público interno) para que, por meio de lei, editem normas jurídicas criando, *in abstracto*, tributos (CARRAZZA, 2015, p. 595, grifo do autor).

Segundo o mesmo autor, o exercício da competência tributária depende de uma decisão política das entidades tributantes as quais, por meio de lei, podem diminuir o tributo, aumenta-lo, isentá-lo e até não tributar, contudo, “elas não têm poderes para alterar as faculdades tributárias que lhes foram atribuídas pela Carta Suprema.” (CARRAZZA, 2015, p. 597)

Trata-se de um verdadeiro limite imposto pela Constituição Federal ao legislador infraconstitucional, conforme ensina Hamilton Dias de Souza (1993, p. 31):

As competências privativas antes referidas implicam, de um lado, numa afirmação do poder fiscal de seu titular, de outro, porém, implicam numa negação deste mesmo poder.

Isso porque as normas de competência não apenas atribuem à União, Estados, Municípios e Distrito Federal a competência para instituir tributos, mas também os fatos econômicos relevantes para o surgimento da obrigação tributária que não podem ser deturpados pelo legislador infraconstitucional.

Nesse sentido, os termos utilizados na norma de competência constante da Constituição devem ser minuciosamente estudados antes de se adentrar no plano infraconstitucional a fim de impedir que normas hierarquicamente inferiores sobreponham-se à norma superior.

Nesse sentido, Paulo Ayres Barreto (2011) afasta a teoria legalista, segundo a qual os termos utilizados pela Constituição Federal que não foram definidos expressamente por ela podem ser definidos livremente pelo legislador infraconstitucional.

Já tivemos a oportunidade de refutar a aplicação da teoria legalista em nosso sistema jurídico. Deveras, qual teria sido o sentido de se conformar um Texto Constitucional rígido, que trata de forma exaustiva várias matérias, como, por exemplo, a tributária, para depois conferir ao legislador infraconstitucional poderes para tudo alterar; mediante livre estipulação de conceitos? (BARRETO, 2011, p. 32).

Por outro lado, muito se discute acerca da existência de tipos ou de conceitos nas normas de competência.

Humberto Ávila (2018) explica a diferença:

Conceito traduz o significado de um termo ou de uma classe de termos sinônimos. O significado intencional ou intensão consiste nas propriedades necessárias e suficientes que o termo conota (sentido). O significado extensional ou extensão, como consequência reflexa da intensão, consiste nos membros da classe que o termo denota (referência). Assim, ao afirmar-se que um termo constitucional (palavra ou expressão) exprime um conceito, está-se asserindo que o referido termo conota propriedades necessárias e suficientes para sua verificação: necessárias no sentido de que, sem elas, o

conceito não se manifesta; suficientes no sentido de que, com elas, o conceito se confirma. [...]

Tipo, na acepção específica ora analisada, descreve características habituais que costumam comumente ocorrer, devendo ser analisadas em conjunto. Logo, ao afirmar-se que um termo constitucional (palavra ou expressão) exprime um tipo, está-se asserindo que o referido termo descreve as propriedades típicas comumente constatadas, mas não necessárias nem suficientes, para sua verificação. (ÁVILA, 2018, p. 11-12)

Mizabel Derzi (2006) não admite o tipo nas normas constitucionais de competência.

Vejamos:

Ora, o tipo como ordenação do conhecimento em estruturas flexíveis, de características renunciáveis, que admite as transições fluidas e contínua e as formas mistas, não se adapta à rigidez constitucional de discriminação da competência tributária. (DERZI, 2006, p. 137)

Humberto Ávila (2018) também entende que os tipos não se aplicam às regras de competência porque elas visam limitar o comportamento dos entes federados. Confira-se:

A definição de regra de competência não é adaptável ao significado de tipo porque, enquanto a função da regra de competência é dirigir o comportamento do ente federado, estabelecendo, por meio de uma autorização formal cumulada com uma proibição material, como deve ele agir para exercer validamente sua competência, os tipos (ou as normas contendo termos que os exprimem) apenas descrevem elementos típicos, sem guia vinculativamente a referida conduta. (ÁVILA, 2018, p. 26).

Assim, para o autor, as normas de competência comportam conceitos e não tipos.

Nesse caso, quando tais normas apresentam um termo dotado de um significado comum, elas o incorporam, ou seja, fixam que deve ser considerado o significado comum que o termo apresentava ao tempo em que a Constituição Federal foi promulgada (ÁVILA, 2018, p. 50).

O autor reconhece que, se esse significado estivesse previsto em uma lei ordinária, ele não seria alterado caso essa lei fosse alterada. Nesse caso, seria necessária a alteração da própria Constituição por meio de emenda, em razão da supremacia da Constituição Federal.

O autor traz um exemplo que ajuda a compreender melhor o tema.

Por não ter trazido uma definição para o termo “remuneração”, a Constituição Federal de 1988 acabou por incorporar o conceito de salário previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, o qual se transformou em um conceito constitucional que não poderia ser desconsiderado pela legislação infraconstitucional no exercício de sua competência.

Com essa premissa, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Lei 7.787/1989 que ampliou o conceito de salário para incluir os pagamentos feitos a profissionais

autônomos e independentes¹.

Portanto, a análise da constitucionalidade da lei instituidora do tributo, assim como a análise da subsunção de um fato jurídico à hipótese tributária, exige intenso estudo sobre o conceito previsto na Constituição Federal.

A análise parte da própria Constituição com o intuito de verificar se ela alterou, ainda que tacitamente, o significado do termo que era utilizado, até então, no plano infraconstitucional.

Andrei Pitten Velloso (2005, p. 101) explica:

Por isso, quando são investigados os significados dos termos e expressões que a Constituição utiliza para outorgar competências impositivas aos entes políticos e que já possuem significação específica em determinadas áreas do Direito, deve-se aferir, com base no texto constitucional, se esses vocábulos mantêm o sentido que já possuíam no direito infraconstitucional ou se adquiriram novas conotações.

Para o autor, após o estudo da Constituição Federal, deve-se analisar (i) inicialmente, se o termo é proveniente do direito tributário, (ii) em seguida, se foi empregado na legislação tributária, ainda que seja pertencente a outro ramo do direito, e, (iii) por último, se corresponde a um instituto de outro ramo do direito, empregado apenas fora do direito tributário.

1.3 A classificação dos tributos

A discussão relativa à classificação dos tributos gera ainda grande divergência na doutrina no tocante às contribuições, especialmente em razão do silêncio com relação a elas no artigo 145 da Constituição Federal o qual prevê que a União, os Estados e os Municípios podem instituir (i) impostos; (ii) taxas; e (iii) contribuições de melhoria.

Essa discussão divide a doutrina entre os adeptos da corrente dicotômica (ATALIBA, 1973, 1968), tricotômica (HORVATH, 2002), quartipartite (AMARO, 2009) e quintepartite, que divergem entre si em razão de adotarem critérios diferentes para classificar os tributos, conforme Renato Lopes Becho (2015, p. 214).

¹ EMENTA:

O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceitos estabelecidos com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos, quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios. (STF - RE 166.772 RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 18 dez 1994).

A corrente dicotômica divide os tributos entre *vinculados* ou *não vinculados*. A diferença seria a existência, nos primeiros, de uma contraprestação estatal referida ao contribuinte prevista no critério material.

A corrente tripartite, por sua vez, utiliza o critério adotado pela Constituição Federal para dividir os tributos entre *impostos*, *taxas* e *contribuições de melhoria*. Para os adeptos dessa doutrina, os empréstimos compulsórios se enquadram na classificação de impostos, enquanto as contribuições podem ter natureza de taxa ou de imposto, dependendo de haver uma atuação estatal direta ou não.

Para a corrente quadripartite, as quatro espécies tributárias seriam os impostos, as taxas, - as quais englobariam também as contribuições de melhoria - os empréstimos compulsórios e as contribuições.

Por fim, a corrente quinquipartite defende que os tributos são os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições.

Para tanto, essa corrente doutrinária considera que a devolução, característica do empréstimo compulsório, e a destinação do produto da arrecadação, característica das contribuições especiais, não seria somente de interesse do estudo das finanças, pois consta do próprio Sistema Constitucional Tributário, devendo servir de critério para classificação.

Concordamos com a corrente quinquipartite, concluindo que as contribuições constituem um tributo específico que não se confunde com os demais por terem as seguintes características: (i) possuem fundamento constitucional próprio; (ii) servem para custear ações específicas; e (iii) possuem hipótese de incidência desvinculada de uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte.

Qualquer prestação que possua todas as características supra mencionadas estará sujeita ao regime jurídico das contribuições.

Entre as contribuições também é possível fazer uma classificação, pois, conforme ensina Luciano Amaro (2009, p. 86), “se a nota da destinação lhe dá certa unicidade, as diferentes destinações permitem estreitar suas espécies”.

A Constituição Federal prevê cinco tipos de contribuições especiais que divergem entre si por servirem de instrumento de atuação do Estado (i) na área social (*contribuições sociais*), (ii) no domínio econômico (v), (iii) em categorias profissionais ou econômicas (*contribuições corporativas*) e (iv) no custeio do serviço de iluminação pública.

Ressalte-se, ainda, a existência de um quinto tipo de contribuição facultada aos Estados e Municípios para custearem o regime de previdência de seus servidores.

Com relação à Contribuição para custeio da Iluminação Pública, vale ressaltar que ela é de competência dos Estados e dos Municípios, e teve a competência outorgada pela Emenda Constitucional n. 39/2002 após o Supremo Tribunal Federal ter declarado a inconstitucionalidade da taxa instituída pelo Município de Guarulhos para custeio da iluminação pública, em razão da impossibilidade de ela possuir o caráter específico e divisível que caracteriza essa espécie tributária.

Não obstante, entendemos como Sacha Calmon Navarro Côelho (2004) para quem a referida contribuição nada mais é do que um imposto. Confira-se:

Agora temos um imposto com nome de contribuição que será pago por todos os proprietários de imóveis para financiar de maneira indistinta a iluminação pública. A ânsia arrecadatória vai, pouco a pouco, derruindo as bases científicas do Direito Tributário como plasmado na Constituição e no Código Tributário Nacional. (COÊLHO, 2004, p. 136).

Dentre as contribuições que servem de instrumento de atuação do Estado na área social, identificam-se as que são destinadas à seguridade social e as demais, chamadas de contribuições sociais gerais.

As contribuições sociais gerais são todas as demais contribuições, excluindo-se as contribuições destinadas especificamente à seguridade social, destinadas a setores como: educação (artigo 212, §5º, da Constituição Federal), seguro desemprego (artigo 239, da Constituição Federal), iluminação pública (artigo 149-A, da Constituição Federal), desenvolvimento da infra-estrutura de transportes (artigo 177, §4º, da Constituição Federal), financiamento de projetos ambientais (artigo 177, §4º, da Constituição Federal)².

1.4 Os princípios constitucionais informadores das contribuições

Conforme ensina Humberto Ávila, os princípios são normas imediatamente finalísticas que possuem uma função diretiva para a determinação da conduta desejada.

O autor explica que os princípios estão relacionados aos valores, mas não se confundem com eles. Vejamos:

Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e,

² Classificação feita a partir de proposta apresentada no julgamento do STF - RE 138.284, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28 ago 92.

por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento (ÁVILA, 2011, p. 80).

Wagner Balera (2010) faz importante distinção sobre os princípios e as regras:

Atentemos bem: princípios são normas que descrevem o que se poderia chamar o estado ideal a ser alcançado pelo sistema. Deles derivam as regras que concretizarão, a partir das concretas situações da vida, os planos de programas tracejados pela Lei Suprema.

As regras, por seu turno, comandam comportamentos humanos. Estão dirigidas de modo imperativo a alguém. Impõem, proíbem ou permitem determinada conduta. São concretizações do querer do direito (BALERA, 2010, p. 103).

A Constituição Federal estabelece que as contribuições fundadas no artigo 149 estão sujeitas aos princípios da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Tais princípios constam do artigo 150 da Constituição Federal, o qual, por tratar de garantias individuais dos contribuintes, configura cláusula pétrea e, portanto, não podem ser revogados ou excepcionados nem mesmo por emenda constitucional, como ensina Leandro Paulsen (2012, p. 153):

As garantias constitucionais do contribuinte que o protegem contra o arbítrio e abusos do ente tributante, estabelecendo limites a serem observados na instituição dos tributos, têm nível de cláusula de direito fundamental, configurando cláusulas pétreas.

Assim, não podem ser revogadas tampouco excepcionadas sequer por emenda constitucional.

Além desses, as contribuições destinadas à seguridade social também estão sujeitas ao princípio da solidariedade e da equidade, analisados adiante.

1.4.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está inserido no campo dos direitos fundamentais, com expressa previsão no artigo 5º, I da Constituição Federal, que encerra a ideia de liberdade.

No direito tributário, o constituinte optou por reforçar esse princípio no artigo 150, I da Constituição Federal, abaixo transcrito, porque as normas jurídicas tributárias “têm a sua incidência coligada à realização de um fato (ou estado de fato) minudentemente descrito em lei”, conforme lição de Roque Carrazza (2015, p. 284, grifo do autor).

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

O princípio da legalidade está relacionado com o direito do contribuinte de concordar com a tributação, conforme explica Luís Eduardo Schoueri (2013, p. 287):

Vê-se, por esta breve narrativa, a importância do tema do Princípio da Legalidade que, enquanto valor, revela a necessidade de que aqueles que suportarão a carga tributária sejam consultados a seu respeito. Tem-se, sob tal prisma, verdadeiro princípio, já que se espera, na maior medida possível, a concordância daqueles que serão atingidos pela tributação.

Hugo de Brito Machado (2012) acrescenta que a lei deve conter tudo o que for necessário para o nascimento da obrigação tributária. Confira-se:

A rigor, o que a lei deve prever não é apenas a hipótese de incidência, em todos os seus aspectos. Deve estabelecer tudo quanto seja necessário à existência da relação obrigacional tributária. Deve prever, portanto, a hipótese de incidência e o conseqüente mandamento. A descrição do fato temporal e da correspondente prestação, com todos os seus elementos essenciais, e ainda a sanção, para o caso de não prestação. (MACHADO, 2012, p. 33, grifo do autor).

Segundo o autor, o princípio da legalidade impõe também que a lei deve dispor acerca do prazo para pagamento.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, já se manifestou de forma contrária, decidindo que não ofende o princípio da legalidade estrita a lei que atribui ao Ministro da Fazenda a competência para definir o prazo para o pagamento do tributo.

Em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento segundo o qual a lei pode “deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de ‘atividade preponderante’ e ‘grau de risco leve, médio e grave’” (STF – RE 140.669, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02 dez 1998).

O caso analisado julgou constitucional o artigo 3º, II da Lei 7.787/89 e o artigo 22, II da Lei 8.212/91 que fixaram a alíquota da contribuição ao Seguro de Acidentes do Trabalho – SAT de 1%, 2% ou 3%, dependendo do grau de risco da atividade preponderante.

O fundamento da decisão foi o de que as leis continham os dados suficientes para o nascimento da obrigação tributária e que o decreto estaria servindo para complementar a norma. Confira-se a ementa:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal:

improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido (STF - RE n. 343.446, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 04 abr 2003).

O princípio foi mitigado também pelo próprio poder constituinte no artigo 177, §4º, I, “b” que permite que o Poder Executivo altere alíquotas de tributos, entre os quais a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. Luís Eduardo Schoueri (2013, p. 307) explica:

Note-se que os dispositivos acima não dispensam a lei; é a esta que cabe fixar as condições e os limites dentro dos quais o Poder Executivo poderá fixar a alíquota dos impostos ali referidos; no caso da CIDE-combustível, o Executivo apenas pode reduzir e restabelecer uma alíquota, o que implica que esta tenha antes sido fixada pela Lei. Por isso, fala-se em mitigação do Princípio da Legalidade, não em exceção.

Importante destacar que o princípio da legalidade decorre do Princípio da Separação dos Poderes e, por isso, há um limite ao autocontrole da legalidade pela autoridade administrativa de julgamento que não deve apreciar alegações de inconstitucionalidade das leis tributárias, como ensina Hugo de Brito Machado (2012, p. 34):

[...] O princípio da legalidade há de ser posto em prática em consonância com a separação de Poderes do Estado, e assim o controle da legalidade pela Administração não dá ensejo à apreciação de alegação de inconstitucionalidade das leis, que é da competência do Poder Judiciário.

Por esse motivo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF editou a Súmula n. 02, segundo a qual: “o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

1.4.2 Princípio da irretroatividade

O Princípio da irretroatividade está insculpido no artigo 150, III, “a” da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; [...]

Leandro Paulsen (2012) lembra que o termo “fato gerador” utilizado na Constituição Federal tem o mesmo sentido tradicional verificado no artigo 114 Código Tributário Nacional como “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.” (PAULSEN, 2012, p. 188).

Verifica-se, portanto, que esse termo se refere ao critério material da hipótese de incidência.

O autor esclarece que, para fins do princípio da irretroatividade, não pode haver confusão entre o critério material e o critério temporal que é o momento em que nasce a obrigação tributária.

Isso porque, em alguns casos, o legislador escolhe, por ficção, um determinado momento para o surgimento da obrigação tributária que não coincide com a ocorrência do fato previsto na norma hipotética.

É o caso, por exemplo, do imposto de importação, cujo critério temporal ocorre com o registro da declaração de importação, nos termos do artigo 23 do Decreto-lei n. 37/66. Outro exemplo é o do imposto de renda da pessoa jurídica, cujo artigo 2º, §3º da Lei n. 9.430/96 determina que o surgimento da obrigação tributária nasce em 31 de dezembro de cada ano.

Assim, a lei deve ser anterior à ocorrência do fato jurídico tributário, independente do momento escolhido pelo legislador para o nascimento da obrigação tributária.

1.4.3 Princípio anterioridade nonagesimal

As contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social estão sujeitas ao princípio da anterioridade nonagesimal, conforme artigo 195, §6º da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver

instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

O mesmo artigo afasta a aplicação, para as contribuições sociais, do princípio da anualidade, previsto no artigo 150, III, "b" da Constituição Federal o qual impede que um tributo seja cobrado no mesmo exercício em que for publicada a lei.

O princípio da anterioridade nonagesimal decorre do princípio da segurança jurídica.

Miguel Horvath Jr. (2014) lembra que o prazo de noventa dias deve ser contado a partir da publicação da medida provisória, caso ela tenha alterado ou criado uma contribuição social. Vejamos:

Cabe destacar que, como não há impedimento de alteração ou criação de contribuição social por medida provisória, o prazo nonagesimal começa a contar a partir da data da publicação da medida provisória convertida em lei, e não da data da publicação da lei conversora (HORVATH JR., 2014, p. 522).

O princípio da anterioridade nonagesimal decorre do princípio da segurança jurídica.

1.4.4 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade decorre do *caput* do artigo 195 da Constituição Federal que prevê que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade".

Tratando-se de uma contribuição instituída com a finalidade de manter o pagamento de benefícios, a inclusão de pessoas jurídicas no polo passivo da obrigação tributária apenas se justifica pelo princípio da solidariedade, conforme explicam Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso (2013, s/p):

Aliás, as pessoas jurídicas jamais serão destinatárias de benefícios de previdência social, jamais serão alcançadas por prestações assistenciais ou se utilizarão de serviços de saúde pública. A solidariedade exige sacrifício financeiro daqueles que revelam capacidade para contribuir ainda que não beneficiários dos serviços e benefícios da seguridade social.

Marciano Seabra de Godoi (2005, p. 159) entende que a solidariedade é um dos fundamentos que justificam o princípio da capacidade contributiva e o dever fundamental de contribuir, aplicável não apenas as contribuições, mas também aos impostos.

Marco Aurélio Greco (2001, p. 171) lembra que a construção de uma sociedade solidária é um dos objetivos fundamentais constante do artigo 3º, I da Constituição Federal e serve de diretriz positiva que orienta a produção e a interpretação da legislação infraconstitucional.

No âmbito do direito tributário, o autor defende que a análise da constitucionalidade da norma depende da verificação da destinação dos recursos arrecadados, não apenas com relação às contribuições, mas também com relação aos impostos.

Importante ainda destacar que o princípio da solidariedade não pode ser utilizado deliberadamente para justificar a tributação, conforme ensina Paulo Ayres Barreto (2011, 126):

Não é por outra razão que o princípio da solidariedade surge como a razão de decidir exatamente nos casos em que os demais argumentos são inconsistentes. Evidentemente, considerando o princípio de forma isolada, toda exigência se justifica.

Humberto Ávila (2005, p. 72) concorda, defendendo que a Constituição Federal impôs os limites da tributação por meio de regras, as quais não podem ser amesquinhasadas pela justificativa da solidariedade.

Assim, o dever imposto pela Constituição Federal a toda sociedade para o financiamento da seguridade não permite que o legislador institua tributos que fujam do arquétipo constitucional delimitado nas normas de competência.

1.5 Os princípios da equidade, da capacidade contributiva e do não confisco e as contribuições

No presente subcapítulo, verificaremos se as contribuições estão sujeitas também ao princípio da capacidade contributiva e do não confisco, diante do silêncio da Constituição Federal com relação a eles.

Analisaremos também o princípio da equidade, característico do financiamento da seguridade social.

1.5.1 Princípio da equidade

O princípio da equidade está previsto no artigo 194, V da Constituição Federal:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

V - equidade na forma de participação no custeio.

Trata-se de um princípio norteador do exercício da competência na instituição de contribuições, como explica Paulo Ayres Barreto (2011):

Mediante a aplicação do princípio da equidade, deve o legislador buscar a identificação do justo critério para repartir o custo da atividade estatal entre os componentes do grupo submetido à incidência tributária. (BARRETO, 2011, p. 135)

Para Wagner Balera (2014, p. 117), “só será equânime a participação que atue na direção dos valores que norteiam a Ordem Social: o bem estar e a justiça sociais”.

O autor ensina que o estabelecimento de contribuições maiores para os empregadores e menores para os empregados atende à equidade.

Entre os empregadores, contudo, a equidade deveria considerar o risco que cada atividade representa, de forma a impor alíquotas maiores para os contribuintes que causarem maior número de acidentes de trabalho.

Uma tentativa de dividir de forma equânime a participação no custeio, segundo o professor, foi a contribuição ao Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente de Riscos Ambientais de Trabalho (GIIL-RAT), denominada anteriormente de contribuição ao Seguro de Acidente do Trabalho (SAT).

As alíquotas do GIIL-RAT são diferenciadas conforme os níveis de risco (grave, médio e leve), de forma que pagarão mais tributo as companhias cuja atividade gera maior risco.

1.5.2 Princípio da capacidade contributiva

O Princípio da capacidade contributiva está previsto no artigo 145, §1º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. [...]

Renato Lopes Becho (2015) faz uma “superposição sistêmica” ente os princípios da igualdade tributária e o da capacidade contributiva:

A capacidade contributiva, então, é um limite mínimo da igualdade tributária, demonstrando qual o espaço que o legislador não pode violar, ao tributar os contribuintes, sob pena de inviabilizar, em análise sociológica, sua manutenção. A partir daí o princípio da igualdade tributária reina, em busca do equilíbrio entre os contribuintes, sempre quanto ao grau de sacrifício econômico suportado pelo recolhimento de tributos. (BECHO, 2015, p. 389).

Com relação à aplicação - ou não - do princípio para as contribuições, considerando que o artigo 145, §1º supra transcrito menciona apenas os impostos, Regina Helena Costa (2012) defende que as contribuições foram qualificadas no texto constitucional por sua finalidade e não pela sua materialidade.

Assim, algumas contribuições possuem uma vinculação constitucional a determinada atuação estatal, enquanto outras possuem a materialidade de impostos, como é o caso da contribuição social, permitindo, portanto, a aplicação do princípio da capacidade contributiva.

A autora destaca o artigo 195, §9º da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

Conclui que o dispositivo consagra a aplicação do princípio da capacidade contributiva para as contribuições sociais, “na medida em que impõe tratamento diferenciado consoante aspectos distintivos de seus contribuintes”. (COSTA, 2012, p. 63).

Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso (2013) admitem que as contribuições muitas vezes exigem a aplicação do princípio da capacidade contributiva, como no caso da contribuição devida pelos segurados.

Para elucidar esse fato, é válido trazer à baila o caso das contribuições dos segurados. Elas devem apresentar traços sinalagmáticos, sendo graduadas em função do valor das prestações securitárias que ensejarão. Porém, o princípio da capacidade contributiva e o caráter solidário do sistema adotado no Brasil permitem que o legislador se afaste razoavelmente de tal norte, de modo a também considerar a aptidão econômica do segurado para financiar o sistema.

É o próprio princípio da isonomia, na sua acepção de igualdade vertical, que exige disparidades de trato em função da capacidade contributiva dos

segurados e das prestações a que fazem ou podem fazer jus. Em contrapartida, ele também requer, agora na sua acepção de igualdade horizontal, que os segurados em condições análogas sejam tratados de modo paritário. (PAULSEN; VELLOSO, 2013, s/p).

Paulo Ayres Barreto (2011) ensina que as contribuições têm como objetivo a partição de encargos comuns, o que afasta a necessária aplicação do princípio da capacidade contributiva.

Para ele, deve-se aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para se verificar se houve “coerência no critério eleito para o rateio das despesas, dentro do grupo de contribuintes, em relação à própria geração de tais despesas.” (BARRETO, 2011, p. 134).

Já afirmamos no capítulo anterior o nosso entendimento de que as contribuições constituem uma espécie autônoma de tributo que se diferencia dos demais em razão da sua finalidade e destinação do produto.

Assim, entendemos também que, se as contribuições são instituídas para fazer frente aos custos definidos pela Constituição, o princípio da capacidade contributiva não deve ser necessariamente aplicado para esse instituto, pois, como resultado, o valor arrecadado poderia não ser suficiente.

Não obstante, no caso das contribuições que tenham materialidades próprias de impostos, entendemos da mesma forma que Paulo Ayres Barreto (2011, p. 135):

[...] a divisão do encargo ou despesa dentro do grupo pode ser feita a partir de escolha de base de cálculo que, a um só tempo, atenda ao princípio da capacidade contributiva e reflita a forma mais adequada de partilhar a despesa.

1.5.3 Princípio do não confisco

O Princípio do não confisco está previsto no artigo 150, IV da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco; [...]

Trata-se de um princípio corolário da garantia constitucional ao direito à propriedade, contudo, não é fácil determinar até que ponto pode ir a tributação para não ofender tal direito.

Segundo Estevão Horvath (2002), o princípio do não confisco não se limita à proteção do direito à propriedade:

Contudo, ele não se limita a isso, devendo-se procurar, com a interpretação e aplicação do princípio, não permitir que a tributação acabe extrapolando seus fins constitucionalmente autorizados, terminando por atingir a propriedade indevidamente (HORVATH, 2002, p. 47).

O autor lembra que a proteção da propriedade privada, por meio da vedação ao confisco, não deve “relegar a um segundo plano a utilização da tributação como forma de abastecimento dos cofres estatais para fazer frente às necessidades públicas” (HORVATH, 2002, p. 47).

José Eduardo Soares de Melo (2006) afirma que não é possível fixar, com fundamento na Constituição Federal, um limite numérico para determinar a alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo, cabendo ao legislador a escolha.

Segundo o autor, “essa escolha será válida e constitucional enquanto não atinja o ponto de reconhecimento de existência de destruição da riqueza.” (MELO, 2006, p. 51).

1.6 A regra matriz de incidência tributária da contribuição social sobre a folha de salários e demais rendimentos

A Constituição Federal, ao outorgar a competência para que as pessoas jurídicas de direito público instituíam os tributos, definiu, ainda que implicitamente, o arquétipo desse tributo. Roque Carrazza (2015, p. 609), com propriedade, ensina:

Portanto, o Constituinte estabeleceu, de modo peremptório, alguns enunciados que necessariamente deverão compor as normas jurídicas instituidoras dos tributos. Estes enunciados formam o mínimo necessário (o átomo), de cada tributo. São o ponto de partida inafastável do processo de criação *in abstracto* dos tributos (grifos do autor).

O legislador, portanto, deve instituir o tributo por meio de lei, seguindo os contornos conferidos pela Constituição Federal, sob pena de ele ser declarado inconstitucional.

A regra-matriz de incidência tributária (RMIT) é definida por Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 247) como:

Pois bem, a regra-matriz de incidência tributária é, por excelência, uma regra de comportamento, preordenada que está a disciplinar a conduta do sujeito devedor da prestação fiscal, perante o sujeito pretensor, titular do direito de crédito.

Trata-se de um esquema lógico que permite compreender a fenomenologia da incidência da norma tributária.

Ela deve conter a hipótese e o conseqüente da norma. Na hipótese, encontraremos os critérios que permitem identificar os fatos escolhidos pelo legislador cuja ocorrência, no

mundo real e concreto, fará surgir a relação jurídica tributária. Esses critérios são: critério material, critério espacial e critério temporal.

No conseqüente da norma encontram-se os critérios identificadores do vínculo jurídico, a saber: os critérios quantitativo e pessoal.

Analisaremos a seguir esses critérios escolhidos pelo constituinte e pelo legislador ordinário com relação à contribuição previdenciária incidente sobre o salário e demais rendimentos do trabalho.

1.6.1 O critério material

Geraldo Ataliba (1973, p. 111) designa o critério material – o qual denomina “aspecto material” – como a descrição dos fatos que servem de suporte para a hipótese de incidência. Nesse sentido, o jurista entendia que o critério material revela a essência da hipótese de incidência que difere um tributo dos demais.

Por sua vez, Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 322) define o critério material como um comportamento de pessoas físicas ou jurídicas o qual, aliado aos critérios temporal e espacial, compõe a hipótese de incidência tributária.

Adicionalmente, esclarece que esse comportamento pode referir-se a um fazer, um dar ou simplesmente um ser (estado) e é representado por um verbo seguido de um complemento. Roque Antonio Carrazza (2015, p. 606) acrescenta que a “hipótese de incidência possível” dos tributos, que servirá de fundamento para a regra-matriz de incidência tributária, consta do arquétipo previsto na Constituição Federal da qual o legislador, ao exercer a competência tributária, não se pode afastar.

Aires Fernandino Barreto (1987) concorda com ele ao afirmar que, em que pese a hipótese de incidência constar da lei ordinária, a sua indicação consta na Constituição Federal por meio do critério material:

Facialmente informa, mas já insculpido nos seus traços ligeiros, o tributo se prefine na Constituição mesma.

Obviamente, não se tem os contornos nítidos da hipótese de incidência, reservados à lei ordinária. Não obstante, cinzelada está a sua prefiguração, inscrita pela indicação da síntese do critério material. (BARRETO, 1987, p. 34).

Renato Lopes Becho (2015), por sua vez, ressalta a questão econômica que necessariamente deve estar relacionada ao critério material, conforme transcrição abaixo:

O critério material da norma tributária é a previsão legislativa de um fato, um estado de fato ou um acontecimento econômico que, em ocorrendo, pode

fazer nascer o vínculo jurídico e o dever de pagar tributo. (BECHO, 2015, p. 130).

José Eduardo Soares de Melo (1997, p. 158) anda no mesmo sentido ao afirmar que o aspecto material representa “fenômeno revelador de riqueza (aspecto econômico)”, acrescentando ainda que ele pode corresponder a um negócio jurídico, estado ou situação praticado pelo próprio contribuinte ou pelo poder público, no caso das taxas e das contribuições de melhoria.

Adotando as definições e características formuladas pela mais robusta doutrina, concluimos que o critério material:

- (i) Consta da hipótese de incidência, juntamente com os critérios espacial e temporal, e constitui a descrição de um fato que difere um tributo dos demais;
- (ii) É formado por um verbo e um complemento;
- (iii) Possui relevância do ponto de vista econômico;
- (iv) É indicado no arquetipo delimitado pela Constituição Federal da qual a lei infraconstitucional não pode se afastar;
- (v) Tratando-se do núcleo da hipótese de incidência tributária, o fato previsto na norma hipotética, quando ocorrido no mundo individual e concreto, gera a relação jurídico-tributária.

Adotados esses conceitos, passamos a analisar o critério material das contribuições previdenciárias.

Para tanto, voltemos a nossa atenção para o inciso I, alínea “a” do artigo 195 da Constituição Federal que trata das seguintes contribuições:

[...] do empregador, da empresa ou entidade a ele equiparada, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Pela análise da norma, verifica-se que o critério material da hipótese de incidência³ é o pagamento ou o crédito de “salário e de demais rendimentos” à pessoa que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

³ Nesse passo, vale lembrar que, dependendo do setor da atividade econômica em que atua, o empregador poderá sujeitar-se à contribuição previdenciária incidente sobre a sua receita bruta em substituição à contribuição previdenciária incidente sobre a sua folha de salários e demais rendimentos. Trata-se da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), que possui o fundamento constitucional no artigo 195, §13.

Ora, com a materialidade expressa na própria Constituição Federal, eventual norma infraconstitucional que determine a cobrança de contribuição previdenciária deve ter sua constitucionalidade verificada em face do que dispõe a Carta Magna.

Não obstante, vale apontar o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 814.204 que decidiu pela inexistência que repercussão geral para a controvérsia relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de aviso prévio indenizado por entender que a questão envolve matéria infraconstitucional, conforme ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A controvérsia relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de aviso prévio indenizado, fundada na interpretação da Lei 8.212/91 e do Decreto 6.727/09, é de natureza infraconstitucional. 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/03/2009). 3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC. (STF - Tribunal Pleno, RE 814.204, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 31 out 2014).

Segundo decisão proferida pelo Relator, o Ministro Teori Zavascki, não há matéria constitucional no questionamento da natureza jurídica de determinada verba para fins de incidência tributária⁴.

⁴ Como fundamento para sua decisão, o Ministro citou os seguintes julgados: TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE VERBAS RECEBIDAS EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA A TÍTULO DE JUROS. DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DOS JUROS. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 611.512-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 23/11/2010) TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE O ABONO DE PERMANÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-A DO CPC). 1. A controvérsia a respeito da incidência do imposto de renda sobre as verbas percebidas a título de abono de permanência é de natureza infraconstitucional, não havendo, portanto, matéria constitucional a ser analisada (ARE 665800 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe de 20/08/2013; ARE 691857 AgR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 19/09/2012; ARE 662017 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 03/08/2012; ARE 646358 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 15/05/2012). 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJe de 13 mar 2009). 3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC. (STF - RE 688.001-RG, Ministro Teori Zavascki, DJe de 18 nov 2013). PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ESTADO DE SANTA CATARINA. SERVIDORES PÚBLICOS. HORAS DE SOBREAVISO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. NATUREZA DA VERBA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE

O entendimento, contudo, deve ser explicado. Isso porque, nos casos analisados pela corte suprema, não havia a legislação determinando a incidência do tributo, de forma que a cobrança, ainda que não tivesse suporte normativo, vinha sendo feita a partir do entendimento manifestado pela administração pública.

Nesses casos, portanto, a questão poderia ser dirimida por meio da interpretação da própria norma infraconstitucional, não sendo necessário o julgamento da matéria diante do que dispõe a Constituição Federal, em razão da sua ofensa indireta.

Portanto, o julgado analisado e os demais apontados como fundamento na decisão que afastou a existência de repercussão geral para a questão relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre determinada verba não deve ser interpretado para se concluir pela ausência de indicação do critério material na Carta Magna.

Pelo contrário, a referência ao critério material das contribuições previdenciárias no artigo 195, I, “a” da Constituição Federal é clara e não exige maiores indagações.

1.6.2 O critério temporal

Tradicionalmente, há duas classificações para os tributos de acordo com o seu critério temporal, a saber:

- (i) Quanto à estrutura do fato gerador: simples ou complexos; e
- (ii) Quanto ao processo de formação do fato gerador: complexivos, instantâneos ou continuados

REPERCUSSÃO GERAL. 1. A controvérsia relativa à incidência do Imposto de Renda sobre a importância paga a título de horas de sobreaviso é de natureza infraconstitucional, já que o caráter indenizatório da verba foi decidido pelo Tribunal de origem à luz da legislação estadual pertinente, não havendo, portanto, matéria constitucional a ser analisada. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é ônus do recorrente a demonstração formal e fundamentada de repercussão geral da matéria constitucional versada no recurso extraordinário, com indicação específica das circunstâncias reais que evidenciem, no caso concreto, a relevância econômica, política, social ou jurídica. No presente caso, a alegação de repercussão geral não está acompanhada de fundamentação nos moldes exigidos pela jurisprudência desta Corte. 3. A teor do art. 102, III, a, da Constituição, fundamento da interposição do presente recurso extraordinário, não cabe invocar nesse apelo a violação a norma infraconstitucional, razão pela qual não se conhece a alegada violação aos arts. 43, I e II, do CTN, 45, II, e 638, do Decreto 3.000/99. 4. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma indireta ou reflexa (STF - RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJe de 13/03/2009). 5. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC. (ARE 802.082-RG, Ministro Teori Zavascki, DJe de 29 abr 2014). 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma indireta ou reflexa. (STF - RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13 mar 2009).

Com relação ao processo de formação, entende-se por fato gerador instantâneo aquele que se realiza em uma unidade de tempo, dando origem a uma obrigação tributária, enquanto o fato gerador continuado seria aquele que tende a persistir no tempo e o complexo aquele em que a obrigação tributária exigiria vários fatos interligados.

As críticas para essa classificação decorrem da inadequação do termo “fato gerador”, utilizado para denominar tanto a hipótese de incidência tributária como para o fato imponible.

Considerando que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato imponible, nos termos do artigo 113, §1º do Código Tributário Nacional, não há que se falar em um processo do seu nascimento, mas apenas do exato momento em que ocorre o fato imponible descrito na hipótese de incidência.

Assim, a classificação quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência deve considerar apenas o que está previsto na hipótese de incidência.

No caso das contribuições sociais cuja hipótese de incidência não prevê o momento em que ocorrerá o fato imponible, cada ocorrência gera uma obrigação tributária autônoma.

Assim, conclui-se que a classificação dos tributos segundo o aspecto temporal da sua hipótese de incidência deve ser (i) tributos que possuem o momento exato da ocorrência do fato imponible em sua hipótese de incidência ou (ii) tributos não possuem essa descrição em sua hipótese de incidência.

De qualquer forma, importante constatar que o critério temporal sempre estabelecerá o momento a partir do qual nasce a obrigação tributária. Com relação a esse momento, também há divergência na doutrina.

Geraldo Ataliba (1973, p. 85) entende que esse momento é aquele em que se verifica, no mundo real e concreto, a ocorrência do fato previsto hipoteticamente pela norma geral e abstrata.

Paulo de Barros Carvalho (1999), por sua vez, defende que não basta a ocorrência desse fato, pois a obrigação apenas nascerá quando ele for vertido para a linguagem competente. Confira-se:

Mantendo coerência com aquilo que já foi dito, o instante em que nasce a obrigação tributária é exatamente aquele em que a norma individual e concreta, produzida pelo particular ou pela Administração, neste último caso por meio do lançamento, ingressar no sistema do direito positivo, o que implica reconhecer que a relação se dá juntamente com a ocorrência do fato jurídico (CARVALHO, 1999, p. 174).

De todo modo, ambos concordam que toda regra matriz de incidência tributária possui um critério temporal, ainda que implicitamente. Além disso, não há divergência quanto à

necessidade de que ele não seja anterior à consumação do fato ocorrido no mundo real e concreto, conforme explica Geraldo Ataliba (1973, p. 85):

Há um limite constitucional intransponível à descrição do legislador na fixação do critério temporal: não pode ser anterior à consumação (completo acontecimento) do fato. Isso violaria o princípio da irretroatividade da lei (art. 150, III, a). Daí a inconstitucionalidade das antecipações de tributos (algumas vezes camufladas sob a capa da substituição tributária) (ATALIBA, 1973, p. 85).

No caso da contribuição social, o critério temporal é o momento em que a empresa ou entidade a ela equipara, deve, paga ou credita o salário e demais rendimentos do trabalho.

Nesse passo, a Lei 11.941/09 incluiu os parágrafos 1º a 6º ao artigo 43 da Lei 8.212/91 para determinar que, nos casos em que os rendimentos sujeitos à incidência da contribuição previdenciária patronal forem pagos por determinação da justiça do trabalho, o fato gerador será considerado ocorrido na data da prestação do serviço.

Por meio do enunciado n. 368 de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, foi decidido que a regra se aplica somente para o serviço prestado a partir de 5 de março de 2009 e que, neste caso, incidirão juros de mora sobre a contribuição previdenciária desde a data da prestação do serviço.

Conforme já exposto, a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador (artigo 113, §1º do Código Tributário Nacional), que, no caso da contribuição previdenciária patronal, o artigo 22, I da Lei 8.212/91 definiu que é pagar, dever ou creditar remunerações destinadas a retribuir o trabalho.

No caso em que a justiça do trabalho determinar o pagamento de remuneração sujeita à incidência da contribuição previdenciária patronal, a remuneração é considerada como devida desde a data da prestação do serviço, de forma que o fato jurídico tributário, neste caso, será dever remunerações ao segurado.

Portanto, a nova regra apenas tornou mais claro o que já dispunha o artigo 22, I da Lei 8.212/91.

Ademais, como será melhor exposto em capítulo posterior, as contribuições previdenciárias servem de parâmetro para o pagamento de prestações da previdência social, de forma que o trabalhador seria prejudicado caso o salário de contribuição não fosse considerado no montante total devido pelo empregador na data da prestação do serviço.

1.6.3 Critério espacial

O critério espacial define o local em que, verificada a ocorrência do fato imponible,

nasce a obrigação tributária.

No caso das contribuições previdenciárias, esse local é todo o território nacional.

1.6.4 Critério quantitativo

O critério quantitativo é composto pela base de cálculo e pela alíquota.

A Emenda Constitucional n. 20/1998 alterou o artigo 195, I da Constituição Federal para ampliar a base de cálculo das contribuições sociais devidas pelo empregador.

Com efeito, a redação original do referido dispositivo outorgava a competência para a União instituir a contribuição social do empregador, incidente sobre a folha de salários.

Após a alteração, a Constituição Federal permitiu que a contribuição social incidisse sobre a:

Folha de salários e demais rendimentos do trabalho, pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

A Constituição Federal foi alterada por meio da Emenda Constitucional supra referida após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade da incidência da contribuição sobre os pagamentos feitos a trabalhadores autônomos por ausência de previsão constitucional, já que a folha de salários não inclui tais pagamentos, conforme ementa abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL: EXPRESSÕES "EMPRESÁRIOS" E "AUTÔNOMOS" CONTIDAS NO INC. I DO ART. 22 DA LEI N. 8.212/91. PEDIDO PREJUDICADO QUANTO AS EXPRESSÕES "AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES" CONTIDAS NO INC. I DO ART. 3. DA LEI N. 7.787/89. 1. O inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212, de 25.07.91, derogou o inciso I do art. 3. da Lei n. 7.787, de 30.06.89, porque regulou inteiramente a mesma matéria (art. 2., par. 1., da Lei de Introdução ao Cod. Civil). Malgrado esta revogação, o Senado Federal suspendeu a execução das expressões "avulsos, autônomos e administradores" contidas no inc. I do art. 3. da Lei n. 7.787, pela Resolução n. 15, de 19.04.95 (DOU 28.04.95), tendo em vista a decisão desta Corte no RE n. 177.296-4. 2. A contribuição previdenciária incidente sobre a "folha de salários" (CF, art. 195, I) não alcança os "autônomos" e "administradores", sem vínculo empregatício; entretanto, poderiam ser alcançados por contribuição criada por lei complementar (CF, arts. 195, par. 4., e 154, I). Precedentes. 3. Ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniência, concedia efeito prospectivo ou "ex-nunc" a decisão, a partir da concessão da liminar. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões "empresários" e "autônomos" contidas no inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212, de 25.07.91." (STF - ADI 1102, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 17 nov 1995).

A alíquota é um fator que, aplicado à base de cálculo, resulta no montante devido a título da contribuição.

1.6.5 O critério pessoal

O critério pessoal engloba os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária.

Com relação ao sujeito passivo, a Emenda Constitucional n. 20/1998 ampliou o número de sujeito passivo da obrigação ao elencar, além do empregador, “a empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei”.

Entende-se que, apenas após a referida alteração da Constituição Federal, a União passou a ter competência para instituir as contribuições previdenciárias sobre a empresa e a entidade a ela equiparada.

Feita essa introdução, já ficou claro que o sujeito passivo da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho é o empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei.

Por sua vez, o sujeito ativo da obrigação tributária é “[...] a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento”, conforme estabelece o artigo 119 do Código Tributário Nacional.

Nos termos do artigo 149 da Constituição Federal, a União é o sujeito ativo da obrigação tributária relativa às contribuições sociais, entre as quais se incluem a contribuição previdenciária patronal:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

2 A SEGURIDADE SOCIAL E AS CONTRIBUIÇÕES

2.1 Da assistência pública à seguridade social

Wagner Balera (2014) explica que, diferentemente do que alguns defendem, a origem da assistência social não é a assistência privada, que seria apenas a manifestação de uma caridade.

Segundo o autor, a caridade seria uma vocação que não poderia “ser apreendida nos estreitos limites de certa obrigação jurídica. Trata-se, antes e propriamente, de pendor moral decorrente de consciência bem formada” (BALERA, 2014, p. 59).

A origem da assistência social seria, portanto, a assistência pública que pela primeira vez trouxe o instrumental jurídico para tratar da questão social.

O primeiro programa de assistência pública foram as leis frumentárias, editadas pelo Senado romano por proposta do Tribuno Caio Graco, em 123 a. C. Essa lei fixava um preço bem inferior ao de mercado ao trigo vendido à população pobre. Ela foi substituída pela *Lex Cassia Terentia frumentaria*, do ano 70 d. C, que previa a distribuição do equivalente a quarenta e quatro litros de trigo à população pobre cadastrada.

Outros programas seguiram, incluindo a tábua de alimentação, instituída por Trajano, imperador romano entre os anos 98 e 117 da era cristã, que instituiu um mecanismo que concedia crédito aos agricultores e, com o rendimento decorrente, pagava-se um benefício mensal às crianças carentes (BALERA, 2010, p. 61).

O primeiro modelo de um programa de proteção social mais recente foi o *Act for the Relief of the Poor*, promulgado durante o reinado de Isabel I, na Inglaterra, em 1601, que protegia os pobres de situação de enfermidade, invalidez e desemprego.

A evolução de um sistema de assistência social para o da previdência social foi impulsionada pela Revolução Industrial, período em que as condições de vida das pessoas pioraram, como explica Mattia Persiani (2009, p. 24):

As transformações econômicas e sociais determinadas pela revolução industrial evidenciaram de maneira cabal, entre outros, também o problema da quantidade de pessoas, cada vez mais numerosas, que passaram a encontrar-se em condições de privação.

Isto sobretudo deve-se às novas estruturas econômicas e sociais determinadas pela industrialização, pelo fenômeno do empobrecimento e pelos baixos níveis salariais tornaram difícil, se não simplesmente impossível, o recurso à tradicional solidariedade familiar, bem como inadequadas intervenções da beneficência pública e privada, ao mesmo tempo em que a abolição das corporações eliminara, mesmo no que se refere

aos que desempenhavam os ofícios tradicionais, toda forma de solidariedade profissional.

Nesse período, os próprios trabalhadores, para se protegerem, criaram um sistema de seguro privado no qual pagavam contribuições para organizações de mútuo amparo para custear benefícios aos necessitados em razão de doença, invalidez, aposentadoria e pensão aos familiares no caso de morte. Este esquema de seguro era aplicável somente aos trabalhadores que eram melhor remunerados, pois os demais não podiam suportar o ônus econômico da contribuição (PERSIANI, 2009, p. 26).

Visando conter os ímpetos revolucionários decorrentes da Revolução Francesa, o Chanceler alemão Otto Von Bismarck criou a primeira norma previdenciária do mundo, denominada Lei do Seguro-Doença (1883), seguida da Lei do acidente do trabalho (1884) e da lei do seguro invalidez (1889), (BALERA, 2010, p. 66).

Esse modelo, conhecido como previdência social, é a origem da proteção garantida pelo Estado, como explica Fabio Zambitte Ibrahim:

Neste momento, tem-se o nascimento da prestação previdenciária como direito público subjetivo do segurado. A partir do instante em que o Estado determina o pagamento compulsório de uma contribuição para o custeio de um sistema protetivo, o segurado pode exigir, a partir da ocorrência do evento determinante, o pagamento de seu benefício, não sendo lícito ao Estado alegar dificuldades financeiras para elidir-se a esta obrigação (IBRAHIM, 2010, p. 50).

Na ocasião, permaneciam os elementos característicos do seguro e a tutela limitava-se essencialmente aos trabalhadores, já que era decorrente da pressão que foi feita por eles (HORVATH JR., 2010, p. 1).

Mattia Persiani (2009) explica que os programas exigiam uma relação sinalagmática entre a obrigação dos institutos de previdência de conceder as prestações e a obrigação do pagamento das contribuições previdenciárias, “que reconduzia, não por acaso, toda a tutela previdenciária dentro de esquemas privatistas” (PERSIANI, 2009, p. 29).

Trinta anos depois, em 1917, iniciou-se a ruptura desse modelo com a Constituição do México, que trouxe novos direitos sociais e econômicos.

Seguiu-se a Constituição de Weimar, na Alemanha, que trouxe os direitos previdenciários de forma definitiva.

Conforme Wagner Balera (2010), o resultado mais visível da Constituição de Weimar foi o “surgimento daquele que se convencionou chamar de constitucionalismo social”. Segundo o autor, trata-se da “melhor contribuição que o Direito poderia ter dado para a solução pacífica da questão social.” (BALERA, 2010, p. 71).

O Estado passou a ser concebido “como entidade apta a assumir a ofensiva contra contingências” (BALERA, 2010, p. 71), especialmente após a Primeira Guerra Mundial, seguida do Tratado de Versailles e da criação da Organização Internacional do Trabalho.

A intervenção do Estado ficou clara a partir da Primeira Conferência Interamericana de Seguridad Social, realizada em Santiago, de 10 a 16 de setembro de 1942, no qual consta o dever do Estado de gerir a seguridade social:

Cada país debe crear, mantener y acrecentar el valor intelectual, moral y físico de sus generaciones activas, preparar el camino a las generaciones venidas y sostener a las generaciones eliminadas de la vida productiva. Éste es el sentido de la seguridad social: una economía auténtica y racional de los recursos y valores humanos.

Nesse mesmo ano, atendendo solicitação do governo britânico, William Beveridge elaborou dois relatórios com o objetivo de dar resposta normativa à questão social, nos quais “traduzia em fórmulas apropriadas, os ideais de justiça social, de solidarismo e de isonomia que cumpre ao Direito realizar” (BALERA, 2010, p. 78).

Trata-se da evolução da previdência social para o regime da seguridade social. Fabio Zambitte Ibrahim (2010) explica a diferença entre o modelo Bismarkiano e Beveridgiano de proteção social:

No modelo bismarkiano, mais primitivo, a proteção não era universal, geralmente limitada aos trabalhadores, rigoroso financiamento por meio de contribuições sociais dos interessados (trabalhadores e empresas), além de restringir sua ação a determinadas necessidades sociais. O modelo beveridgiano tem concepção mais ampla, pois visa a universalidade de atendimento, atendendo a tudo e a todos, com financiamento por meio de impostos, arrecadados de toda sociedade. Percebe-se, claramente, que a solidariedade é mais forte neste modelo (IBRAHIM, 2010, p. 55).

Mattia Persiani (2009) lembra que tal evolução pautou-se principalmente em dois princípios, a maior intervenção estatal e a ampliação dos beneficiários, não mais limitados aos trabalhadores, vejamos:

Em meio à variedade dos modos de atuação, é possível, todavia, individualizar dois princípios fundamentais que, numa tendência uniforme e constante, bem podem representar os elementos característicos e determinantes do Estado, que agora assume diretamente, entre suas metas, a realização da tutela previdenciária e a progressiva extensão desta a novas situações de necessidade e a novas categorias de indivíduos, inclusive, além do âmbito tradicional do trabalho subordinado.

Esses princípios são os seguintes: a intervenção cada vez mais determinante do Estado, que agora assume diretamente, entre suas metas, a realização da tutela previdenciária e a progressiva extensão desta a novas situações de necessidade e a novas categorias de indivíduos, inclusive, além do âmbito tradicional subordinado (PERSIANI, 2009, p. 32).

Nesse contexto, foi sendo construído o conceito de Estado Social que parte da premissa de que é dever de toda a sociedade cuidar dos necessitados e garantir o bem-estar social – por isso também chamado de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) que se firmou após a segunda guerra mundial -, conforme explicam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2016, p. 40):

“Todavia, o intervencionismo estatal toma as feições definitivas no período que vai da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, ao período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial. Nesse período, surgem teorias econômicas aliadas a políticas estatais (como o *New Deal* norte-americano) que servirão de norte a profundas mudanças no molde estatal contemporâneo. É nesse interregno que se irá cunhar, de forma indelével, a expressão Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

“Passava-se a entender que a proteção social era dever da sociedade como um todo, apresentando o caráter de solidariedade até hoje presente, pelo qual todos contribuem para que os necessitados de amparo possam tê-lo. Este conceito é fundamental para a noção de seguro social, já que sem o caráter de proteção de todos por todos, mediante a cotização geral dos indivíduos, não se pode falar em previdência social.

Assim, a seguridade social visa propiciar o Estado de Bem-estar Social afastando as situações de necessidade dos cidadãos, conforme ensina Mattia Persiani (2009, p. 32):

“A ideia de seguridade social exprime a exigência de que venha garantida a todos os cidadãos a libertação das situações de necessidade, na medida em que esta libertação é tida como condição indispensável para o efetivo gozo dos direitos civis e políticos.

“A eliminação das situações de necessidade, como qualquer outra, não pode ser concretizada por indivíduos que são seus titulares, mas deve ser garantida por toda coletividade organizada no Estado, para a qual, portanto, essa libertação constitui fim a ser visado, recorrendo-se a uma solidariedade que é geral, na medida em que envolve todos os cidadãos.

No Brasil, a Constituição Federal trouxe o bem-estar como um valor supremo do Estado Democrático:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Além disso, também o colocou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Diante disso, qualquer política pública deverá atentar para esse objetivo, como explica Wagner Balera (2010, p. 25):

Dizer política pública constitucionalmente válida será, portanto, o mesmo que dizer política pública erigida segundo os critérios baseados no bem-estar e na justiça sociais.

A Constituição Federal define a seguridade social por meio do seu artigo 194, enfatizando que ela assegura “os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

2.2 A previdência social e a proteção aos trabalhadores

Vimos no subcapítulo 2.1 que a seguridade social engloba a saúde, a assistência e a previdência social e que esta última partiu de um sistema de seguro, custeado, inicialmente, apenas pelo trabalhador.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari explicam que a previdência social tem como escopo a proteção dos trabalhadores:

A Previdência Social é, portanto, o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento. Eis a razão pela qual se dá o nome de seguro social ao vínculo estabelecido entre o segurado da Previdência e o ente segurador estatal. (CASTRO, LAZZARI, 2016, p. 27)

Essa constatação deve ser entendida com escopo no artigo 1º, IV da Constituição Federal que elege o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República, e no artigo 193 da Carta Magna que fundamenta a ordem social no primado do trabalho.

O trabalho, portanto, foi escolhido pela Constituição Federal como um valor fundamental que merece toda proteção do Estado a fim de se alcançar o bem-estar social.

Conforme ensinam Wagner Balera e Thiago Taborda Simões (BALERA; SIMÕES, 2014, p. 23), “daí resulta que, para o constituinte pátrio, a valorização do trabalho desembaraça a questão social”.

Por partir de uma relação contratual de seguro, entendia-se haver uma ligação sinalagmática entre a obrigação contributiva e a obrigação de conceder as prestações

previdenciárias. Mattia Persiani (2009, p. 85) explica:

Em outros termos, a existência da obrigação de conceder as prestações previdenciárias seria determinada pela existência da obrigação de pagar as contribuições e vice-versa, ao passo que existiria um nexo de interdependência também entre o cumprimento da obrigação contributiva e a concessão às prestações previdenciárias.

É evidente, porém, como essa concepção da relação jurídica previdenciária estava ligada à estrutura contratual, ao mecanismo de seguro e à ideologia que lhe caracterizaram as primeiras realizações.

A moderna concepção de tutela previdenciária, contudo, afasta essa interpretação, defendendo a ausência da relação direta entre o pagamento das contribuições e a concessão das prestações previdenciárias.

Tanto é assim que as prestações previdenciárias são devidas ao trabalhador ainda que o empregador não tenha recolhido as contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2016), citando Feijó Coimbra (1997) explicam:

Não há correspondência entre a obrigação de custeio e a de amparo. [...] A obrigação de recolher contribuições não é, numa maior parte dos casos, nem mesmo condição para o exercício do direito à prestação. Em decorrência, a relação de custeio é autônoma, forma-se e se extingue por modos e em ocasiões diversas das que regulam as demais relações jurídicas de Direito Previdenciário. (COIMBRA, 1997, p. 235 *apud* CASTRO, LAZZARI, 2016, p. 134-135).

Isso ocorre porque a previdência social é um direito público subjetivo que “permite ao sujeito de direito o exercício do direito de ação sempre que a relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito se fizerem presentes.” (HORVATH JR., 2014, p. 159).

Não obstante, a ausência de vínculo direto entre a relação jurídica que obriga o contribuinte ao pagamento das contribuições previdenciárias e a relação jurídica que obriga o Estado a pagar os benefícios aos trabalhadores e seus dependentes não afasta a característica que difere a previdência social dos demais programas que integram a seguridade social que é justamente a necessidade de pagamento de contribuições pelo beneficiário do regime.

Com efeito, para receber a tutela da seguridade social no âmbito da saúde e da assistência social, o beneficiário não precisa contribuir. Por outro lado, para receber as prestações da previdência social, é necessário o pagamento de contribuições, como ensina Wagner Balera (2010, p. 205):

De notar, todavia, a diferença fundamental existente entre os três programas

que integram a seguridade social.

As prestações de previdência social, modalidades que são do antigo e conhecido esquema do seguro social, dependem de contribuições (art. 201, caput, da Constituição); enquanto que as prestações de saúde e de assistência social, seguindo de perto a larga tradição caritativa com que nasceram, serão devidas a quem delas necessitar.

Isso ocorre porque, partindo do antigo esquema de seguro, as prestações devidas aos necessitados da seguridade social são financiadas também pelos trabalhadores, por meio das contribuições, conforme exposto no próximo subcapítulo.

2.3 O financiamento da seguridade social e a contribuição previdenciária

O financiamento da seguridade social segue o princípio da diversidade da base de financiamento, previsto no artigo 194, parágrafo único, VI, da Constituição Federal, em que temos que:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...]

VI - diversidade da base de financiamento; [...]

Daniel Pulino (2011) explica a importância desse princípio:

Esse princípio reflete a preocupação de não se restringir o custeio da seguridade social a uma única base, o que poderia colocá-lo em risco se, por qualquer motivo, restasse afetada a fonte única de captação dos recursos necessários para desenvolvimento de prestações tão importantes para a própria sobrevivência do corpo social. A propósito, bastaria lembrarmos que um dos fatores apontados como responsáveis para a crise que universalmente foi sentida por praticamente todos os sistemas de proteção social ao redor do mundo consiste, justamente, na retração da base sobre a qual tradicionalmente eram (e ainda são, em grande parte, inclusive no caso brasileiro) financiados os sistemas de seguridade, que e a folha de pagamentos, profundamente afetada por fenômenos como o desemprego e a chamada informalidade. (PULINO, 2011, p. 33).

Coerentemente, o artigo 195 da Constituição determina que a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta.

Com relação aos recursos indiretos, Wagner Balera (2014, p. 57) explica que:

O Estado Social faz transitar, destarte, do orçamento de cada pessoa política, parcela de recursos que as mesmas auferiram para o orçamento da seguridade social.

Essa dinâmica tem o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Balera (2014, p. 57) também explica que os recursos diretos são arcados pela sociedade por meio das contribuições, sujeitas ao regime jurídico tributário e, conseqüentemente, à observância dos limites constitucionais ao poder de tributar e dos princípios constitucionais tributários, estudados no capítulo anterior.

Nos termos do já citado artigo 195, da Constituição Federal, as contribuições sociais são devidas (i) pela empresa ou entidade a ela equiparada; (ii) pelo trabalhador; (iii) pelo ganhador em concursos de prognósticos; e (iv) pelo importador.

Trata-se de um sistema contributivo que se difere de um sistema não contributivo porque a arrecadação provém de um tributo específico cuja destinação é previamente definida para servir ao propósito de custear toda a seguridade social.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2016) explicam como funciona o sistema não contributivo, que não é aplicável ao Brasil, mas cujo conhecimento auxilia a compreensão do sistema contributivo:

Noutros sistemas de financiamento, a arrecadação provém não de um tributo específico, mas sim da destinação de parcela da arrecadação tributária geral, de modo que os contribuintes do regime não são identificáveis, já que qualquer pessoa que tenha pago tributo ao Estado estará, indiretamente, contribuinte para o custeio da Previdência. São os sistemas ditos não contributivos (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 31).

Os autores lembram que no sistema contributivo o Estado deve garantir a sustentação do regime previdenciário com uma participação variável para cobrir toda e qualquer insuficiência financeira.

Para tanto, a União dispõe de um orçamento segregado do Tesouro Nacional, conforme prevê o artigo 165, §5º, III da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá: [...]

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Em que pese todo o arcabouço constitucional criado para que as contribuições sejam destinadas a custear a seguridade social, existem anomalias que permitem que elas sejam utilizadas para outros fins.

Essas anomalias podem se dar (i) no plano constitucional, por meio de emenda à Constituição Federal; (ii) no plano infralegal, por meio de lei que expressamente afaste a vinculação ou que silencie sobre o destino do produto da arrecadação; (iii) há desvio do produto da arrecadação no plano infralegal; e (iv) o desvio se dá no plano fático.

Com relação ao primeiro item, a Emenda Constitucional n. 27/00 acrescentou o artigo 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Tributárias – ADCT para desvincular 20% do produto da arrecadação das contribuições previdenciárias, no período de 2000 a 2003.

Sucessivas emendas foram editadas para aumentar o prazo inicialmente previsto. A redação atualmente vigente do artigo 76 do ADCT, dada pela Emenda Constitucional n. 93/06, desvinculou 30% do produto da arrecadação das contribuições sociais até 31 de dezembro de 2023.

É interessante verificar que o dispositivo vai de encontro com o próprio artigo 167, XI da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, que veda expressamente a utilização das verbas provenientes da contribuição social incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho e da contribuição devida pelo trabalhador e pelos demais segurados da previdência social para outras despesas que não sejam as relativas ao regime geral da previdência social, vejamos:

Art. 167. São vedados:

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

Paulo Ayres Barreto (2011) defende que o artigo é inconstitucional, pois fere o direito do contribuinte de apenas se sujeitar ao pagamento de contribuição se “o destino do montante exigido for integralmente utilizado nos fins que justificarem a criação do tributo” (BARRETO, 2011, p. 166).

Wagner Balera (2014) lembra que a norma autoriza que o Estado faça o que bem entender com os recursos cujo destino foi definido constitucionalmente e que, além disso, por via reflexa, afeta “*o ius* de cada sujeito de direito previdenciário, verdadeiro *dominus* de certo quinhão daquele cabedal” (BALERA, 2014, p. 47).

A questão foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal que decidiu que a desvinculação parcial do produto da arrecadação não gera a criação de um imposto, tampouco se mostra inconstitucional, pois “a norma que determina a vinculação da destinação do produto da arrecadação das contribuições sociais não assume caráter de cláusula pétrea.”⁵

⁵ 1. TRIBUTOS. Contribuição social. Art. 76 do ADCT. Emenda Constitucional nº 27/2000. Desvinculação de 20% do produto da arrecadação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a cláusula pétrea. Negado seguimento ao recurso. Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional (STF - RE 537610, 2ª T., Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 17 dez 2009).

Em outra oportunidade, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal afastou a apreciação do mérito da ação por ilegitimidade ativa por entender que a desvinculação, se houvesse, não levaria à restituição do tributo⁶.

De todo modo, interessa-nos no presente estudo, constatar que a contribuição social incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho tem destinação – ou a finalidade - de custear a previdência social.

2.3.1 Os princípios constitucionais informadores da seguridade social aplicáveis às contribuições sociais

Como vimos no subcapítulo anterior, as contribuições sociais são instituídas com a finalidade de financiar a seguridade social.

Ionas Deda Gonçalves (2000) explica que, em razão disso, as contribuições sociais seguem um regime jurídico peculiar, “distinto do dos impostos e dos outros tributos nomeados na Constituição, inclusive daquelas outras contribuições previstas no artigo 149 da Constituição Federal” (GONÇALVES, I. D., 2000, p. 79).

Consequentemente, quando se tratar de contribuições para o custeio da seguridade social, devem ser aplicados não apenas os princípios constitucionais tributários como também os seguintes: do planejamento, o da afetação, da equidade na forma de participação no custeio, o da universalidade, o da diversidade de base de financiamento e o do caráter democrático e descentralizado da administração.

O princípio da afetação exige que o produto da arrecadação das contribuições sociais seja integralmente destinado ao financiamento da seguridade social, com o fim assegurar que haja recursos para arcar com o custo das prestações da previdência social.

O princípio do planejamento pressupõe que a afetação das contribuições não é suficiente para assegurar o financiamento da seguridade social, como explica o professor Ionas Deda Gonçalves:

⁶ Vejamos trechos do acórdão:

Improcedem os argumentos da Recorrente, desenvolvendo ela método dedutivo que, conquanto inválido, seria capaz de conduzir a erro leitor menos atento. Parte-se da premissa de que a denominada Desvinculação de Receitas da União – DRU seria inconstitucional para se concluir que, por causa desse alegado vício de inconstitucionalidade, teria ela direito à restituição tributária proporcional ao percentual autorizado para a desvinculação, como se o oposto de “desvincular” fosse “devolver” e não “vincular”. [...]

Não é possível concluir que da eventual inconstitucionalidade da desvinculação parcial da receita das contribuições sociais decorreria a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese em que se autorizaria a repetição do indébito tributário ou o reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributária. (STF - RE 566.007, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmen Lucia, DJE 11 fev 2015).

Com efeito, não há seguridade, na sua acepção mais pura de segurança quanto ao futuro, se não houver planejamento. Seguridade Social sem planejamento é inseguridade social, que, ao invés de promover o bem-estar social, provoca aflição e incertezas entre os membros da sociedade. (GONÇALVES, 2000, p. 94., grifos do original)

O referido princípio é reflexo da denominada regra de contrapartida, prevista no artigo 195, §2º da Constituição Federal⁷, e no princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, previsto no artigo 201, da Constituição Federal.

Ambos os princípios refletem a importância do planejamento para permitir que os segurados recebam as prestações no momento que delas necessitarem.

Conforme ensinam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2016, p. 98), para se criar um planejamento que evite que se gaste mais do que se arrecada, é necessário um estudo periódico que verifique “as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida para adequação dos benefícios a essas variáveis”.

Miguel Horvath Jr. (2004, p. 117) lembra que para esse planejamento, o Governo dispõe do plano de custeio:

O instrumento jurídico para se efetivar as previsões de gastos da Seguridade Social é o plano de custeio (conjunto de normas que codificam as receitas que deverão ser auferidas pelo sistema, estabelecendo o modo pelo qual essas receitas serão despendidas)

Ionas Deda Gonçalves (2000, p. 100) acrescenta que o princípio do planejamento, cumprido por meio da elaboração do plano de custeio, não protege apenas aos necessitados, mas também o próprio contribuinte.

Para o eminente professor, não basta que a lei justifique um aumento ou a criação de uma contribuição, de forma genérica, pela criação ou majoração de um benefício, pois deve demonstrar “que alguma variável atuarial impôs uma redefinição do plano”. Caso não o faça, o tributo será inconstitucional.

De outro giro, o princípio da universalidade determina que a seguridade social deve atingir toda a sociedade em qualquer situação de necessidade.

Como decorrência, o princípio permite “afastar a sinalagmaticidade ou reciprocidade entre a obrigação de contribuir e a obrigação de proteger” (GONÇALVES, 2000, p. 147).

Isso porque se o sistema não é dirigido apenas aos trabalhadores, não é apenas ele ou o empregador quem deve contribuir.

⁷ Art. 195. [...]

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Já falamos neste mesmo capítulo do Princípio da diversidade de base de financiamento, segundo o qual toda a sociedade participa do custeio da seguridade social, de forma direta e indireta.

No âmbito da relação de custeio, o princípio confere um direito subjetivo ao contribuinte que se ache demasiadamente onerado se comparado com os demais, que poderá questionar se o financiamento da seguridade social está sendo arcado efetivamente por toda a sociedade.

O Princípio da gestão democrática e descentralizada está previsto no artigo 194, VII da Constituição Federal, que exige a gestão quartipartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Para o Professor Ionas Deda Gonçalves (2000, p. 152), as diretrizes constitucionais devem ser entendidas de acordo com o princípio da afetação para impor uma parafiscalidade com relação às contribuições sociais.

Logo, as contribuições sociais devem cumprir, além dos princípios constitucionais tributários expostos acima, os princípios que regem o financiamento da seguridade social.

2.3.2 A base de cálculo da contribuição previdenciária patronal e o financiamento da seguridade social

Como vimos, as contribuições sociais são regidas por um regime jurídico particular, pois possuem a finalidade de custear a seguridade social.

No caso específico da contribuição previdenciária patronal, o valor pago pelo contribuinte também tem como objetivo servir de parâmetro para o valor do benefício previdenciário a ser recebido pelo segurado.

Isso ocorre porque, no caso de necessidade do trabalhador, as prestações da previdência social deverão substituir o salário pago pelo empregado.

Partindo desta premissa, Leandro Paulsen (2012, p. 468) observa a importância da escolha da base de cálculo pela Constituição Federal:

O que visa o Constituinte é fazer com que aqueles ganhos que compõem o padrão de vida do empregado, sejam percebidos em dinheiro ou em utilidades, componham a base de cálculo das contribuições e sejam considerados para fins de dimensionamento do valor do benefício previdenciário a ser concedido.

Segundo Wagner Balera (2014, p. 65), a base de cálculo da contribuição sob exame estabelece o “nexo imediato entre o trabalho e a contribuição” e tem como elemento

intermediário “o risco do trabalho e a cobertura social de tal risco mediante a receita apta a custear a proteção social”.

José Eduardo Soares de Melo (2006, p. 182) também vincula o pagamento das contribuições pelo empregador com os benefícios a serem futuramente recebidos pelos empregados e autônomos:

É a vinculação direta (ou indireta) do empregador com os benefícios e a vantagem especial inerente à contribuição social é que constituem aspectos relevantes para precisar o âmbito do art. 195, I.

Maria Cecília Máximo Teodoro e Livia Mendes Moreira Miraglia (2017, p. 141) lembram que a escolha pelo constituinte da base de cálculo das contribuições previdenciárias prestigia a relação de emprego, vejamos:

A relação de emprego seria, assim, essencial para a própria manutenção da Previdência Social, uma vez que garante a realização do princípio da contributividade, base do nosso sistema previdenciário, garantido a arrecadação. Isso porque, ao elevar o percentual de pessoas que são abarcadas pela Previdência, automaticamente se possibilita um aumento do percentual de contribuintes, ampliando a efetividade no cumprimento dos direitos previdenciários aos que já fazem jus a esses, ao próprio contribuinte e à geração que ainda está por vir.”

Portanto, ainda que não se trate de uma relação sinalagmática, há um vínculo entre a contribuição previdenciária e as prestações pagas aos trabalhadores necessitados e seus dependentes, cuja origem está justamente na finalidade dessas contribuições de custear a seguridade social.

Essa característica da remuneração para fins previdenciários é de extrema relevância para resolução de conflitos na prática. Ao se deparar com pagamentos que não exprimem, de pronto, natureza remuneratória, o jurista deverá identificar se está presente a característica da substitutividade do benefício previdenciário, conforme explica Fabio Zambitte Ibrahim (2010, p. 293/294):

A razão de ser do benefício previdenciário é a substituição da remuneração do trabalhador quando este, por algum motivo protegido pelo sistema, deixa de percebê-lo por conta própria, como uma invalidez. Logo, a pergunta a ser feita, no caso de dúvida de incidência, é a seguinte: será esta parcela objeto de substituição pelo benefício previdenciário? Se a resposta for positiva, há, salvo exceção expressa, incidência.

O autor apresenta como exemplo a moradia do porteiro ou zelador, a qual é excluída da remuneração para efeitos trabalhistas por ser fornecida para a realização dos serviços.

Entretanto, “o trabalhador necessitará deste valor para a manutenção de seu patamar de subsistência no futuro, já que terá que morar em algum lugar.”

Ainda segundo o autor, tal falha decorre da falta de aplicação prática da autonomia do Direito Previdenciário.

Portanto, o estudo da contribuição previdenciária patronal deve considerar, além do regime particular das contribuições sociais, a finalidade da escolha da base de cálculo feita pelo constituinte.

3 A FOLHA DE SALÁRIOS E DEMAIS RENDIMENTOS DO TRABALHO

A contribuição previdenciária patronal tem sua matriz constitucional no artigo 195, I, “a”, da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; [...]

Os termos “folha de salário e demais rendimentos do trabalho” devem ser analisados à luz do direito trabalhista, pois, de acordo com o artigo 110 do Código Tributário Nacional (em citação), os conceitos de direito privado utilizados pela Constituição para definir ou limitar a competência tributária não podem ser alterados pela lei tributária.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Ademais, ainda que assim não fosse, tratando-se de um conceito previsto na Constituição Federal, ele precisa ser bem delineado para não ofender a supremacia da Carta Magna. Nesse sentido ensina Hugo de Brito Machado (2010, p. 43):

Para a preservação dos conceitos temos de buscar meios para identificar o que nos mesmos existe de essencial, ou nuclear, de sorte a que possamos distinguir uns dos outros e, assim, evitar o solapamento da hierarquia normativa, que estará definitivamente destruída se admitirmos que a imprecisão justifica interpretações que ampliam ou que restringem o alcance das normas que os albergam, além de limites razoáveis que se fazem necessários dentro do sistema normativo.

Apresentamos a seguir os conceitos de salário e de remuneração fixados pelo direito trabalhista para delimitar o critério material da contribuição previdenciária patronal.

3.1 Remuneração e salário

O artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT define remuneração:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador,

como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

Pela análise do *caput*, pode-se concluir que o salário (i) é pago como contraprestação do serviço; e (ii) está incluído na remuneração.

Alice Monteiro de Barros (2012) lembra que a distinção entre salário e remuneração é importante porque “há muitos institutos jurídicos que são calculados com base na remuneração e não apenas no salário” (BARROS, 2012, p. 593).

Sergio Pinto Martins (2009) lembra que a remuneração, assim como o salário, decorre do contrato de trabalho:

Remuneração é o conjunto de retribuições recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer suas necessidades vitais básicas. (MARTIS, S. P., 2009, p. 164).

Amauri Mascaro Nascimento (2001) lembra que mesmo nas paralisações, como nas férias, ou quando não há serviço a ser prestado, o empregado recebe salário, razão pela qual adota a teoria “da contraprestação com o contrato de trabalho”, conforme podemos ler no trecho em citação:

Surgiu a teoria da contraprestação com o contrato de trabalho, que, rejeitando a relação entre trabalho e salário, procurou dimensioná-la com o contrato para afirmar que quando o empregador paga o empregado o está remunerando porque é um trabalhador sob sua subordinação e cujo trabalho tanto poderá como não utilizar, segundo os interesses da produção. (NASCIMENTO, 2001, p. 629).

Pelo mesmo fundamento, Alice Monteiro de Barros (2012) prefere utilizar o termo “retribuição” invés de “contraprestação”:

Por todas essas razões, preferimos conceituar o salário como a retribuição devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual, não só pelos serviços prestados, mas pelo fato de se encontrar à disposição daquele, por força do contrato de trabalho. Como o contrato é sinalagmático no conjunto e não prestação por prestação, essa sua característica justifica o pagamento do salário nos casos de afastamento do empregado por férias, descanso semanal, intervalos remunerados, enfim, nas hipóteses de interrupção do contrato. (BARROS, 2012, p. 591)

O parágrafo primeiro do artigo 457, CLT, transcrito acima, define quais verbas devem ser incluídas no conceito de salário, ou seja, quais são as verbas que possuem natureza salarial. Adalberto Martins ressalta que a lista é exemplificativa (MARTINS, A., 2011, p. 177).

Entre essas verbas, incluem-se o adicional da remuneração que “objetiva compensar a prestação de serviço em condições mais gravosas” (MARTINS, A., 2011, p. 179). É o caso do adicional noturno, do adicional de horas extras, do adicional de insalubridade e o de periculosidade.

O parágrafo segundo, por sua vez, define quais verbas devem ser excluídas, a saber: as importâncias pagas a título de ajuda de custo, auxílio alimentação, diária para viagem, prêmio e abonos.

Com relação à ajuda de custo, o auxílio alimentação e à diária para viagem, é importante compreender que são também salários as verbas pagas na forma de utilidades (Art. 458, CLT), contudo, os valores pagos para permitir a realização do trabalho pelo empregado não são considerados salários por não terem como objetivo remunerar o trabalho, mas permitir que ele seja desenvolvido, conforme Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 646):

Em princípio, salarial será a utilidade habitual contraprestativa do trabalho do empregado. Não o será aquela cuja finalidade não é remunerar o trabalho, mas permitir que seja desenvolvido, o que ocorre quando estiver nítido que se trata de um meio, um instrumento para a execução dos serviços, como se fosse uma ferramenta de trabalho.

Com relação aos prêmios, Valentim Carrion (1995, p. 457) explica que:

O prêmio costuma consistir na promessa de vantagem, em dinheiro ou não, caso certo empregado em concreto ou qualquer um dos que compõem um grupo atinjam um certo nível de produção ou observem determinada conduta (ex.: pontualidade ou constância no comparecimento).

Adalberto Martins (2011) explica que “os abonos traduzem adiantamentos de reajustes salariais, que podem ou não ser compensados na ocasião de reajuste geral de salários” (MARTINS, A., 2011, p. 178).

As participações nos lucros ou resultados também não têm natureza salarial, conforme determina o artigo 7º, XI da Constituição Federal⁸.

A participação nos lucros ou resultados foi regulamentada pela Lei 10.101/2000 que determina que o direito a essas verbas depende de convenção ou acordo coletivo ou de negociação entre a empresa e seus empregados por meio de comissão integrada também pelo Sindicado.

Importante ainda considerar que o nome da verba paga importa menos do que a sua natureza. Homero Batista Mateus da Silva (2017) explica que se deve priorizar “o conteúdo para se aferir a correta natureza jurídica” e continua:

Assim sendo, se um prêmio é pago pelo empregador de maneira habitual, como contraprestação pelos serviços prestados, desvinculado de qualquer fator aleatório, então estaremos diante de uma parcela de natureza salarial, havendo pouco argumento do empregador em sentido contrário, ao passo que um prêmio meramente ocasional, atrelado a metas e fatores de indefinição, terá natureza não salarial. (SILVA, H. B. M., 2017, p. 31).

Assim, as parcelas que não tiverem natureza contraprestativa não integram o salário, independentemente do nome que lhe for dado, conforme explica Maurício Godinho Delgado (2017, p. 653):

“Há parcelas econômicas pagas ao trabalhador sem caráter salarial: parcelas que, embora entregues pelo empregador ao seu empregado, não o são com a qualidade e objetivo contraprestativos, sendo transferidas efetivamente com distintas natureza e finalidades jurídicas. Trata-se, assim, de parcelas econômicas que não se integram ao salário do obreiro, [...] por isso, não produzem os reflexos clássicos a qualquer verba de natureza salarial.

Fixadas tais premissas, analisaremos a alteração no artigo 457, §1º, da CLT feita pela Reforma Trabalhista.

3.2 Alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista

A Lei n. 13.467/2017 implementou a Reforma Trabalhista no Brasil e, entre vários dispositivos, alterou o parágrafo primeiro do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, vejamos no quadro 1:

⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

Quadro 1 – Comparação entre a redação dada pela Lei

Redação dada pela Lei 1.999/1953	Redação dada pela Lei 13.467/2017
§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.	§ 1º - Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

Fonte: autora

Analisaremos a alteração quanto às “gratificações ajustadas” que foram substituídas pelas “gratificações legais”.

Alice Monteiro de Barros (2012) lembra que a origem das gratificações é a liberalidade do empregador que presenteava os empregados com prêmio ou incentivo em épocas festivas. Nessa ocasião, as gratificações não possuíam natureza salarial.

Com o aumento da frequência no pagamento, em razão do costume ou de convenções coletivas, elas foram perdendo a característica de liberalidade. A autora explica:

Em consequência, passaram a constituir salário, pois a habitualidade do seu pagamento gera para o empregado a expectativa de contar com o valor correspondente no seu orçamento pessoal e familiar. (BARROS, 2012, p. 608).

Sergio Pinto Martins (2016) explica que a gratificação legal é aquela prevista em lei, como a gratificação de natal. Nesse sentido, o autor defende que, após a reforma, apenas essas gratificações integram o salário, as demais não:

Gratificação legal é gratificação de Natal, prevista na Lei 4.090/62. É uma gratificação prevista em lei. As gratificações legais pagas pelo empregador integram o salário, como a gratificação de função do bancário (§2º do art. 224 da CLT, de gerência, chefia (parágrafo único do art. 62 da CLT), do §2º do art. 468 da CLT.

As gratificações que não forem legais não integram o salário. (MARTINS, S. P., 2018, p. 86).

Por outro lado, a maioria da doutrina entende que deve haver uma interpretação mais ampla do termo “gratificações legais” para incluir as gratificações previstas em contrato.

Antero Arantes Martins e Christina de Almeida Pedreira (2017), defendendo que as gratificações contratuais se enquadram entre as gratificações legais, lembram que a gratificação é salário por se tratar de um incentivo não condicionado:

Ainda que o texto de lei tenha alterado gratificações ajustadas por gratificações legais, não há dúvida que aquelas que forem contratuais

(expressa ou tacitamente ajustadas), integrarão o salário, posto que o contrato também é reconhecido pela lei como instrumento criador de direitos e obrigações. Ademais, gratificação é incentivo não condicionado e, portanto, salário. (MARTINS; PEDREIRA, 2017, p. 65, grifos do autor).

Como já vimos, Homero Batista Mateus da Silva (2018) defende que o nome da verba paga ao empregado deve ser analisado em conjunto com a sua natureza, de forma que a gratificação não prevista em lei paga com habitualidade deve ser incluída no salário:

Assim, a prevalecer a interpretação gramatical, todas as gratificações contratuais perdem a natureza salarial (e deixam de gerar encargos previdenciário, fiscais e trabalhistas). Mas o empresário deve desconfiar dessa solução simples demais.

Conforme sustentamos no Volume 5 – Livro da Remuneração, da coleção Curso de Direito do Trabalho Aplicado, a definição da parcela salarial ou indenizatória reside na essência do pagamento, parcela ou rubrica: a habitualidade dos pagamentos feitos pelo empregador atrai a natureza salarial, sendo possível que o legislador a desnature em alguns casos específicos. Daí por que o *caput* do art. 457, não mexido pela reforma, define salário-base ou ordenado. Assim sendo, diante da maneira confusa como a reforma foi feita, enxertando palavras nos parágrafos sem mexer no *caput*, os empregadores devem ter cautela ao instituírem gratificações aleatórias pois a chance de manterem a natureza salarial é grande, desproporcional à eventual economia que, num primeiro momento, a desoneração da folha poderia representar. (SILVA, H. B. M., 2018, p. 97).

Vólia Bonfim Cassar e Leonardo Dias Borges (2018) entendem que, se quisesse excluir todas as gratificações não previstas em lei do conceito de salário, o legislador deveria excluí-las expressamente no parágrafo 2º do artigo 457, da CLT. Como não o fez, entende-se que as gratificações periódicas ou habituais que foram espontaneamente concedidas ou contratualmente ajustadas permanecem possuindo natureza salarial. Vejamos:

Apesar de o legislador da reforma não apontar a integração das demais gratificações ajustadas ao salário, como o fazia a redação anterior, também não retirou expressamente sua natureza salarial, como o fez com os prêmios, o auxílio alimentação, as ajudas de custo e diárias de viagem (§2º do art. 457 da CLT). Desta forma, entendemos que as gratificações habituais ou periódicas, espontaneamente concedidas ou contratualmente ajustadas continuam tendo natureza salarial, na forma da esmagadora jurisprudência anterior à reforma (CASSAR; BORGES, 2018, p. 78).

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) entendem da mesma forma:

Nessa linha, torna-se evidente que as gratificações ofertadas pelo empregador ao empregado, com habitualidade, apresentam, sim, nítida natureza salarial – ao invés de apenas as gratificações especificadas em lei. Citem-se, ilustrativamente, a gratificação de quebra de caixa, as gratificações semestral ou anual – todas comuns em certas searas do mundo trabalhista (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 166).

Seguindo a maioria da doutrina, entendemos que a alteração feita pela Lei 13.467/2017 ao artigo 457, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho, não permite retirar a natureza salarial das gratificações contratuais pagas com habitualidade ou de forma periódica.

A Reforma Trabalhista também alterou a redação do parágrafo segundo do mesmo artigo e incluiu o parágrafo quarto, conforme quadro 2:

Quadro 2 – Comparação entre a redação dada pela Lei

Redação dada pela Lei 1.999/1953	Redação dada pela Lei 13.467/2017
<p>§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.</p>	<p>§ 2º - As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. [...]</p> <p>§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.</p>

Fonte: autora

Interessa-nos, por ora, analisar a alteração com relação ao pagamento feito a título de prêmio que não deve integrar a remuneração do empregado, tanto para fins de direito do trabalho como para fins de incidência da contribuição previdenciária.

Homero Batista Mateus da Silva (2018, p. 95) explica que o parágrafo segundo “retira a natureza salarial de parcelas que, de outra maneira, seriam salariais” e que, a fim de evitar fraude, o §4º traz uma definição de prêmio, realçando que ele tem que ser destinado a fatos ou situações acima do que ordinariamente se espera dos empregados. E continua:

Do contrário, se todos recebem prêmio todos os meses, com ou sem metas e cronogramas, então a parcela nada mais é do que salário sob a falsa roupagem de prêmio. O prêmio não pode ser razoavelmente esperado nem pode ser destinado à generalidade dos empregados, como um complemento salarial. Neste particular, o legislador andou bem ao dizer que o prêmio se destina a um empregado ou a um grupo de empregados e depende de fatos extraordinários (SILVA, H. B. M, 2018, p. 95-96).

Para excluir qualquer dúvida acerca da não incidência da contribuição previdenciária sobre os prêmios, a mesma Lei 13.467/2017 alterou o artigo 28, §9º, da Lei 8.212/91 para incluir a alínea “z”, conforme transcrição abaixo, excluindo expressamente esse pagamento do conceito de salário de contribuição e, conseqüentemente, também da remuneração para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal, nos termos do artigo 22, §2º da Lei 8.212/91:

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

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: [...]

z) os prêmios e os abonos.

Nesse passo, mostra-se relevante apresentar a diferença entre a gratificação e o prêmio.

Adalberto Martins (2011) explica que o recebimento do prêmio pelo empregado “está condicionado à satisfação de algum requisito de ordem pessoal” e que ele é exigível sempre que o empregado “cumprir as condições preestabelecidas pelo próprio empregador” (MARTINS, A., 2011, p. 178).

Alice Monteiro de Barros (2012) explica a diferença entre o prêmio, a participação nos lucros e a gratificação:

O prêmio não se confunde com a participação nos lucros, uma vez que sua causa não é a percepção de lucros pela empresa, mas o cumprimento, pelo empregado, de uma condição predeterminada. Também não se trata de gratificação, cujas causas dependem, sobretudo, de fatos ou acontecimentos objetivos e externos à vontade do empregado, enquanto os prêmios têm como causa o aumento da produção ou a eficiência do trabalhador (BARROS, 2012, p. 616).

Amauri Mascaro Nascimento (2001) ensina que os prêmios podem ser individuais ou coletivos “conforme fixados para cada trabalhador individual ou globalmente considerado” e podem tanto resultar de lei, como de contratos individuais, convenções coletivas, regulamentos de empresas, “enfim, das normas jurídicas em sentido amplo” (NASCIMENTO, 2001, p. 682).

Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Dias Borges (2018) entendem que, por ter sido expressamente definido pelo artigo 457, §2º, o prêmio agora não pode mais ter origem nas normas jurídicas em sentido amplo, pois deve decorrer de uma liberalidade do empregador. Vejamos:

Dessa forma, não terão natureza salarial apenas os prêmios concedidos por liberalidade e desde que sejam pagos até duas vezes ao ano. Logo, se

previsto no contrato ou na norma interna, não será liberalidade e, por isso, integrará o salário. Se pago mensalmente, é porque remunera o desempenho ordinário e não extraordinário, tendo natureza salarial (CASSAR; BORGES, 2018, p. 80).

Portanto, o prêmio difere da gratificação (i) por se tratar de uma liberalidade não ajustada e (ii) por estar relacionada com o desempenho pessoal ou coletivo dos empregados e não com fatores externos.

3.3 Isenção: ganhos eventuais

Como vimos, a Constituição Federal outorgou a competência para a União instituir a contribuição previdenciária patronal incidente sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho”.

Já analisamos no presente capítulo que os termos utilizados pela lei tributária não podem alterar conceitos previstos na Constituição Federal para limitar a competência tributária, razão pela qual analisamos nos subcapítulos precedentes o conceito de salário e de remuneração no âmbito do direito do trabalho.

Analisamos ainda as alterações feitas no artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Reforma Trabalhista implementada pela Lei n. 13.467/17.

Estabelecidas essas premissas, analisaremos a seguir o artigo 22, I da Lei n. 8.212/91, abaixo transcrito, por meio do qual a União exerceu a sua competência tributária:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento 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.

A contribuição previdenciária patronal, instituída pela União com fundamento no artigo 195, I da Constituição Federal incide sobre o total das remunerações pagas com o propósito de retribuir o trabalho.

O legislador, nesse ponto, foi claro ao estabelecer que não se trata apenas de uma simples contraprestação, já que essa retribuição é devida tanto pelo serviço efetivamente prestado como pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços.

Além disso, a referida contribuição incide não apenas sobre o salário, mas sobre a totalidade da remuneração paga ao empregado e aos trabalhadores avulsos.

Vimos que, no âmbito do direito do trabalho, a remuneração compreende o salário e outras verbas que podem ter natureza salarial ou não.

Para fins da incidência da contribuição previdenciária, contudo, o artigo supra transcrito determinou que todas as verbas pagas para retribuir o trabalho devem ser incluídas na base de cálculo da exação.

Por outro lado, o artigo 201, §11 da Constituição Federal, também incluído pela Emenda Constitucional n. 20/98, determina que, para efeito da contribuição previdenciária – e respectiva repercussão em benefícios – todos os ganhos habituais são incorporados ao salário, independente da natureza. Vejamos:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

O artigo determina que a lei deve regulamentar a matéria.

A União exerceu a competência outorgada pela Constituição Federal por meio do artigo 22, I da Lei 8.212/91. Por sua vez, o artigo 22, §2º da Lei 8.212/91 determina a exclusão da base de cálculo das contribuições as parcelas referidas no artigo 28, §9º da mesma Lei 8.212/91.

De todos esses dispositivos, interessa-nos a análise do item 7, alínea (e), com a seguinte redação:

Art. 28. [...]

§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;

Portanto, a União, no exercício de sua competência, seguiu o comando do artigo 195, I, “a” e 201, §11 da Constituição Federal ao instituir a contribuição previdenciária patronal incidente sobre a integralidade da remuneração paga para retribuir o trabalho, excluindo os ganhos eventuais, ou seja, aqueles não recebidos com habitualidade.

Fabio Zambitte Ibrahim (2010, p.132) explica que o artigo 201, §11 da Constituição Federal “expõe a relevância da habitualidade dos pagamentos como requisito suficiente para sua inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária”. E continua:

Como se verá, os benefícios, em regra, são calculados a partir do salário-de-benefício do segurado, sendo que este é calculado a partir do salário-de-contribuição. Ou seja, se determinada parcela foi base de cálculo da contribuição será, em regra, incluída na base de cálculo do benefício (IBRAHIM, 2010, p. 132).

Wladimir Novaes Martinez (2013) explica que essa é a diferença entre o escopo do conceito de remuneração para fins trabalhistas e previdenciários que justifica a isenção da contribuição previdenciária para os ganhos eventuais:

A remuneração, no Direito Previdenciário, quer dizer a contrapartida onerosa em razão do contrato de trabalho, distinguindo-se em particular de importâncias ressarcitórias de despesas e indenizatórias (com vistas à natureza substitutiva da prestação previdenciária). A dicção tem escopo particular, divergindo das relações de trabalho e da finalística do contrato de trabalho. Valores ocasionais não devem ser substituídos pela prestação previdenciária; por via de consequência, não integram o conceito do salário-de-contribuição (MARTINEZ, 2013, p. 495).

Portanto, o salário entendido como a base de cálculo da contribuição previdenciária serve como parâmetro para o valor da prestação previdenciária, enquanto o salário visto sob a ótica do direito trabalhista visa retribuir o trabalho do empregado.

Essa característica da remuneração para fins previdenciários é de extrema relevância para resolução de conflitos na prática. Ao se deparar com pagamentos que não exprimem, de pronto, natureza remuneratória, o jurista deverá identificar se está presente a característica da substitutividade do benefício previdenciário, conforme explica Fabio Zambitte Ibrahim (2010, p. 293-294):

A razão de ser do benefício previdenciário é a substituição da remuneração do trabalhador quando este, por algum motivo protegido pelo sistema, deixa de percebê-lo por conta própria, como uma invalidez. Logo, a pergunta a ser feita, no caso de dúvida de incidência, é a seguinte: será esta parcela objeto de substituição pelo benefício previdenciário? Se a resposta for positiva, há, salvo exceção expressa, incidência.

O autor apresenta como exemplo a moradia do porteiro ou zelador a qual é excluída da remuneração para efeitos trabalhistas por ser fornecida para a realização dos serviços. Entretanto, “o trabalhador necessitará desse valor para a manutenção de seu patamar de subsistência no futuro, já que terá que morar em algum lugar.” (IBRAHIM, 2010, p. 294).

Ainda segundo o autor, tal falha decorre da falta de aplicação prática da autonomia do Direito Previdenciário.

Se por um lado os ganhos habituais devem ser incluídos na base de cálculo da contribuição previdenciária, os ganhos eventuais devem ser excluídos, justamente por serem esporádicos e não integrarem a verba mensal com a qual o empregado conta para arcar com suas despesas.

Nesse passo, faz-se necessário conceituar o termo habitualidade.

Para Luiz José de Mesquita (1973), o conceito de habitualidade não é objetivo, conforme lição abaixo:

Habitualidade indica o que sucede por hábito, repetição de atos de uma mesma espécie, de modo regular e permanente. Eis as notas da habitualidade ou da gratificação habitual: ela existe 1º) em relação ao tempo, e temos, então, a constância com que é concedida, excluindo a eventualidade de um ato discricionário do empregador; 2º) em relação à extensão, e temos aqui a generalidade ou uniformidade com que é concedida ao conjunto de empregados ou a determinados colaboradores; 3º) em relação à sua quantia, montante ou quantum, temos, finalmente, o elemento fixidez ou igualdade da taxa, que se conforma com o uso (MESQUITA, 1973, p. 421).

O Tribunal Superior do Trabalho – TST considerou que o pagamento de horas extras nos 12 meses do mesmo ano configurava habitualidade para fins de integração ao salário mensal, conforme demonstra o enunciado n. 291 de Súmula do Tribunal, abaixo transcrito:

A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão (TST - Sumula n. 291 - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31 mai 2011).

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF já analisou em diversas oportunidades a questão da habitualidade, não tendo chegado ainda a uma jurisprudência consolidada.

Com efeito, no julgamento cuja ementa segue abaixo, entendeu-se que o pagamento habitual é o realizado mais de três vezes durante o contrato de trabalho:

GANHO EVENTUAL. DEFINIÇÃO. INAPLICABILIDADE PARA OS ABONOS. APLICABILIDADE PARA PAGAMENTO ÚNICO PELA REPACTUAÇÃO DO PLANO PETROS.

Ganho eventual é o oposto de ganho repetido, habitual. Habitualidade é a qualidade daquilo que é frequente, que é repetido muitas vezes, o que

implica tomarmos como habitual aquilo que é, ou poderá ser repetido mais de três vezes durante a duração do contrato de trabalho. Ganho eventual é o ganho que foi ou pode ser repetido no máximo três vezes durante a duração do contrato de trabalho. Os abonos pagos no caso em destaque possuem características de habitualidade, posto que pagos anualmente. Pagamento único realizado em compensação à mudança do Plano Petros é ganho eventual que desfruta da isenção do art. 28, §9º, alínea "e", item 7 da Lei 8.212/91 (CARF - Acórdão n. 2301003.937 – 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária, Sessão de 18 mar 2014).

Já no julgamento abaixo, realizado pela mesma Câmara e Turma do Tribunal Administrativo, o pagamento realizado duas vezes no ano não foi considerado habitual:

HABITUALIDADE

O pagamento em até duas vezes ao ano, para cada segurado, não assume feição de pagamento habitual, razão pela qual não se amolda ao conceito de salário exigido pelo artigo 22, inciso I, da Lei 8.212/91 (CARF - Acórdão n. 2301003.381 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, sessão de 13 mar 2013).

No acórdão abaixo, foi definido que a habitualidade está relacionada com o conhecimento prévio de que o pagamento será realizado, sem utilizar um dado objetivo como o número de pagamentos no ano ou no contrato:

HABITUALIDADE

O conhecimento prévio de que tal pagamento será realizado quando implementada a condição para seu recebimento retira-lhe o caráter da eventualidade, tornando-o habitual (CARF - Acórdão 2301-01.471 — 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária, Sessão de 08 jun 2010).

Por fim, no caso abaixo, o Tribunal afastou a habitualidade do pagamento do prêmio por tempo de serviço porque ele dependia de um evento futuro e incerto:

PRÊMIO POR TEMPO DE SERVIÇO

Não havendo, no caso, habitualidade e retributividade, uma vez que o pagamento do 'prêmio por tempo de serviço' depende da ocorrência ou não do critério temporal previsto em Convenção Coletiva, de um evento futuro e incerto, configura-se sob essa óptica, de ganho eventual, nos termos do artigo 28, § 9º, alínea "e", item 7, da Lei nº8.212, de 24 de julho de 1991, os quais não compõem a base de cálculo das contribuições previdenciárias (CARF - Acórdão 2301-01.694 — 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20 out 2010).

Nosso entendimento é o de que a habitualidade não pode ser conceituada de forma objetiva, por meio da quantidade de pagamentos por ano ou por contrato de trabalho. A presença – ou não – de habitualidade deve ser verificada caso a caso.

Concordamos com o Prof. Luiz José de Mesquita quanto à necessidade de haver regularidade nos pagamentos, com uma repetição constante, a ponto de trazer uma expectativa

para o empregado. Visto dessa maneira, a habitualidade está atrelada a ideia de previsibilidade ou expectativa.

Para nós, esse entendimento está de acordo com o que já expusemos quanto ao vínculo entre os pagamentos recebidos pelos empregados e as prestações que virão a receber em caso de necessidade, pois as contribuições são destinadas a custear o pagamento dessas prestações.

Ou seja, ainda que o pagamento seja feito a cada um, dois ou até três anos, pode ser considerado habitual para fins de incidência da contribuição previdenciária, desde que haja previsibilidade ou expectativa.

Portanto, analisando os conceitos estudados no presente capítulo, podemos concluir que todos os valores pagos habitualmente para retribuir o trabalho devem ser incluídos na base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, salvo aqueles excluídos expressamente por meio do artigo 22, §2º c/c o artigo 28, §9º ambos da Lei 8.212/91, como os prêmios pagos com liberalidade, conforme já explicamos.

4 A OUTORGA DE OPÇÕES DE AÇÃO

Estabelecemos nos capítulos precedentes as premissas relativas à contribuição social incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho.

Neste capítulo, analisaremos o instituto das opções de ação, tanto no âmbito do mercado de capitais como no âmbito do contrato de trabalho para, ao final, concluirmos sobre a incidência da contribuição previdenciária sobre as opções de ação recebidas pelos empregados.

4.1 O mercado de opções como forma de financiamento das sociedades por ações

Nos termos do artigo 1º, da Lei 6.404/76 (Lei das sociedades por ações), na sociedade por ações “o capital [é] dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.”

Conforme ensina Rubens Requião (2012, p. 62), as ações devem ser consideradas sob tríplice aspecto: (i) como parte do capital social; (ii) como fundamento da condição de sócio; (iii) como título de crédito.

As sociedades por ações também podem emitir outros títulos de crédito, denominados valores mobiliários, os quais representam forma de captação de recursos para o financiamento da companhia.

Nelson Eizirik (1998) ensina que, diferente dos títulos de crédito, os valores mobiliários são títulos que se submetem à regulação estatal “em razão de serem considerados investimentos de risco, por envolverem a aplicação da poupança popular em companhias abertas”. O autor explica:

O critério distintivo básico é, portanto, legal; são valores mobiliários aqueles papéis ou documentos, passíveis de negociação em massa, representativos de investimento ou de crédito, que a Lei considera como valores mobiliários e submete, em consequência, à uma disciplina especial e ao poder de polícia da CVM. (EIZIRIK, 1998, p. 141)

Assim, a companhia pode captar recursos no mercado financeiro – também denominado mercado de crédito - por meio de empréstimos junto as instituições financeiras ou pode captar recursos no mercado de capitais, disponibilizando os valores mobiliários para os investidores.

Se os valores mobiliários forem negociados em mercado de balcão, a sociedade anônima será do tipo “aberta”, caso contrário ela será classificada como sociedade anônima

do tipo “fechada”.

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM é a entidade estatal, vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pela fiscalização das operações realizadas em mercado de balcão envolvendo os valores mobiliários.

De acordo com o artigo 2º, da Lei 6.385/76, que criou a Comissão de Valores Mobiliários, são valores mobiliários sujeitos à aplicação da referida lei:

- I - as ações, debêntures e bônus de subscrição;
- II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II;
- III - os certificados de depósito de valores mobiliários;
- IV - as cédulas de debêntures;
- V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;
- VI - as notas comerciais;
- VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;
- VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e
- IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

O inciso VII do artigo 2º, da Lei 6.385/76, acima transcrito, define que, além de valores mobiliários, os contratos de opções são também derivativos.

O mercado de derivativo tem como objetivo permitir que as companhias se protejam contra riscos de oscilações de preços.

Sua origem está atrelada ao mercado agrícola. Os produtores, com o objetivo de financiar a produção, captavam recursos com os futuros compradores, os quais, para tanto, pagavam antecipadamente um valor ao produtor para garantir um determinado preço para a mercadoria depois da colheita.

Conforme o Pronunciamento Contábil CPC 38, do Comitê de Pronunciamento Contábil⁹, o derivativo possui todas as três características seguintes:

⁹ Criado pela Resolução CFC nº 1.055/05, o CPC tem o seguinte objetivo: o estudo, o preparo e a emissão de Pronunciamentos Técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais.

(a) o seu valor altera-se em resposta à alteração na taxa de juros especificada, preço de instrumento financeiro, preço de mercadoria, taxa de câmbio, índice de preços ou de taxas, avaliação ou índice de crédito, ou outra variável, desde que, no caso de variável não financeira, a variável não seja específica de uma parte do contrato (às vezes denominada “subjacente”);

(b) não é necessário qualquer investimento líquido inicial ou investimento líquido inicial que seja inferior ao que seria exigido para outros tipos de contratos que se esperaria que tivessem resposta semelhante às alterações nos fatores de mercado; e

(c) é liquidado em data futura.

O mercado de opções é classificado como um derivativo porque o seu valor está atrelado a um outro ativo. No caso das opções de ação, esse ativo é a própria ação.

Importante destacar a diferença básica entre o contrato de opção e o contrato futuro, já que ambos são derivativos. Enquanto no primeiro não há a obrigação de comprar ou vender o ativo objeto do negócio; no segundo, o contrato obriga à compra ou venda do ativo no prazo predeterminado.

Atualmente, o mercado de derivativo conta com estruturas sofisticadas com o objetivo de proteger as mais variadas atividades desenvolvidas pelas sociedades e também, do ponto de vista dos participantes, para alavancar investimentos.

4.1.1 O funcionamento do mercado de opções

Para o estudo realizado no presente trabalho, importa apresentar um breve resumo do mercado de opções no âmbito do mercado financeiro.

O “Curso básico” disponibilizado no *site* da BM&FBOVESPA (2015) define o mercado de opções como aquele “em que são negociados direitos de compra ou venda de um lote de ações, com preços e prazos de exercício preestabelecidos”.

Assim, por meio do mercado de opções, o titular adquire do lançador, mediante o pagamento de um valor (prêmio), o direito de comprar uma ação por um preço prefixado para ser exercido em uma data preestabelecida (data de vencimento), conforme exemplo abaixo:

Titular: “A”

Lançador: “B”

Prêmio: R\$ 3,00

Preço de exercício (*strike*): R\$ 10,00

Data de vencimento: 10/08/2019

No exemplo apresentado, “A” adquire de “B” pelo valor de R\$ 3,00 o direito de comprar um lote de ações de uma determinada companhia pelo preço de R\$ 10,00 em 10/08/2019.

Até a data de vencimento predefinida, a opção de compra de ações constitui um ativo (direito) que, inclusive, pode ser negociado no mercado.

Caso “A” não negocie a opção que detém e tampouco exerça o seu direito de comprar as ações pelo preço predeterminado na data do vencimento, o investimento aportado por ele, ou seja, o prêmio, será perdido, já que as opções perdem seu valor na data de vencimento.

O lançador, portanto, acredita que na data de vencimento o valor de mercado das ações será inferior ao preço predefinido. Nesse caso, o titular não exercerá a opção e, portanto, ele ganhará o valor do prêmio e também manterá a titularidade das ações.

Assim, ainda nos termos do “Curso básico” disponibilizado pela BM&FBOVESPA, o prêmio - ou *preço da opção* – reflete fatores como condições de oferta e demanda, prazo de vigência da opção, diferença entre o preço de exercício e o preço à vista da ação-objeto, volatilidade, dentre outros que serão analisados no próximo capítulo.

Já a variação do *preço da ação* depende das condições de mercado no momento do exercício da opção (data de vencimento).

4.1.2 Tipos de opções de ação

Existem as opções de compra de ação, denominadas *call*, e as opções de venda de ação, denominadas *put*.

O potencial de ganho é vantajoso, no caso de uma *put*, em razão da possibilidade, no mercado financeiro, de se vender algo que inicialmente não se possui.

O comprador de uma *call* tem a expectativa de que a ação objeto terá o seu valor aumentado, enquanto o comprador de uma *put* espera que a ação terá uma queda no preço.

Como o comprador de uma *call* não tem a obrigação de exercer o seu direito de comprar a ação, ele tem o risco de perda limitado ao preço pago pela opção (prêmio).

O comprador de uma *put* também não tem a obrigação de exercer o seu direito de vender a ação e, portanto, o seu risco é limitado ao preço pago pela opção.

Além disso, no mercado, as opções podem ser fora do dinheiro (*Out The Money – OTM*), ou seja, com preço de exercício bem superior ao preço da ação. Trata-se de um jogo de especulação em que os investidores compram, por um valor baixo, opções que têm pouca chance de sucesso.

Por outro lado, há as opções no dinheiro (*At The Money – ATM*) nas quais o preço de exercício é igual ou muito próximo ao preço atual da ação.

Por fim, há as opções dentro do dinheiro (*In The Money – ITM*) cujo preço de exercício é inferior ao preço atual da ação.

Nesse passo, vale esclarecer que as opções de ação podem ter um valor intrínseco e um valor extrínseco que estão relacionados com (i) o preço da opção (prêmio); (ii) o preço da ação no momento do lançamento da opção; e (iii) o preço de exercício.

O valor intrínseco é o resultado da subtração do valor de exercício do preço atual da ação. Assim, se uma ação está cotada a R\$ 27,00 e a opção de ação tem um preço de exercício de R\$ 25,00, o valor intrínseco será R\$ 2,00.

Somente as opções *ITM* possuem valor intrínseco.

Por sua vez, o valor extrínseco é o valor da opção (prêmio) subtraído do valor intrínseco. Caso a opção de compra no exemplo apresentado esteja sendo negociada a R\$ 3,00, o valor extrínseco será R\$ 1,00.

Conforme ensina Lee Lowell (2008, p. 6), o valor intrínseco permite que você saiba se uma opção vale realmente alguma coisa naquele determinado momento.

Isso porque, voltando ao exemplo apresentado, poderíamos optar pelo exercício da opção e vendê-las agora mesmo, obtendo um lucro de R\$ 2,00.

As opções *ATM* e *OTM*, contudo, não têm valor intrínseco, são compostas exclusivamente de valor extrínseco, pois o valor de exercício é igual ou superior ao valor da ação.

4.1.3 Precificação

A precificação das opções de ação é item básico para a compreensão de como funcionam as operações com esses instrumentos.

Aswath Damodaran (2004) explica a questão da precificação das opções de ação da seguinte forma:

Opções são ativos que derivam de um ativo-objeto; aumentos no valor do ativo-objeto vão aumentar o valor do direito de comprar a um preço fixo e reduzir o valor de vender esse ativo a um preço fixo. Por outro lado, o aumento do preço de exercício da opção vai reduzir o valor das opções de compra e aumentar o valor das opções de venda.

[...]

Diferentemente de ativos tradicionais que tendem a tornar-se menos valiosos à medida que o risco é aumentado, as opções tornam-se mais valiosas conforme o ativo-objeto torna-se mais volátil. Isso ocorre porque a variância

acrescentada não pode piorar o risco do lado da baixa (você ainda não pode perder mais do que pagou pela opção) ao obter lucros potenciais muito altos. (DAMODARAN, 2004, p. 130).

A determinação do preço das opções de ação teve início com o método criado por Fisher Black e Myron Scholes em 1973, que posteriormente recebeu contribuições de Robert Merton. O modelo ficou conhecido como “*Método Black, Scholes e Merton*”.

Trata-se de um modelo fundado em conhecimentos matemáticos complexos, contudo, a sua formulação final é simples e pode ser representada por meio da seguinte fórmula:

$$c = SN(d_1) - Xe^{-rT} N(d_2)$$

Onde:

c : preço de uma opção de compra europeia sobre ações sem dividendos;

S : preço à vista do ativo objeto

$N(x)$: é a função de distribuição de probabilidade acumulada para uma variável que é normalmente distribuída com média zero e desvio padrão 1 (isto é, a probabilidade de essa variável ser menor que x);

X : preço de exercício;

r : taxa de juros livre de risco (ao ano), composta continuamente;

T : prazo até o exercício da opção (em anos);

e : constante matemática igual a 2,71828

Os valores d_1 e d_2 devem ser obtidos por meio das seguintes fórmulas abaixo:

$$d_1 = \{\ln(S/X) + (r + \sigma^2/2)T\} / \sigma\sqrt{T}$$

$$d_2 = d_1 - \sigma\sqrt{T}$$

Onde:

σ = volatilidade do ativo objeto

A partir da análise da fórmula é possível constatar os fatores que afetam os preços das opções, conforme explicam Lopes, Galdi e Lima (2011, p. 78):

Há seis fatores que afetam os preços das opções:

- i. O preço do ativo objeto
- ii. O preço de exercício
- iii. O tempo para o vencimento
- iv. A volatilidade do preço da ação
- v. A taxa de juros livre de risco; e

vi. Os dividendos esperados durante a vida da opção.

Importante destacar que, entre esses fatores, o único que possui margem para determinação é a volatilidade do preço da ação. Como ele não é fornecido pelas Bolsas, não pode ser um dado objetivo.

Esses autores mostram como a aplicação da fórmula é simples ao apresentar um exemplo no qual: $S = 40$, $\sigma = 30\%$, $T = 3$ meses, $X = 42$ e $r = 10\%$

Traduzindo esses números temos que, no caso apresentado, o preço da ação no momento inicial é de 40,00. A volatilidade a que ela está sujeita é de 30%. O tempo até a data de vencimento é de 3 meses. O preço de exercício é 42,00 e a taxa de juros aplicada é de 10%.

Dessa forma, temos:

$$C = 40N(d_1) - 42e^{-0,1 \times 0,25} N(d_2)$$

$$C = 40N(d_1) - 40,963N(d_2)$$

Calculando-se d_1 e d_2 :

$$d_1 = \{\ln(40/42) + (0,10 + 0,3^2/2) 0,25\} / 0,3 \sqrt{3/12} = -0,0836$$

$$d_2 = -0,0836 - 0,3 \sqrt{3/12} = -0,2336$$

Tem-se então:

$$C = 40N(-0,0836) - 40,963N(-0,2336)$$

Tomando-se os valores de d_1 e d_2 da Tabela dos valores de $N(x)$, usando somente duas casas decimais, temos:

$$C = 40 \times 0,4681 - 40,963 \times 0,4090 = 1,97$$

No caso apresentado, portanto, o valor da opção de compra seria 1,97.

Portanto, a partir do método Black, Scholes e Merton, é possível calcular o preço de uma opção de ação, contudo, esse não é o único método disponível, há outras fórmulas que podem ser utilizadas com a mesma eficácia.

Atualmente, inclusive, o cálculo do valor justo da opção pode ser feito por meio de softwares ou pelo próprio *excel*.

4.2 O plano de outorga de opções de ação no contrato de trabalho

Vimos que, no mercado de capitais, as opções de ação servem para captação de recursos pela companhia.

Isso não ocorre, contudo, quando as opções são disponibilizadas para os empregados e administradores, conforme lembra José Alexandre Tavares Guerreiro (1984, p. 122-123):

O propósito básico não é a captação de recursos para a empresa, mas, como na praxe dos Estados Unidos, o de incentivar ou premiar os respectivos outorgados, estabelecendo vinculações de caráter contraprestacional, em razão dos serviços prestados, quer sob o regime de trabalho assalariado, quer sob o regime de trabalho autônomo.

Partindo para a análise da outorga de opções de ação no campo do direito do trabalho, inicialmente, vale esclarecer que a relação contratual de trabalho pode ser objeto de livre estipulação das partes, desde que não ofenda as normas de proteção do trabalho, nos termos do artigo 444, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT¹⁰.

Isso ocorre porque, no âmbito do direito trabalhista, os contratos são fontes inferiores às normas coletivas, às leis e à Constituição Federal e, dentro desse sistema protecionista, conforme ensina Valentim Carrion (1995, p. 276) “as fontes inferiores não podem conceder menos do que as superiores”.

A outorga de opções de ação pela companhia aos empregados não encontra vedação na legislação trabalhista e é feita por meio de um Plano de Outorga de Opções de Ação previsto no estatuto social e aprovado pela Assembleia Geral, conforme determina o artigo 168, §3º da Lei das Sociedades por Ações, já analisado no capítulo anterior.

Esse documento deve conter os objetivos da sociedade com relação ao plano e às regras gerais, como a definição dos participantes, as ações objeto do plano, entre outras.

Além disso, o Plano também prevê outras regras gerais como o preço de exercício da opção e as hipóteses no caso de desligamento do participante da companhia antes do prazo de validade das opções de ação.

Luciana Aboim Machado Gonçalves (2009, p. 199-200) explica:

Já a *stock options plan* expressa o plano por meio do qual se estabelecem parâmetros para outorga a destinatários específicos (administradores, empregados ou prestadores autônomos de serviços da companhia ou de suas subsidiárias) da possibilidade de aquisição de ações de empresa, negociáveis no mercado de capitais, mediante o pagamento de um preço prefixado.

¹⁰ Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.” (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Sergio Pinto Martins (2012) afirma que o plano de opções de compra de ações firmado entre as companhias e os seus empregados é um “plano em que são estabelecidos os requisitos da opção de compra de ações” (MARTINS, S. P., 2012, p. 248).

Além desse documento, deve haver um contrato de opções, desenvolvido individualmente, no qual devem constar as condições específicas para cada empregado com a indicação do número e do tipo de ações objeto das opções de compra.

Essas características que diferenciam os contratos de opções no mercado de capitais dos contratos de opções outorgados pelas companhias aos seus empregados serão analisadas neste subcapítulo.

Antes, contudo, é importante apresentar os dispositivos relativos à legislação societária acerca do tema, bem como os aspectos contábeis e fiscais envolvidos.

4.2.1 Características dos planos de outorga de opções de ação das companhias aos empregados

Geralmente, o Plano de outorga de opções de ação prevê quatro etapas, (i) a concessão da opção de ação; (ii) um período de carência; (iii) a data de vencimento; e (iv) a validade.

A concessão à opção de ação ocorre na data da assinatura do contrato de opções entre a companhia e o empregado.

O prêmio – ou seja, o valor da opção - é custeado pela companhia de forma que, na data da assinatura, o participante do plano não tem nenhum dispêndio.

O prazo de carência para obtenção da elegibilidade do exercício das opções geralmente está previsto no próprio plano, mas pode vir também no contrato individual de opção acionária.

A programação da carência dependerá dos objetivos da companhia para esse plano de opção acionária.

Assim, se as opções significam um prêmio por desempenho passado, faz-se uso de uma carência mais curta. Por outro lado, se a opção tem a intenção de estimular o desempenho, utiliza-se um programa de carência mais longa. Por fim, se as opções significam uma recompensa por lealdade e permanência na companhia, adota-se um programa de carência graduado.

Em geral, os planos preveem que, na hipótese de rescisão do contrato de trabalho antes do final do referido período de carência, o empregado não tem o direito de exercer a opção de compra das ações.

Os planos podem também estipular uma carência gradual. Por exemplo: o empregado por exercer 25% da totalidade das opções que detém a cada ano, de forma que ao final de 04 anos, já terá exercido a integralidade das opções. Há também planos sem carência com possibilidade de exercício imediato da opção outorgada.

A data de vencimento é a data a partir da qual já pode ser exercido o direito de compra das ações. Ele não precisará vender as ações imediatamente, pode guarda-las se entender que o preço das ações aumentará.

Com relação à validade, importante destacar que o participante do plano recebe a oportunidade de exercer o direito de compra das ações e poderá exercê-lo ou não e, por óbvio, somente irá fazê-lo quando vislumbrar lucro.

O plano, contudo, prevê um prazo de validade para o participante exercer o seu direito. Ultrapassado esse prazo, ele perderá a oportunidade de adquirir as ações. O direito volta a ser da empresa e o beneficiário não terá nenhum ganho ou prejuízo.

As opções de ação vencem depois de certa data geralmente dez anos depois de terem sido concedidas.

De acordo com a metodologia de precificação das opções de ação, quanto menor o prazo de validade, menor será o preço das opções. Assim, considerando que as companhias devem deduzir como despesa o valor das opções, a tendência é reduzir o prazo de validade, conforme explicam John Olagues e John Summa (2010, p. 7):

There is a movement toward reducing the time to expiration used by companies because ESOs must now be expensed against earnings. A lower time to expiration assumed by the company means the ESOs have a lower theoretical value, and therefore the company shows a smaller expense. So we sometimes see companies using seven years instead of ten years to expiration. This expected time (used for cost calculations), instead of maximum contractual time to expiration has significant valuation implications.¹¹

Além das etapas citadas, os planos de outorga de opções de ação também incluem características que o mercado de opções também possui, mas que são alteradas para atenderem às demandas dos envolvidos.

É o caso da volatilidade que, como já vimos, é inerente ao mercado de opções, pois ele

¹¹ Existe um movimento em direção a reduzir o prazo de validade usado pelas companhias porque as opções de ação aos empregados precisam ser deduzidas contra os ganhos. Um menor prazo de validade assumido pela companhia significa que as opções de ação aos empregados possuem um menor valor teórico e, portanto, a companhia mostrará uma despesa menor. Então nós as vezes vemos companhias usando sete anos invés de dez anos de validade. Esse prazo esperado (utilizado para cálculo do custo), no lugar do prazo contratual máximo para a validade tem uma significativa implicação no valor. (Tradução livre)

está atrelado à imprevisão do preço da ação que pode, inclusive, ficar abaixo daquele inicialmente previsto.

No contrato de trabalho, contudo, os planos podem prever algumas soluções para garantir que o empregado aufera rendimentos mesmo que o preço da ação seja abaixo do preço de exercício, conforme abaixo:

- (i) *Repricing* – consiste em reduzir o preço de exercício da opção, de modo que o mesmo se alinhe ao novo patamar de preço (mais baixo) da ação em mercado;
- (ii) *Cancel/Re-issue* – cancelamento das opções existentes e emissão de novas com preços alinhados ao mercado;
- (iii) *Extra Grants* – nesse caso a empresa realiza a concessão do próximo lote de ações que terá o preço de exercício mais adequado ao novo valor de mercado da ação.
- (iv) *Replacement* – existem empresas que oferecem aos participantes dos planos a permuta de suas opções por novas opções ou ações restritas.

Outra característica dos planos de outorga de opções de ação que diferem-nos das opções de ação negociadas em mercado é a intransferibilidade.

Uma vez recebido o direito de exercer a opção de compra e venda das ações, o empregado terá a faculdade de fazê-lo, após um determinado prazo de carência e observando o prazo de validade, mas jamais poderá transferir o seu direito de opção a terceiros, salvo em caso de morte ou de divórcio, se previstas no plano.

4.2.2 Análise de um plano real de outorga de opções de ação

Para termos uma visão prática do funcionamento de um Plano de Opção de Compra de Ação, analisaremos o Plano emitido pela Via Varejo S/A (2018).

A escolha desse plano foi feita em razão de ele possuir as principais características ora estudadas.

O Plano se divide em 11 capítulos, a saber: (1) objetivos; (2) participantes; (3) administração do plano; (4) ações objeto desse plano; (5) outorga da opção; (6) exercício das opções; (7) preço de exercício das opções de ações; (8) término da opção; (9) hipótese de desligamento da companhia e seus efeitos; (10) prazo de vigência do plano; e (11) disposições gerais. (VIA VAREJO S.A., 2018 p. 2).

Os objetivos do plano são os seguintes:

- i. Propiciar a participação dos administradores e empregados da Companhia no seu capital e nos acréscimos patrimoniais decorrentes dos resultados para os quais referidos administradores e empregados tenham contribuído;
- ii. Estimular a consecução dos objetivos sociais da Companhia; e
- iii. Alinhar os interesses dos administradores e empregados da Companhia com os dos acionistas da Companhia. (VIA VAREJO S.A., 2018 p. 3).

São definidos como participantes os empregados e administradores considerados executivos-chave da Companhia, dependendo da aprovação do Conselho de Administração ou do Comitê.

No capítulo 2 do Plano sob análise, há ainda a expressa menção de que a participação do empregado ou administrador da companhia no Plano não interfere na remuneração a que ele faz jus. Além disso, o Plano também prevê a possibilidade de tratamento diferenciado para executivos em condições similares.

A administração do Plano foi atribuída ao Conselho de Administração da Companhia. Ele foi responsável por eleger um Comitê especialmente constituído para esse fim.

Ao Comitê foi concedido plenos poderes para decidir sobre as questões relativas ao plano, “obedecidas as condições gerais do Plano e as diretrizes fixadas pela Assembleia Geral e pelo *Conselho de Administração da Companhia*”. Incumbe ao Comitê:

- (a) Deliberar sobre as outorgas, preços, datas e as quantidades outorgadas em cada série do Plano, observado o disposto no item 4.1 deste Plano.
- (b) Decidir quanto às datas em que serão outorgadas opções, podendo deixar de outorgá-la sempre que os interesses da Companhia assim determinarem;
- (c) Tomar todas as medidas necessárias e adequadas à administração do Plano, inclusive no que se refere à interpretação, detalhamento e aplicação das normas gerais ora estabelecidas;
- (d) Fazer com que a Companhia tome todas as medidas necessárias e adequadas à emissão de novas ações, no momento apropriado de cada exercício ou à alienação de ações em tesouraria, observada a regulação expedida pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), para satisfazer o exercício de opções de compra de ações outorgadas nos termos do Plano;
- (e) Selecionar, dentre as pessoas elegíveis, aquelas que participarão do Plano e a quem serão outorgadas opções para a compra de ações, conforme as atribuições e responsabilidades verificadas até a data da seleção, estabelecendo todas as condições das opções a serem outorgadas, bem como a modificação de tais condições quando necessário para adequar as opções aos termos de lei, norma ou regulamento superveniente;

- (f) Estabelecer as normas apropriadas para a outorga de opção a cada Participante, de forma a estabelecer e definir critérios objetivos para a eleição dos Participantes;
- (g) Aprovar o contrato de outorga de opção de compra a ser celebrado entre a Companhia e cada um dos Participantes, especialmente no que se refere à fixação da quantidade de ações objeto da opção e as condições para a aquisição do direito ao exercício das opções;
- (h) Estabelecer para cada Participante as alternativas, prazos e condições para o exercício da opção de compra de ações, o preço de aquisição das ações e seu respectivo pagamento;
- (i) Analisar casos excepcionais decorrentes de, ou relacionados com este Plano; e
- (j) Dirimir dúvidas quanto à interpretação das normas gerais estabelecidas neste Plano. (VIA VAREJO S.A., 2018 p. 4).

As ações que serão objeto das opções de compra correspondem a no máximo 0,7% do total de ações de emissão da companhia. Dentro do limite do capital autorizado, a companhia poderá emitir novas ações ou alienar ações mantidas em tesouraria.

O Plano determina que as opções de ação serão emitidas em série as quais receberão a letra “A” seguida de um número. A primeira série receberá o número 1 e as demais receberão a letra A seguida do número subsequente.

Cada opção de ação dará o direito de o participante adquirir uma ação ordinária e duas preferenciais. Fica a critério do participante transformar essas ações em uma *Unit* (o capital social da Via Varejo S/A é formado por *units*).

O participante não pagará pela outorga de opções de ação.

A outorga deverá ser formalizada por meio de contrato firmado entre a companhia e o participante no qual deverá constar:

[...] o número total de ações objeto da respectiva opção, o prazo e as condições para a efetiva aquisição do direito de exercício da opção, as condições para tal exercício, o preço de aquisição e as condições para seu pagamento. (VIA VAREJO S.A., 2018 p. 5).

Deve ser considerada como data da outorga a data da deliberação pelo Comitê da série de outorga de opções de compra, desde que o Participante, ainda que posteriormente à deliberação, aceite integrar o Plano com a formalização do Contrato de Opção.

O período de carência é de 36 meses e a validade é de 42 meses, de forma que o período de exercício é do primeiro dia do 37º mês ao último dia do 42º mês.

O exercício da opção deve ser formalizado por meio do envio, pelo Participante, do Termo de Exercício de Opção.

Em seguida, a Companhia deverá enviar ao Participante o valor a ser pago por ele pelo exercício das opções de ação. O valor será o resultado da multiplicação do preço de exercício pela quantidade de opções que o Participante optou por exercer.

O Participante fica proibido de alienar as ações recebidas pelo prazo de 180 dias a contar do recebimento.

O preço de exercício de cada opção de compra de ações deverá ser o correspondente a 80% da média do preço de fechamento das negociações das *Units* da Companhia realizadas nos últimos 20 (vinte) pregões da BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros – anteriores à data de convocação da reunião do Comitê que deliberar a outorga das opções daquela série (“Preço de Exercício”).

O término da opção ocorrerá nos seguintes casos:

- (i) mediante o seu exercício integral;
- (ii) após o decurso do prazo de vigência da opção de compra;
- (iii) mediante o distrato, por comum acordo entre a Companhia e o Participante, do Contrato de Opção;
- (iv) se a Companhia for dissolvida, liquidada ou tiver sua falência decretada. [...] (VIA VAREJO S.A., 2018 p. 7).

No caso de desligamento do participante por demissão, com ou sem justa causa, renúncia ou destituição ao cargo, aposentadoria, invalidez permanente ou falecimento, os direitos a ele conferidos de acordo com o Plano poderão ser extintos ou modificados.

No caso de demissão sem justa causa, o Plano permite que o participante exerça a sua opção no prazo de dez dias contados do desligamento. O número de opções disponíveis será calculado de forma proporcional em relação ao período de carência.

No caso de demissão com justa causa ou de desligamento de forma voluntária todas as opções serão extintas sem qualquer direito à indenização.

No caso de aposentadoria, o Participante terá o prazo de quinze dias a contar da data da aposentadoria para exercer todas as opções de compra, inclusive as opções de compra em período de carência.

No caso de falecimento ou invalidez, os herdeiros poderão exercer todas as opções de compra, inclusive as opções de compra em período de carência no prazo de trinta dias.

O Plano possui vigência até 19 de junho de 2019.

As opções são intransferíveis, salvo no caso de falecimento, conforme exposto acima.

A Companhia, ainda, ressalva o seu direito de se envolver em operações de reorganização societária, tais como transformação, incorporação, fusão, cisão e incorporação

de ações, casos em que o Comitê e as companhias envolvidas poderão determinar a substituição das ações objeto do plano por ações ou quotas da sucessora ou antecipar a aquisição do direito ao exercício da opção.

5 A JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO TRABALHISTA E TRIBUTÁRIO

Verificamos no capítulo precedente que há várias características que diferem os planos de opções de ação outorgados pelo mercado dos planos outorgados pelas companhias aos seus empregados.

Vimos também que os planos de opções de ação outorgados pelas companhias aos seus empregados também divergem muito entre si.

No presente capítulo, analisamos a jurisprudência acerca da natureza dos contratos de opções de ação no âmbito trabalhista e no âmbito tributário com o objetivo não apenas de estudar a interpretação dos tribunais acerca do assunto, mas também para verificar na prática que cada plano possui características específicas.

5.1 A jurisprudência no direito do trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho, em algumas oportunidades, afastou a natureza salarial das opções de ação recebidas pelos empregados, como demonstra a ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. [...]

4. *STOCK OPTIONS*. O programa pelo qual o empregador oferta aos empregados o direito de compra de ações (previsto na Lei de Sociedades Anônimas, n. 6404/76, art. 168, § 3º) não proporciona ao trabalhador uma vantagem de natureza jurídica salarial. Isso porque, embora a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorra do contrato de trabalho, o obreiro pode ou não auferir lucro, sujeitando-se às variações do mercado acionário, detendo o benefício natureza jurídica mercantil. O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, não se lhe podendo atribuir índole salarial. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR - 217800-35.2007.5.02.0033, 6ª T., Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJT 03 dez 2010)

Analisando o inteiro teor do acórdão, o pedido do Reclamante foi apreciado e negado no seguinte trecho:

O programa pelo qual o empregador oferta aos empregados o direito de compra de ações (previsto na Lei de Sociedades Anônimas, n. 6404/76, art. 168, § 3º) não proporciona ao trabalhador uma vantagem de natureza jurídica salarial. Isso porque, embora a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorra do contrato de trabalho, o obreiro pode ou não auferir lucro, sujeitando-se às variações do mercado acionário, detendo o benefício natureza jurídica mercantil. O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, não se lhe podendo atribuir índole salarial.

Em face dessas razões, incólumes os arts. 457, § 1º, e 458 da CLT.

O fundamento da ausência de natureza salarial do plano de *stock options*, portanto, foi a possibilidade de o obreiro não auferir lucro com a venda das ações, já que se sujeita à variação do valor das ações. Diante desse argumento, o Tribunal concluiu tratar-se de um benefício de natureza mercantil.

Ressalte-se, contudo, que, em que pese constatar a possibilidade de não haver lucro na operação, a decisão reconhece que a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorre do contrato de trabalho.

No mesmo sentido, o acórdão cuja ementa segue abaixo decidiu pela natureza mercantil do contrato de outorga de opções de ação:

[...] *STOCK OPTIONS*. OPÇÃO POR COMPRA DE AÇÕES. A decisão do e. Regional que refutou a natureza salarial da parcela *Stock Options* (opção por compra de ações da empresa na qual o reclamante trabalhou) está em consonância com a jurisprudência desta Corte. [...] (TST - AIRR - 1196-81.2010.5.05.0004, 8ª T., Rel. Min. Breno Medeiros, DJT 30 jun 2015.).

O fundamento da decisão reside no fato de que o empregado pagou para adquirir as ações, o que descaracterizaria a sua natureza salarial, conforme trecho constante da íntegra do acórdão, abaixo transcrito:

Como bem pontuou o Julgador a quo: "Salienta-se que na *Stock Options* o empregado paga para adquirir as ações, sendo este requisito irrefutável para a descaracterização da sua natureza salarial, já que inexistente salário pelo qual o trabalhador tenha de pagar ao seu empregador para obtê-lo". [...] Assim, ainda que a vantagem haja sido ofertada em decorrência da relação empregatícia, tal circunstância não comporta atribuir-lhe, por si somente, natureza salarial.

No acórdão cuja ementa segue abaixo também foi reconhecida a natureza mercantil do plano de outorga de opções de ação em razão da operação envolver risco:

[...] 5. PLANO DE AÇÕES. *STOCK OPTIONS*. INTEGRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. Em que pese a possibilidade da compra e venda de ações decorrer do contrato de trabalho, o trabalhador não possui garantia de obtenção de lucro, podendo este ocorrer ou não, por consequência das variações do mercado acionário, consubstanciando-se em vantagem eminentemente mercantil. Dessa forma, o referido direito não se encontra atrelado à força laboral, pois não possui natureza de contraprestação, não havendo se falar, assim, em natureza salarial. Precedente. (TST - RR - 201000-02.2008.5.15.0140, 5ª T., Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJT 27 fev 2015).

No acórdão cuja ementa segue abaixo, o Tribunal entendeu que as opções de ação geram mera expectativa de direito durante o período de carência e, portanto, com a rescisão do contrato de trabalho antes desse prazo, não há direito ao exercício de opção.

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. "RESTRICTED PERFORMANCE UNIT" E "RESTRICTED STOCK UNIT". NATUREZA JURÍDICA. DISPOSIÇÕES ACIONÁRIAS EMPRESARIAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE CONDIÇÃO RESOLUTIVA/SUSPENSIVA. RESCISÃO CONTRATUAL. EFEITOS.

I - A parte agravante não apresenta argumentos capazes de desconstituir a juridicidade da decisão agravada, no sentido de que o recurso de revista não observou pressuposto intrínseco previsto no art. 896 da CLT. A Corte Regional entregou a prestação jurisdicional na medida da pretensão deduzida, no sentido de que a concessão de ações (STOCK OPTIONS - RSU e RPU), conforme prospecto da empresa, relativamente às vantagens dirigidas a empregados específicos sobre aquisição de ações da reclamada, gerou mera expectativa de direito, após o período de carência, e que, na hipótese de rescisão do contrato de trabalho antes do prazo fixado, não há falar em direito sobre exercício de opções, ou seja, não atingiu nenhuma expressão pecuniária no curso do pacto laboral. (AIRR - 268200-10.2008.5.02.0036, 1ª T., Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, DJT 13 mai 2016.)

Em outra oportunidade, foi reconhecida a natureza mercantil do contrato de opções de ação. Nesse caso, contudo, não foram consideradas as condições específicas impostas pelo plano em razão da impossibilidade de análise da matéria fático-probatória, conforme ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPRA DE AÇÕES VINCULADA AO CONTRATO DE TRABALHO. *STOCK OPTIONS*. NATUREZA NÃO SALARIAL. EXAME DE MATÉRIA FÁTICA PARA COMPREENSÃO DAS REGRAS DE AQUISIÇÃO. LIMITES DA SÚMULA 126/TST. 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. De todo modo, torna-se inviável o reconhecimento de natureza salarial decorrente da possibilidade de compra de ações a preço reduzido pelos empregados para posterior revenda, ou a própria validade e extensão do direito de compra, se a admissibilidade do recurso de revista pressupõe o exame de prova documental - o que encontra óbice na Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido.) (AIRR - 85740-33.2009.5.03.0023. 6ª T., Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJT 04 fev 2011.)

Em diversas oportunidades, o Tribunal Superior também não conheceu do recurso por entender que o julgamento da matéria demandaria análise de questão fático-probatória, como exemplifica a ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. POLÍTICA DE *STOCK OPTIONS*. INDENIZAÇÃO DE AÇÕES PAGAS COMO PARTE DO SALÁRIO. NATUREZA SALARIAL. HORAS EXTRAS. DIFERENÇAS SALARIAIS. ACÚMULO DE CARGO OU FUNÇÃO. Agravo de instrumento não provido, porque as razões apresentadas na minuta não autorizam a reforma do despacho denegatório do seguimento do recurso de revista. (AIRR - 133600-72.2009.5.03.0106, 4ª T., Rel. Min. Fernando Eizo Ono, DJT 09 set 2011).

No caso apresentado, foi mantida a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que havia afastado a natureza remuneratória do plano de opções de compra de ação sob o fundamento de que a operação envolvia riscos, o que caracterizaria um contrato de natureza mercantil, conforme trecho abaixo:

Quanto à pretensão de reconhecimento da natureza salarial dos ‘*Stock Options*’, melhor sorte não assiste ao recorrente. É que, ainda que a sua concessão tenha decorrido do contrato de trabalho, trata-se, no caso, de típico contrato mercantil, o qual quase sempre envolve riscos, podendo o empregado, num tal contexto, auferir lucros ou não com a compra de ações, tudo a depender do mercado. Para o autor auferir algum benefício com o plano que se lhe ofertou, teria que pagar o preço estipulado, donde o seu caráter oneroso, a afastar a suposta natureza de contraprestação pelos seus serviços, além de inviabilizar a pretensão de reconhecimento da natureza de prêmio do plano de compra de ações.

Em outras oportunidades, o recurso não foi conhecido por ausência de demonstração da divergência¹² ou por ausência de fundamentação do recurso¹³, exigindo a análise da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Da mesma forma que o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho vêm entendendo pela natureza não salarial da outorga de opções de ação, conforme demonstram as ementas abaixo:

¹² AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA - PROGRAMA " *STOCK OPTIONS* ". DISPENSA OBSTATIVA. SÚMULA 296, I, DO TST. Não merece reparos a decisão monocrática por meio da qual se denegou seguimento ao recurso de embargos. Isso porque, no caso dos autos, o único aresto formalmente válido revela-se, de fato, imprestável ao fim colimado, visto não versar sobre hipótese em que o reclamante tenha sido dispensado sem justa causa, mas sobre caso de demissão voluntária. Incidência da Súmula 296, I, do TST. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR-E-ED-RR - 1328-50.2010.5.04.0010, S.I - EDI, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJe 25/11/2016). No mesmo sentido: AgR-E-ED-RR - 685-52.2010.5.02.0203, S.I - EDI, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJe 17 jun 2016.

¹³ Conforme exemplifica a ementa abaixo:

CÁLCULOS DA EXECUÇÃO. BÔNUS E *STOCK OPTIONS*. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO . A interposição de recurso de revista a decisões proferidas em execução de sentença vincula-se à demonstração de violação direta e inequívoca de preceito da Constituição da República. Se a parte não aponta violação de dispositivo constitucional, pressuposto específico de recorribilidade na fase de execução, resulta carente de fundamentação o apelo, à míngua do seu correto enquadramento, nos termos do artigo 896, § 2º, da CLT. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 29100-70.2005.5.01.0034, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 20 mar 2015)

RECURSO ORDINÁRIO. DAS *STOCK OPTIONS*. NATUREZA JURÍDICA. As *Stock Options* consubstanciam típico contrato mercantil e, nessa qualidade, são um -contrato de risco-. O auferimento de lucro, com a ulterior negociação das ações, é evento incerto, a depender das oscilações do mercado, circunstância que não se altera em virtude de as partes envolvidas na negociação serem empregado e empregador. A condenação ao pagamento de indenização por desvalorização das ações ou chancela o enriquecimento ilícito, na hipótese de o Autor ainda possuí-las, ou imputa, inadvertidamente, responsabilidade à Ré pela variação no mercado de ações. (TRT-1 - RO: 00003153020125010042 RJ, Data de Julgamento: 01/02/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: 18 fev 2016).

STOCK OPTIONS. NATUREZA NÃO SALARIAL. As *Stock Options* constituem um regime de compra ou de subscrição de ações e foram introduzidas na França em 1970, cujas novas regras encontram-se na Lei n. 420, de 2001. Esse regime permite que os empregados comprem ações da empresa em um determinado período e por preço ajustado previamente. Se o valor da ação ultrapassa o preço, o beneficiário obtém o lucro e, em conseqüência, duas alternativas lhe são oferecidas: revender de imediato a mais valia ou guardar os seus títulos e se tornar um empregado acionista. As *Stock Options* não representam, portanto, um complemento da remuneração, mas um meio de estimular o empregado a fazer coincidir seus interesses com os dos acionistas, não detendo, portanto, natureza salarial. (TRT-3 - RO: 00896200900903004 0089600-84.2009.5.03.0009, Relator: Alice Monteiro de Barros, Setima Turma, Data de Publicação: 17ago 2010).

PARCELA "*STOCK OPTIONS*". NATUREZA SALARIAL NÃO RECONHECIDA. Tem-se que o plano de compra de ações (*Stock Options*) apenas assegura ao empregado o direito de auferir os lucros ou ganho potencial, resultante da diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado da ação (o chamado spread) e, posteriormente, o direito à sua valorização e negociação futura, fatores que dependem da flutuação do mercado de ações, que pode ser ou não favorável. Embora a sua concessão tenha decorrido do contrato de trabalho, este se trata de um típico contrato mercantil, não havendo falar em natureza salarial da parcela. (TRT-4 - RO: 00205406620155040015, Rel. Ricardo Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 16 nov 2017, 3ª Turma).

Na mesma esteira do Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e da 15ª Região já se manifestaram no sentido de que, enquanto não passado o período de carência, as opções de ação geram mera expectativa de direito, conforme demonstram os trechos abaixo extraídos do inteiro teor dos acórdãos:

Por mais frustrante que seja para a autora, não há dúvidas de que a natureza da "*stock option*", no caso, é de mera expectativa de direito, não se tratando de ato jurídico perfeito. Não foi implementada a política de *Stock Options* pela ré, nada havendo a receber por tais títulos.

A ruptura do contrato de trabalho em período anterior à implementação do *Stock Options* não repercutiu em ofensa a direito da autora, pois a hipotética contratação de ações se revelava, no momento da contratação, mera expectativa de direitos. (TRT-2 10021907520165020001 SP, Relator: Eliane Aparecida Da Silva Pedroso, 9ª Turma - Data de Publicação: 19 abr 2018).

Assim, indevida a indenização referente às *stock options*. Diferentemente do que ocorre com o Prime Bônus e o LITP em que há vinculação exclusiva com a produtividade e o exercício fiscal, aqui nada é devido ao autor, eis que as *stock option* configuram mera expectativa de direito e devem seguir os critérios do contrato firmado com a administradora, tendo que ser observado o *vesting period*. A carência (*vesting*) é o prazo para obtenção do direito de exercício das opções. Antes disso o empregado detém mera expectativa. (TRT-15 - RO: 00129763820155150077 0012976-38.2015.5.15.0077, Relator: Edison dos Santos Pelegrini, 10ª Câmara, Data de Publicação: 13 jun 2018).

Interessante notar que, no julgado abaixo, foi analisada a possível utilização do plano de *stock options* para disfarçar a contraprestação pelo trabalho, concluindo, entretanto, que as características do plano comprovavam o contrário:

Ainda que se considere a alegada gratuidade do benefício, pois a autora afirma nada ter despendido para obter a opção de subscrever as 70 ações da empresa, este ajuste firmado entre as partes a esse respeito, em nada se assemelha com as verbas elencadas no parágrafo 1.º do artigo 457 da CLT.

Inobstante as alegações recursais noutro sentido, de modo algum é possível concluir que a empresa pretendeu usar esse ajuste "*Stock Options*" para disfarçar contraprestação pelo trabalho. Não se verifica que a concessão de ações estava vinculada ao desempenho da autora. (TRT-2 10005787220175020711 SP, Relator: SERGIO PINTO MARTINS, 18ª Turma - Cadeira 1, Data de Publicação: 18 abr 2018)

Pela análise das decisões acima colacionadas, verificamos que a natureza jurídica do contrato de opções de ação foi definida como um contrato mercantil desvinculado do contrato de trabalho.

Vejamus a seguir a jurisprudência no âmbito do direito tributário.

5.2 A jurisprudência no direito tributário em âmbito judicial

A jurisprudência no direito tributário em âmbito judicial ainda é bem insipiente. Localizamos apenas três acórdãos envolvendo a matéria, todos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, afastando a natureza remuneratória do plano.

No julgado cuja ementa segue abaixo parte-se da premissa de que a outorga de opções de ação decorre da relação de emprego, mas que o acréscimo patrimonial é gerado por uma relação mercantil, o que afasta a incidência da contribuição previdenciária:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - COTA PATRONAL - VERBAS INDENIZATÓRIAS - INEXIGIBILIDADE - VERBAS REMUNERATÓRIAS/SALÁRIAS - EXIGÍVEIS - RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE.

I - Regra geral: Integram o salário-contribuição previdenciário verbas de caráter remuneratório/salarial. "A contrario sensu" não incidem contribuição previdenciária sobre verbas de caráter indenizatório.

II - Assegurada a possibilidade de restituição ou compensação nos termos estabelecidos.

IV - Remessa necessária e apelações parcialmente providas. (Processo n. 0007172-79.2015.4.03.6100, 2ª T., Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, e-DJF: 06 abr 2017).

Do inteiro teor no acórdão referente à ementa acima extrai-se o seguinte trecho:

Stock options

Stock options consiste na possibilidade do empregado comprar ações da empresa em que ele trabalha, por valor prefixado em valor geralmente menor que o de mercado, após um período de carência estipulado previamente. Tal possibilidade decorre da relação de emprego existente entre a empresa e seus empregados, sugerindo a ocorrência de uma retribuição pelo trabalho.

No entanto, o acréscimo patrimonial percebido decorre de um contrato mercantil, não cuidando de uma remuneração pelo trabalho realizado pelo empregado, afastando a incidência da contribuição previdenciária estabelecida pelo art. 22, I, da Lei nº 8.212/91.

No julgado cuja ementa segue abaixo considera-se que a relação decorrente do programa de opções de compra de ação é distinta da relação de emprego e, conseqüentemente, não incide a contribuição previdenciária patronal:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. CPC, ART. 1.021. DECISÃO MONOCRÁTICA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPITIONS). NÃO INCIDÊNCIA.

1. Não há a alegada nulidade à míngua de demonstração de prejuízo. A decisão monocrática negou provimento à apelação, com fundamento em jurisprudência que admite tal pronunciamento do relator. Ademais, o agravo interno interposto devolve as alegações deduzidas na apelação para apreciação do órgão colegiado.

2. O Programa de Opção de Compra de Ações (*Stock Options*) praticado pela parte autora constitui relação jurídica distinta da relação de emprego, cuja adesão depende da voluntariedade dos empregados interessados em assumir o risco do mercado financeiro, não se traduzindo em espécie de contraprestação laboral.

3. Agravo interno não provido. (Processo n. 0021090-58.2012.4.03.6100, 5ª T., Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, e-DJF3 27 out 2016).

No mesmo sentido, no caso objeto da ementa abaixo, decidiu-se que a natureza do aumento do patrimônio do participante não é mercantil:

[...] XI - *Stock Options* correspondem à opção de compra futura de ações da empresa pelo empregado, por valor prefixado, em geral abaixo do preço de mercado, após período de carência previamente estipulado. O acréscimo patrimonial percebido a final decorre do contrato mercantil e não da remuneração pela força de trabalho do empregado, o que afasta a incidência

da contribuição previdenciária estabelecida pelo art. 22, I, da Lei nº 8.212/91. (Procuração n. 0017762-52.2014.4.03.6100, 2ª T., Rel. Des. Fed. Wilson Zauhy, e-DJF3 28 jul 2016.)

Portanto, ainda não é possível falar-se em uma jurisprudência consolidada em âmbito judicial e, nos poucos casos analisados, não se verifica uma análise aprofundada sobre o tema.

5.3 As decisões proferidas no direito tributário em âmbito administrativo

Verificaremos a seguir as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Nesses casos, as decisões analisam de forma mais aprofundada as características de cada plano e a possível influência delas na conclusão acerca da incidência ou não da contribuição previdenciária patronal.

Além disso, nos casos em que se concluiu pela natureza remuneratória do plano, foi identificada qual seria a base de cálculo e o critério temporal da contribuição previdenciária. Vejamos cada um desses casos e as particularidades dos planos criados pelas companhias.

4.3.1 O caso ALL

Trata-se de recurso voluntário interposto pela América Latina Logística S/A – “ALL”, nos autos do processo administrativo n. 10980.724031/2011-88, para reforma de acórdão que manteve o auto de infração lavrado para cobrança de contribuição social incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos.

Conforme consta do acórdão analisado, “o débito teve como origem o levantamento de contribuições previdenciárias sobre remunerações na forma de Opções de Compra de Ações (*Stock Options*)”.

Segue a ementa do acórdão:

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS - PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES - *STOCK OPTIONS* - NATUREZA SALARIAL - DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL - CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO. Em sua concepção original o stock option é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime de 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 inicialmente caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do

curso do contrato de trabalho. Em ocorrendo o desvirtuamento do *Stock Options* em sua concepção inicial, qual seja, mera operação mercantil, seja, pela concessão de empréstimos, possibilidade de venda antecipada, troca de planos, correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Na maneira como executado, passa o negócio a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o empregado a opção de GANHAR COM A COMPRA DAS AÇÕES; não fosse essa a intenção da empresa, por qual motivo a recorrente teria alterado os planos existentes em 2006 e 2007, permitido empréstimos cuja quitação dava-se pela venda de ações cujo totalidade do direito ainda não havia se integralizado ou recebimento de participação em lucros e resultados, em relação a contribuintes individuais. Correto o procedimento fiscal que efetivou o lançamento do ganho real, (diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado no momento da compra de ações.), considerando os vícios apontados pela autoridade fiscal. PLANO DE OPÇÃO PELA COMPRA DE AÇÕES - *STOCK OPTIONS* - PARA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR INDEPENDENTE SE AS AÇÕES FORAM VENDIDAS A TERCEIROS. Acredito que, no momento em que houve a outorga da opção de ações aos beneficiários ocorreu, sim, o fato gerador, mesmo que não tenha havido a efetiva venda, pois naquela oportunidade o mesmo integralizou a efetiva opção das ações sobre o preço de exercício, valor inferior naquela oportunidade ao preço de mercado, representando um ganho direto do trabalhador. (...) PLANOS ANTERIORES A 2004 - AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NO RELATÓRIO FISCAL DOS FUNDAMENTOS PARA DESCARACTERIZAÇÃO DOS PLANOS. Partindo do pressuposto de que os planos de opções de compra de ações (*Stock Options*) possuem natureza mercantil. Cabe a autoridade fiscal 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. Não comungo do entendimento de que a ausência de demonstração do desvirtuamento dos planos de opções de compra de ações (*Stock Options*) trate-se de mero vício formal, posto que caso a fiscalização não demonstre o efetivo desvirtuamento há de ser mantida a natureza mercantil dos referidos planos, que não se sujeitam à incidência de contribuições previdenciárias, o que acarreta a improcedência do lançamento. [...] (2ª Seção de Julgamento, Relatora: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Data de publicação: 22 jul 2014).

Tendo em vista que não tivemos acesso ao plano de outorga de opções de ação e tampouco ao contrato firmado entre a companhia e o empregado, nossa análise partirá dos dados extraídos do inteiro teor do acórdão.

Inicialmente, verifica-se que o plano de outorga de opção de ações era organizado por um comitê que analisava quem seriam os beneficiários, a quantidade de opções outorgadas a cada um deles, o valor e a forma de aquisição das ações.

A empresa instituiu os programas anualmente entre 1999 e 2010, com exceção de 2002 e 2004.

Ainda de acordo com o que consta do acórdão, o beneficiário deveria efetuar o

pagamento correspondente a 10% do valor das ações ao aceitar o programa de opção de compra de ações. O pagamento poderia ser feito por depósito em conta corrente ou ser retido em folha de pagamento.

Além disso, o beneficiário a qualquer momento poderia optar por efetuar o pagamento de 30% do preço do exercício e alienar imediatamente as ações por meio de corretora, recebendo 30% do valor da venda e o restante seria pago para a companhia.

Em 2007 e 2008, as ações tiveram valor de mercado inferior ao estipulado no plano, razão pela qual as opções foram canceladas pela Companhia e transferidas para o exercício seguinte (2009) a fim de evitar o prejuízo dos beneficiários.

A partir do acórdão que, em 2007, o preço de exercício das ações era de R\$ 21,00 e, em 2008, R\$ 20,00. O preço de exercício do plano de 2009 para o qual as opções foram transferidas era de R\$ 11,00.

Em 2010, o Plano apresentou preço de exercício de R\$ 0,01 cada, nos demais anos o valor foi compatível com o de mercado na data da outorga da opção.

Em cumprimento às normas instituídas pelo CPC 10, a empresa reconheceu despesas relativas aos serviços recebidos de empregados decorrentes de transações de pagamento baseadas em ações, somando R\$ 22.247.000,00 em 31 de dezembro de 2010 e R\$ 20.290.000,00 em 31 de dezembro de 2009. Não foi esclarecida a forma de apuração desses valores.

A base de cálculo foi apurada pela fiscalização como a diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado das ações. Foi considerado como critério temporal o momento do exercício das opções.

No acórdão analisado, foi reconhecido que, em regra, as *stock options* gera mera expectativa de ganho de natureza mercantil e, portanto, sem caráter salarial.

Nesse sentido, o acórdão entendeu que o fato do Pronunciamento Técnico Contábil CPC 10 utilizar o termo “remuneração” para tratar das opções outorgadas pelas companhias não pode servir de fundamento para identificar a natureza do pagamento.

Com esse argumento, o acórdão afastou a cobrança das contribuições previdenciárias com relação ao Plano instituído no ano calendário de 2004, em razão da fiscalização não ter apontado eventuais irregularidades, aplicando a regra geral de que o pagamento de *stock options* configura uma relação mercantil e incumbindo o ônus da prova para o fisco.

Com relação aos planos instituídos nos demais anos, acórdão analisado consignou que a forma de pagamento realizada pela companhia não estava em consonância com a concepção original do termo, pois constituía um benefício indireto para o trabalhador.

Conforme consta do acórdão analisado, o fator determinante para descaracterizar a natureza de *stock options* teria sido a ausência de risco do trabalhador pelos seguintes fundamentos:

- (i) Possibilidade de a companhia emprestar o valor correspondente a 10% das ações a serem adquiridas na data da assinatura do contrato de outorga de opções;
- (ii) Troca dos planos de 2006 e de 2007 e substituição dos lotes cancelados para o plano de 2009 em razão da desvantagem econômica naquele ano para os trabalhadores, o que demonstraria a intenção de que eles tivessem ganho com a operação;
- (iii) Interferência da empresa no plano para afastar risco e possibilidade de alienação das ações antes de ter integralizado.

Além disso, levou-se em consideração a existência de metas e a relevância do desempenho individual para que o trabalhador fosse elegível ao seu recebimento.

Por fim, concluiu-se que o ganho ocorreu no momento da outorga do plano, ainda que as ações só pudessem ser vendidas depois, e a base de cálculo seria o valor correspondente à diferença entre o preço de exercício e o seu valor de mercado no momento da outorga.

5.3.2 Caso Cosan

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Cosan S/A Indústria e Comércio – “Cosan”, nos autos do processo administrativo n. 15889.000245/201046, decorrente de auto de infração lavrado para cobrança de contribuição social incidente sobre verbas pagas a empregados por meio do plano de opções de compra de ações, conforme trecho abaixo do acórdão:

Trata-se de Auto de Infração nº 37.297.9815, o qual exige contribuições previdenciárias a cargo da empresa, incidente sobre os valores negociados nas operações de compra de ações pelos executivos da Recorrente, por meio de Plano de Opção de Compra de Ações (“*stock options*”), caracterizados como remuneração diferida paga a contribuintes individuais, durante o período de nov 2006 a dez 2009.

Confira-se a ementa:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PARCELA INTEGRANTE. REMUNERAÇÃO. *STOCK OPTIONS*. INTEGRAÇÃO. Salário de Contribuição, para o contribuinte individual, é a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês. No presente caso a concessão de

Stock Options aos segurados contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo devem integrar o salário de contribuição, pois foram concedidos pelo trabalho do segurado, integraram-se ao patrimônio do segurado e não podem ser conceituados como oriundos de negócio mercantil, pois ausente risco. MULTA. RETROATIVIDADE Incide na espécie a retroatividade prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 35 caput da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 (CARF - 2ª Seção de Julgamento, Relator: Adriano Gonzales Silverio, Data do Julgamento: 20 jun 2013).

Segundo o acórdão, a Fiscalização considerou que a companhia outorgou as opções aos seus executivos a título gratuito em 22.09.2005, estipulando previamente que o valor para aquisição das ações (preço de exercício) seria de R\$ 6,11.

Os executivos subscreveram e integralizaram essas ações em 2007 e 2009.

A Fiscalização entendeu que a remuneração corresponde à diferença entre o valor das ações e o valor de mercado na data da subscrição e integralização das ações.

Analisando o caso, o CARF concluiu pela natureza remuneratória desse valor pelos seguintes fundamentos:

- (i) As regras aplicáveis ao mercado de opções não foram seguidas, já que as opções foram concedidas a título gratuito;
- (ii) O fato do valor previamente estipulado das ações para aquisição pelos executivos na data de vencimento ser inferior ao valor de mercado das ações na data da outorga evidenciaria ganho, pois as empresas de capital aberto não têm como meta a perda do valor de suas ações.

Ao final, manteve a autuação, considerando como remuneração o valor correspondente à diferença entre o valor de aquisição das ações e o valor de mercado no momento do exercício.

5.3.3 Caso Gafisa

Trata-se de recurso voluntário interposto pela companhia Gafisa S/A – “Gafisa” nos autos do processo administrativo n. 16561.720198/2012-78.

O objeto do recurso analisado foi a incidência de contribuição previdenciária e de GIIL-RAT sobre o ganho relativo à “diferença entre o Valor das Contribuições para Aquisição das Ações estipulado nos contratos e o Valor de Mercado das Ações na data da liquidação financeira das referidas Contribuições para Aquisição das Ações”.

Confira-se a ementa:

STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. VANTAGENS OBTIDAS NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA REMUNERATÓRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. As vantagens econômicas oferecidas aos empregados da empresa na aquisição de lotes de ações próprias, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando, portanto, natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição - base de cálculo das contribuições previdenciárias [...] (2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara, da 2ª Seção, Publicado em 21 jan 2015.).

Segundo consta no referido acórdão, o relatório de fiscalização considerou como a data da ocorrência do fato gerador a data em que houve o exercício das opções.

Consta no acórdão analisado que o plano visava reter profissionais e, para tanto, previa critérios para escolha dos beneficiários que constituía no desempenho individual e no atingimento de metas.

Segundo o acórdão, foram considerados os documentos de gestão emitidos pela empresa nos quais consta que a política de remuneração de executivos concentrava parcela significativa na utilização dos planos de opções.

Nos termos do acórdão, o plano oferecido pela companhia obedecia à seguinte ordem:

- (i) A fase preliminar constituía na seleção dos empregados que participariam do plano pelo “Comitê de Remuneração”;
- (ii) O empregado beneficiário incorporava, anualmente, o direito à aquisição de lotes de ações, de maneira que, ao término de alguns anos, tinha o direito à aquisição de todas as ações que lhe foram outorgadas no plano;
- (iii) Após adquirido tal direito, o beneficiário possui um prazo para efetuar as respectivas contribuições e adquirir as ações;
- (iv) As ações não eram entregues imediatamente, mas apenas após o cumprimento de determinados prazos e situações não mencionados no acórdão;
- (v) O beneficiário só podia ceder, transferir ou alienar as ações após a sua entrega efetiva.

Afastou-se a natureza mercantil das *stock options* no caso analisado sob o fundamento de que as opções não foram oferecidas nas mesmas condições a toda sociedade, pois, se um investidor quisesse adquirir essas opções teria que pagar o seu valor de mercado.

A fiscalização considerou como remuneração para fins de cobrança da contribuição social a diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pelo qual elas foram adquiridas pelos beneficiários do plano (preço de exercício).

Concluiu o relator que o nascimento da obrigação tributária ocorreu no momento do efetivo exercício da opção, acompanhado do pagamento das ações, pois, até então, o empregado possuía apenas a faculdade de adquirir os lotes de ações que lhes foram destinados pela Companhia.

Em 24/05/2017, o caso voltou a ser julgado pelo CARF¹⁴, dessa vez pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, última instância do Tribunal Administrativo.

A Corte manteve a autuação pelo voto de qualidade do presidente com fundamento nas mesmas razões do acórdão recorrido, acrescentando ainda que o valor recebido com a venda das ações era parte do pacote de remuneração dos executivos.

5.3.4 O caso Sadia

Trata-se de recurso voluntário interposto pela Sadia S/A nos autos do processo administrativo n. 10925.723207/2011-49 decorrente de auto de infração lavrado para cobrança da contribuição social instituída pelo artigo 22, I, da Lei 8.212/91.

A fiscalização considerou como remuneração a diferença entre o valor de compra das ações e o valor de mercado no dia da compra.

Confira-se a ementa:

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

Nos casos de opção de compra de ações das empregadoras pelos empregados ou diretores sem apoio financeiro daquelas, mediante preço representativo ao de mercado, não considera-se remuneração, nem fato gerador de contribuições previdenciárias, pois representam apenas um ato negocial da esfera civil/empresarial. [...] (2803-03.815 – 3ª Turma Especial – Sessão de julgamento de 05 nov 2014).

Conforme consta do acórdão analisado, o crédito tributário foi cancelado sob o fundamento de que as ações adquiridas não se enquadravam no conceito de remuneração pelo trabalho.

¹⁴ OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. *STOCK OPTIONS*.

Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações, caracterizam-se como remuneração, constituindo-se, assim, em fato gerador das contribuições previdenciárias. (Acórdão n. 9202005.470 – 2ª Turma – CSRF.)

Para tanto, considerou-se que o plano não poderia ser descaracterizado por se tratar de “uma forma clássica de *stock option*”. Isso porque o beneficiário efetivamente pagava pelas ações adquiridas após a data de vencimento e o valor da ação não era prefixado.

Nesse caso, o valor era obtido pela média da apuração do valor de mercado de três sessões da Bolsa de Valores de São Paulo anteriores a opção, o que, segundo o acórdão, mostra-se razoável.

5.3.5 O caso Anhanguera

Trata-se de recurso voluntário interposto pela Anhanguera Educacional Participações S/A – “Anhanguera” nos autos do processo administrativo n. 10830.720566/2012-84 para reforma de decisão que manteve a cobrança da contribuição previdenciária sobre “*a remuneração baseada em ações*”.

Confira-se a ementa abaixo:

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES – *STOCK OPTIONS*; A) RELATO DO PRESENTE CONTRATO; B) NATUREZA JURÍDICA DAS OPÇÕES DE COMPRA DAS AÇÕES; C) DEFINIÇÃO DE *STOCK OPTIONS*; D) DESCARACTERIZAÇÃO DO *STOCK OPTIONS* COMO REMUNERAÇÃO – NATUREZA MERAMENTE MERCANTIL; E) ANÁLISE DO CONTRATO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES; F) AUSÊNCIA DO ASPECTO TEMPORAL E MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

Contrato de opção de compra de ações firmado com pessoa física que envolve o seu trabalho tem o caráter mercantil cível ou trabalhista, dependendo de suas características.

No caso em tela o contrato celebrado entre a Recorrente e o Beneficiário indicado, ficou comprovado que para exercer o direito de opção de compra de ações só pode ser exercido enquanto o Beneficiário mantiver vínculo empregatício, ou seja, uma condição sem a qual não (*conditio sine qua non*) existe o direito de compra de ações.

Contrato em que não há risco para a Recorrente na relação, ficando tão somente ao trabalhador que presta seu serviço em troca de um possível ganho de capital, o que fere a relação frontalmente, à medida que não há equidade nela.

No presente caso há traços marcantes da subordinação, dependência e controle, que determinam a relação de contrato de trabalho ao simples fato de a Recorrente estabelecer no contrato que a opção de compra somente poderá ser exercida pelo empregado/beneficiário enquanto este prestar serviços a ela e ou a Companhia. (Acórdão n. 2301-004.138 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, sessão de 10 set 2014).

No caso analisado, o acórdão entendeu pela natureza remuneratória do plano apenas em razão de ele exigir a manutenção do vínculo empregatício até a data de vencimento para aproveitamento do benefício.

Não ficou claro no acórdão qual base de cálculo foi considerada para autuação fiscal.

5.3.6 O caso GVT

Trata-se de recurso voluntário interposto nos autos do processo administrativo n. 11624.720211/2012-93 pela Global Village Telecom Ltda. - “GVT” visando o cancelamento de débito de contribuição previdenciária incidente sobre as verbas pagas por meio do plano de opções de compra de ação da companhia Holding, a GVT S/A.

Confira-se a ementa:

PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES (*STOCK OPTIONS PLAN*). NATUREZA SALARIAL. DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL. CARACTERÍSTICAS PLANOS AFASTAM O RISCO.

Na concepção conceitual, a opção para compra de ações (“*Stock Options*”) é mera expectativa de direito do trabalhador, consistindo em um regime de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos segurados contribuintes individuais ou empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento na medida que o sucesso da empresa implica também valorização das ações no mercado, não tendo inicialmente caráter salarial e possuindo natureza de contrato mercantil, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso do contrato de trabalho.

Ocorrendo o desvirtuamento do “*Stock Options*” em sua concepção de mero contrato mercantil, seja pela correlação com o desempenho para manutenção de talentos no quadro funcional, seja pela intenção de afastar (ou minimizar) os riscos atribuídos ao próprio negócio, ficará configurada uma remuneração indireta na forma de salário utilidade.

Está em conformidade com a legislação tributária e previdenciária o procedimento fiscal que efetivou o lançamento do ganho real, obtido pela diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado no momento da compra das ações.

PLANO DE OPÇÃO PELA COMPRA DE AÇÕES (*STOCK OPTIONS PLAN*). PARA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR INDEPENDENTE SE AS AÇÕES FORAM VENDIDAS A TERCEIROS.

No momento em que houve a outorga da opção de ações aos beneficiários, ocorreu a transferência da titularidade das ações e o fato gerador da contribuição previdenciária, ainda que não tenha havido a efetiva venda a terceiros, pois naquela oportunidade o mesmo integralizou a efetiva opção das ações sobre o preço de exercício com o valor inferior ao preço de mercado, representando um ganho direto para os segurados empregados e contribuintes individuais. (Acórdão n. 2402004.481 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 20 jan 2015)

O acórdão analisado define que os contratos de opções de ação, para terem natureza mercantil, devem implicar nos seguintes riscos (i) riscos operacionais, evidenciados pelos riscos de mercado, decorrentes da flutuação do preço das ações, bem como do risco de liquidez das ações, relacionado à dificuldade em se conseguir encontrar compradores para as ações adquiridas; (ii) risco envolvendo operações em derivativos dos contratos futuros; e (iii) riscos envolvendo operações a termo.

Partindo dessa premissa, a autuação fiscal foi mantida, tendo em vista que, no caso analisado, (i) o plano de opções de ação não foi oferecido para o público em geral, (ii) o beneficiário somente poderia exercer o seu direito se não fosse desligado da companhia até a data de vencimento; (iii) não havia liberalidade no plano, todas as condições eram impostas pela companhia empregadora; e (iv) o preço de exercício da opção era inferior ao preço de mercado.

5.3.7 Caso Renner

Trata-se de acórdão que julgou o recurso voluntário interposto por Lojas Renner S/A, nos autos do processo administrativo n. 11080.732476/2013-18, cuja ementa segue abaixo:

“[...] PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. RETRIBUIÇÃO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. Sobre a retribuição pela prestação de serviços na forma de salário-utilidade, representado pelo ativo financeiro opções de ações, conferidas a diretores e empregados da pessoa jurídica, incidem as contribuições previdenciárias previstas na legislação de regência. PLANOS DE *STOCK OPTIONS*. MOMENTO DO FATO GERADOR. Caso os ganhos com os planos de "*Stock Options*" sejam tomados como remuneração, consideram-se ocorridos os fatos geradores na data em que o beneficiário possa dispor das ações sem restrição. Segundo consta do acórdão, no qual a fiscalização entendeu pela cobrança das contribuições previdenciárias. [...] (Acórdão n. 2402-005.346 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária - Sessão de 15 jun 2016).

Analisando as diferenças entre as opções de ação utilizadas para captação de recursos pelas companhias e as opções de ação utilizadas no contrato de trabalho, o acórdão define que:

Os planos de opções de ações disponibilizados por empresas aos seus empregados e colaboradores, possuem, de uma maneira geral, ínsito caráter remuneratório e não de ‘operação mercantil’, tratando-se na verdade de retribuição disponibilizada, interna corporis, em razão de vínculo de prestação de serviços contratualmente estabelecido.

Partindo dessa premissa, conclui pela incidência da contribuição previdenciária sobre a diferença entre o valor de mercado e o preço de exercício no momento em que foi encerrado o período de carência.

Nesse passo, entende que o momento da incidência da contribuição previdenciária é aquele em que encerrado o período de carência, afastando o entendimento da fiscalização segundo o qual a incidência se daria no momento do exercício das opções.

Diante de tal divergência e considerando que o encerramento do período de carência ocorreu antes do exercício das opções, o acórdão cancelou parte da cobrança, reconhecendo que estaria extinto o crédito tributário pela decadência.

5.3.8 Caso Hering

Trata-se de acórdão que julgou o recurso voluntário interposto pela Cia. Hering nos autos do Processo Administrativo n. 13971.723247/2014-76 cuja ementa segue abaixo:

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. *STOCK OPTIONS*. REMUNERAÇÃO A UMA PARCELA DE TRABALHADORES DA EMPRESA. FATO GERADOR DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Os pagamentos efetuados a uma parcela dos trabalhadores da empresa, por meio de plano de opção de compra de ações, como forma de retribuição pelo trabalho, caracterizam-se como remuneração e se constituem em fato gerador da contribuição previdenciária. (2202003.741 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 16 mar 2016).

Pela leitura do acórdão, verifica-se que o Tribunal Administrativo entendeu pela natureza remuneratória do plano de opções de ação pelo fundamento principal de que ele não acarreta riscos para o beneficiário, pois o valor do prêmio é arcado pela companhia, ou seja, não há nenhum desembolso pelo empregado.

Além disso, no caso analisado, o Conselho de Administração podia minimizar eventuais perdas, alterando o período para o exercício das opções, bem como modificação às condições dos regulamentos e contratos de adesão a “fim de que os direitos dos beneficiários não sejam prejudicados”, nos termos do acórdão analisado.

Diante disso, foi mantida a cobrança com a incidência da contribuição previdenciária sobre a diferença entre o valor de exercício da opção e o valor de mercado na data do exercício.

5.3.9 Caso Tarpon

Trata-se de recurso voluntário interposto pela Tarpon Investimentos S/A nos autos do

processo administrativo n. 16327.720281/2014-81 cuja ementa segue abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES *STOCK OPTIONS*. NATUREZA SALARIAL. DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL. CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO.

Ocorrendo o desvirtuamento do *Stock Options* em sua concepção inicial, tanto pela adoção de política remuneratória na forma de outorga de ações quanto pela correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Na maneira como executado o Plano, com a minimização do risco, passa a outorga de ações a representar a verdadeira intenção de ter o trabalhador a opção de ganhar com a compra das ações.

As vantagens econômicas oferecidas aos segurados na aquisição de lotes de ações da empresa, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do segurado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição base de cálculo das contribuições previdenciárias.

PLANO DE OPÇÃO PELA COMPRA DE AÇÕES *STOCK OPTIONS*. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

O fato gerador ocorre (aspecto temporal), na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito de compra em relação às ações que lhe foram outorgadas. Não há como atribuir ganho se não demonstrado o efetivo exercício do direito sobre as ações.

PLANO DE OPÇÃO PELA COMPRA DE AÇÕES *STOCK OPTIONS*. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO PELA INDEVIDA INDICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo é uma ordem de grandeza própria do aspecto quantitativo do fato gerador. O ganho patrimonial, no caso, há que ser apurado na data do exercício das opções e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário. O ganho patrimonial do trabalhador se realiza nas vantagens econômicas que aufera quando comparadas com as condições de aquisição concedidas ao investidor comum que compra idêntico título no mercado de valores mobiliários. Precedente: Acórdão 2302003.536 2ªTO/3ª CÂM/2ª SEJUL/CARF.

Sendo declarada a improcedência do lançamento, em face de vício na indicação da base de cálculo eleita, desnecessário apreciar as demais alegações do recorrente, no que tange a nulidades. (Acórdão n. 2301004.973 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 04 abr 2017).

Como se verifica pela leitura da ementa, foi definido que o plano possuía natureza remuneratória em razão da minimização dos riscos.

Analisando o inteiro teor do acórdão, contudo, verifica-se que o fundamento da decisão foi o de que o plano de outorga de compra de ações da empresa possui natureza remuneratória por “ter como objetivo primordial atrair e manter determinados vínculos

laborais, retribuindo o trabalho prestado e a fidelidade à empresa”, o que implica na incidência da contribuição previdenciária, conforme trechos do inteiro teor do acórdão analisado.

Não obstante tal conclusão, a autuação foi cancelada porque a base de cálculo apurada pela fiscalização foi o custo das opções, apurado na data da outorga, para fins de dedutibilidade da despesa.

A base de cálculo, contudo, deveria ser a diferença entre o valor desembolsado pelo participante do plano e o valor da ação no mercado no momento do exercício da opção. Em decorrência, o auto de infração foi anulado.

5.3.10 Caso Natura

Trata-se de recurso voluntário interposto por Natura Cosmético S/A nos autos do processo administrativo n. 19311.720425/2014-67 cuja ementa segue abaixo:

STOCK OPTIONS. OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. ATIVO ECONÔMICO OFERTADO. CARÁTER REMUNERATÓRIO. CONTRAPRESTAÇÃO PELO TRABALHO.

Os planos de "*Stock Options*" concedidos pela empresa, avaliados no caso concreto, revelam a existência de uma relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço pelo beneficiário. O ativo econômico proporcionado ao trabalhador pela empresa são as opções de compra de ações, e não as ações subjacentes a essas operações.

Por um lado, a empresa oferece uma vantagem ao trabalhador de outro, o beneficiário deve continuar vinculado à contratante, prestando serviços pelo lapso de tempo mínimo estabelecido, denominado de período de carência ou "vesting", até adquirir o direito ao exercício das opções de compra das ações. No que tange às opções de compra de ações, há ausência de risco e onerosidade para o prestador de serviço.

STOCK OPTIONS. OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. EXERCÍCIO DO DIREITO. FATO GERADOR. ASPECTO TEMPORAL. BASE DE CÁLCULO.

Apura-se a base de cálculo na data do exercício do direito de compra das ações, quando aperfeiçoa-se o fato gerador pela vantagem econômica, consistente na remuneração sob a forma de utilidade, oriunda da aquisição das ações. (Acórdão n. 2401004.861 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 06 jun 2017).

Pela análise do inteiro teor do acórdão, verifica-se que foi reconhecido que a vantagem recebida pelo empregado são as opções outorgadas de forma gratuita e não as ações. Diante disso, afastou-se a natureza mercantil, pois não há risco ou onerosidade para o empregado.

A base de cálculo foi apurada na data do exercício de compra das ações pela diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado das opções na data da venda.

5.4 Síntese da jurisprudência trabalhista e tributária

Pela análise dos julgados acima, verificamos que a jurisprudência da justiça do trabalho segue firme com relação à natureza mercantil dos planos de opções de compra de ação.

Ainda que não se possa contar com uma jurisprudência no direito tributário em âmbito judicial, é constatar que os três julgados analisados, todos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, possuem entendimento no sentido de que a natureza do acréscimo patrimonial auferido pelo participante é mercantil e, portanto, sobre ele não incide a contribuição previdenciária patronal.

Por outro lado, a jurisprudência no direito tributário em âmbito administrativo, ou seja, as decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, embora bastante cambiante, vêm caminhando para definir que se trata de uma operação de natureza remuneratória que enseja a incidência da contribuição previdenciária.

Como já vimos no capítulo 03 da presente dissertação, a perspectiva do direito do trabalho é diferente da perspectiva do direito previdenciário. Enquanto no primeiro caso a remuneração é a retribuição ao trabalho prestado pelo obreiro, no segundo, ela é o parâmetro que servirá como base para a prestação previdenciária.

Assim, no direito previdenciário, há a preocupação de que a remuneração seja substituída pelo benefício previdenciário, o que não ocorre no direito do trabalho.

Nesse sentido, parece-nos que a jurisprudência em âmbito trabalhista, na ausência de legislação específica sobre o assunto, entende pela natureza não salarial, o que acaba por estimular a utilização do instituto no mercado de trabalho.

Nesse passo, deve-se considerar que a outorga de opções de ação pelas companhias visam o aumento da renda do empregado, o que justifica que a justiça do trabalho estimule a sua utilização.

Por outro lado, verifica-se que os acórdãos analisam apenas uma parte do que os empregados e administradores efetivamente recebem com a outorga de opções de ações pela companhia.

Com efeito, as decisões confirmam que a variação a qual estão sujeitas as ações depende apenas do mercado e, portanto, não podem ter natureza salarial, mas mercantil. Elas não consideram que o próprio contrato de opções de ação é considerado um ativo que possui um valor, ainda que atrelado ao da ação.

Verifica-se, portanto, que as decisões confundem o derivativo – opção de compra da ação – com o próprio ativo – a ação - e consideram, para determinar a natureza do instituto, apenas o valor recebido pela venda do ativo.

Tanto é assim que apontam que a outorga de opções de ação não poderia ter natureza salarial porque envolve risco, permitindo que o empregado tenha perda.

Como já vimos, nos planos de outorga de opção de ações, essas opções são cedidas gratuitamente pelo empregador e, portanto, não podem acarretar perda para o seu detentor, já que não constitui uma obrigação, mas apenas um direito à aquisição de ação.

Ou seja, se na data de vencimento o valor da ação no mercado for menor do que o preço de exercício, o detentor não exercerá o seu direito e perderá apenas o valor da opção. Como a opção é cedida gratuitamente pelas companhias empregadoras, não há qualquer risco para o empregado.

A análise da natureza jurídica da outorga de opções de ação - e não da variação da própria ação - no âmbito do contrato de trabalho ainda não foi apreciada pela justiça trabalhista.

Por outro lado, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ainda é bem divergente entre si, pois, mesmo quando concordam pela natureza remuneratória do plano, há divergência quanto ao fundamento utilizado.

Nessa linha, percebe-se que os precedentes no âmbito da jurisprudência administrativa tributária têm se atentado para as particularidades de cada plano para decidir pela natureza de remuneração ou não dos benefícios financeiros auferidos pelos participantes.

No caso Cosan, os julgadores entenderam pela natureza remuneratória do plano em razão das opções de ação serem concedidas gratuitamente.

Nos casos Gafisa, GVT e Hering, além do fato de as opções terem sido concedidas de forma gratuita, também se considerou que elas não foram outorgadas para o público em geral, concluindo-se pela natureza remuneratória do plano.

No caso GVT, além desse fundamento, a natureza remuneratória do plano fundamentou-se na exigência de manutenção do vínculo empregatício até a data de vencimento. No caso Anhanguera, essa exigência foi considerada para se concluir pela natureza remuneratória do plano.

Por outro lado, no caso Sadia, foi afastada a natureza remuneratória, mesmo considerando a gratuidade das opções de ação recebidas pelos empregados e o fato de o valor de mercado ser determinado por uma média.

Interessante notar que, no caso Tarpon, embora tenha sido reconhecida a natureza remuneratória do plano, nesse caso, a autuação foi cancelada em razão de a fiscalização ter utilizado como base de cálculo o valor das opções de ação, enquanto, no entendimento exarado no acórdão, deveria utilizar a diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado no momento do vencimento.

Por fim, no caso Natura, afastou-se a natureza mercantil do plano por reconhecer que o empregado recebe opções de ação e não ações. A base de cálculo foi definida como a diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado no momento da venda das ações pelo beneficiário.

6 A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE OPÇÕES DE AÇÃO

Verificamos no capítulo anterior que a jurisprudência trabalhista, em geral, diverge da jurisprudência tributária, não apenas pela conclusão, mas também pelo fundamento.

O motivo da divergência, parece-nos, está relacionada também com a própria natureza jurídica do instituto.

Portanto, para analisarmos a possível incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a outorga de opções de ação pela companhia aos empregados, faz-se necessária a identificação da sua natureza jurídica.

Buscaremos uma definição na legislação societária, contábil e fiscal e, diante da ausência de uma norma específica para tratar do instituto em âmbito trabalhista e tributário, analisaremos as posições doutrinárias acerca do assunto.

6.1 Análise da legislação societária

A legislação societária define que a natureza das opções de ação é de contrato e não de título, pois o artigo 157, §1º, alínea b, da Lei n. 6.404/76 refere-se a “opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido [...]”.

O artigo está em consonância com a realidade, pois considera que surge o título - a ação - quando do efetivo exercício da opção pela sua aquisição.

Além disso, na prática, também se verifica a natureza contratual do instituto, já que, como já vimos, é firmado um contrato entre a companhia e o beneficiário do plano instituído. Importante constatar que a legislação societária trata da outorga de opções de ação pela companhia aos empregados no artigo 168, §3º, da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações). Conforme lemos no:

Art. 168. O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária.

§ 1º A autorização deverá especificar:

- a) o limite de aumento, em valor do capital ou em número de ações, e as espécies e classes das ações que poderão ser emitidas;
- b) o órgão competente para deliberar sobre as emissões, que poderá ser a assembleia-geral ou o conselho de administração;
- c) as condições a que estiverem sujeitas as emissões;
- d) os casos ou as condições em que os acionistas terão direito de preferência para subscrição, ou de inexistência desse direito (artigo 172).

§ 2º O limite de autorização, quando fixado em valor do capital social, será anualmente corrigido pela assembleia-geral ordinária, com base nos mesmos índices adotados na correção do capital social.

§ 3º O estatuto 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.

Verificamos que as opções de ação podem ser utilizadas como pagamento de administradores, empregados ou pessoas que prestem serviço à companhia ou sociedade sob seu controle. Para tanto, é necessário haver previsão expressa do estatuto, fundamentada em um plano pré-aprovado pela assembleia geral.

Conforme lição de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (2009), essa exigência se justifica em razão do artigo 171, §3º da mesma lei afastar o direito de preferência dos acionistas para as ações emitidas em razão do exercício de opções de ação.

Para o autor, não se trata de uma exceção, mas apenas a realização do que já foi decidido na assembleia geral (FRANÇA; AZEVEDO, 2009, p. 247).

A Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/76) dispõe acerca das opções de ação também no artigo 166, III e §2º, abaixo transcrito:

Art. 166. O capital social pode ser aumentado: [...]

III - por conversão, em ações, de debêntures ou parte beneficiárias e pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição, ou de opção de compra de ações;

§ 1º Dentro dos 30 (trinta) dias subseqüentes à efetivação do aumento, a companhia requererá ao registro do comércio a sua averbação, nos casos dos números I a III, ou o arquivamento da ata da assembleia de reforma do estatuto, no caso do número IV.

§ 2º O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá, salvo nos casos do número III, ser obrigatoriamente ouvido antes da deliberação sobre o aumento de capital.

Da mesma forma que ocorre com o direito de preferência dos acionistas para a aquisição de novas ações emitidas em decorrência do exercício de opções, a não exigência que o conselho fiscal seja ouvido antes da deliberação sobre o aumento de capital decorre do fato de que o capital já está autorizado.

Com efeito, nesses casos, o estatuto social não será reformado, pois esse aumento já se encontra no limite permitido pela lei e fixado pelo estatuto para que essas sociedades aumentem o seu capital sem que haja reforma estatutária.

Importante destacar que as opções de ação não se confundem com os bônus de subscrição, os quais podem ser adquiridos por qualquer pessoa – e não apenas pelos empregados, administradores e prestadores de serviços, como ocorre com as opções - e encontram previsão legal nos artigos 75 a 79 da Lei 6.404/76.

Fran Martins (2010) destaca a confusão entre os institutos constante da exposição de motivos do artigo supratranscrito:

Não tem razão a Exposição de Motivos quando diz que ‘o §3º do art. 169 (atualmente 168) reproduz norma do art. 48 da Lei nº 4.728, que regula opção contratual para subscrição de ações, outorgada a administradores, empregados, ou pessoas que prestem serviços à companhia. (MARTINS, F., 2010, p. 642).

Portanto, analisando a legislação societária, conclui-se que as opções de ação possuem natureza contratual e não se confundem com o bônus de subscrição.

Importante destacar, ainda, que o artigo 177, §5º da Lei 6.404/76 sofreu alteração pela Lei 11.638/07 para determinar a convergência das normas contábeis brasileiras com as normas internacionais com relação à divulgação e escrituração:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência. [...]

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados.

§ 5º As normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários a que se refere o § 3º deste artigo deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007).

A edição dessas normas contábeis ficou a cargo do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC, criado pela Resolução CFC nº 1.055/05, a qual lhe atribuiu o seguinte objetivo

O estudo, o preparo e a emissão de Pronunciamentos Técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais. (COMITE DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS, 2018)

Especificamente com relação às opções de ação, em 2008, foi editado o CPC 10, elaborado a partir da norma internacional IFRS 2 – *Shared-based Payment*.

A referida norma será objeto de nossa análise em um capítulo específico.

Ainda com relação à legislação societária, importante mencionar que os valores mobiliários estão sujeitos à regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, de acordo com o artigo 2º, da Lei 6.385/76 já analisado em capítulo anterior. Contudo, no caso de opções de ação outorgadas pelas companhias aos seus empregados, a operação não está sujeita à regulamentação da entidade, conforme dispõe o artigo 2º c/c com artigo 3º, §1º da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários n. 400/2003. Apresentado na citação abaixo:

Art. 2º Toda oferta pública de distribuição de valores mobiliários nos mercados primário e secundário, no território brasileiro, dirigida a pessoas naturais, jurídicas, fundo ou universalidade de direitos, residentes, domiciliados ou constituídos no Brasil, deverá ser submetida previamente a registro na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, nos termos desta Instrução. [...]

Art. 3º São atos de distribuição pública a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, de que conste qualquer um dos seguintes elementos:

§1º Para efeito desta Instrução, considera-se como público em geral uma classe, categoria ou grupo de pessoas, ainda que individualizadas nesta qualidade, ressalvados aqueles que tenham prévia relação comercial, creditícia, societária ou trabalhista, estreita e habitual, com a emissora.

Isso porque as opções de ação, outorgadas pelas companhias a seus empregados e administradores, configuram um instituto específico cuja natureza se afasta de um valor mobiliário, pois se restringe às relações internas da sociedade, conforme ensina José Edwaldo Tavares Borba (2012, p. 340-341):

[...] Houve, portanto, uma indicação clara do legislador no sentido de demonstrar a especificidade desse instituto. A opção não é um valor mobiliário, não se destina à circulação, não se coloca no âmbito das relações externas da companhia. [...]

A opção intransmissível, salvo por sucessão hereditária, configura, porém, a toda evidência, um direito contratual de subscrição de ações, conferido no âmbito interno da sociedade, o que lhe retira, por inteiro, qualquer conotação com valores mobiliários ou qualquer outro instrumento de circulação de valores.

Portanto, quando se tratar de outorga de opções de ação a empregados, a operação não estará sujeita à regulamentação pela CVM e pode ser feita segundo termos acordados entre as partes relacionadas (sociedade e empregados).

6.2 Legislação contábil e fiscal

Para fins contábeis, as opções de ação, mesmo aquelas disponibilizadas para o mercado visando à captação de recursos para a companhia, possuem natureza de instrumentos patrimoniais que devem ser reconhecidos nas reservas de capital, no Patrimônio Líquido. É como ensinam Iudícibus, Martins, Gelbcke e Santos (2010, p. 364):

Essa conta é, conceitualmente, mais próxima de uma Reserva de Capital do que de uma Reserva de Lucro. Por isso, deve ser apresentada juntamente com as Reservas de Capital ou, então, em separado, apesar da não previsão legal.

Os autores ainda explicam que não há previsão legal expressa acerca do registro contábil das opções de ação e que, portanto, deve-se buscar uma definição nas normas internacionais, conforme determina o já mencionado artigo 177, §5º da Lei 6.404/76 que impôs a convergência das regras contábeis.

Nesse sentido, foi editado o Pronunciamento contábil – CPC 10 (R1) com o objetivo de “estabelecer procedimentos para reconhecimento e divulgação, nas demonstrações contábeis, das transações com pagamento baseado em ações.”

A norma é aplicada a todas as transações com pagamento baseado em ações, ou seja, operações em que a companhia recebe produtos e serviços cujo pagamento será baseado nas ações.

Esses pagamentos podem ser liquidados tanto com instrumentos patrimoniais (ações) como com outros ativos, como caixa. Além disso, a norma também se aplica às transações nas quais a liquidação é feita por outra entidade do grupo no interesse da entidade que recebe os produtos ou serviços.

A regra geral para o reconhecimento das opções outorgadas é a de que a companhia deve registrar o ativo pelo valor correspondente aos produtos ou aos serviços no momento em que ela obtiver os produtos ou na medida em que o serviço for prestado. Em contrapartida, a companhia deverá reconhecer o mesmo valor no patrimônio líquido, se a transação for liquidada com ações, ou em conta do passivo, se for liquidada em caixa ou outro ativo.

No caso das opções de ação outorgadas aos empregados ou administradores, a norma técnica reconhece que o valor justo do serviço prestado não pode ser mensurado com confiabilidade.

Isso porque as opções são pagas aos empregados não em razão da simples prestação do serviço, mas como forma de motivação ou como parte de um pacote de benefícios,

conforme transcrição abaixo, extraída do item 12 do Pronunciamento Técnico Contábil, CPC 10:

“Via de regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são outorgados aos empregados como parte do pacote de remuneração destes, adicionalmente aos salários e outros benefícios. Normalmente, não é possível mensurar, de forma direta, os serviços recebidos por componentes específicos do pacote de remuneração dos empregados. [...]. Ademais, ações e opções de ações são, por vezes, outorgadas como parte de acordo de pagamento de bônus, em vez de serem outorgadas como parte da remuneração básica dos empregados. Objetivamente, trata-se de incentivo para que os empregados permaneçam nos quadros da entidade ou de prêmio por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade. Ao beneficiar os empregados com a outorga de ações ou opções de ações, adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios marginais.”

Em decorrência da impossibilidade de se apurar o valor do serviço recebido como contraprestação das opções outorgadas, nesses casos, a transação deve ser mensurada com base no valor justo do instrumento patrimonial outorgado, ou seja, com base no valor da opção de ação.

Importante ressaltar que o item 16 do Pronunciamento CPC 10 determina que o valor justo deve ser mensurado considerando uma transação sem favorecimentos.

Não se impõe a aplicação do método Black, Scholes e Merton, mas apenas que “a técnica de avaliação deve ser consistente com as metodologias de avaliação generalizadamente aceitas para precificar instrumentos financeiros”, conforme trecho extraído da norma.

Importante ressaltar que, nos termos do item 19 do referido Pronunciamento CPC 10, as condições impostas pela sociedade para aquisição das ações, desde que não sejam condições de mercado, não devem ser levadas em conta quando da estimativa do valor justo das opções de compra de ações.

Como veremos em capítulo próprio, há diversos tipos de plano de outorga de opções de ação os quais preveem variadas condições para atender aos objetivos da sociedade.

Essas condições referem-se, por exemplo, à permanência do empregado na entidade por determinado período de tempo ou o desempenho da companhia ou do próprio empregado. Após o reconhecimento dos produtos e serviços recebidos pelo valor dos instrumentos patrimoniais outorgados (opções de ação), a entidade não deve efetuar nenhum ajuste quando do exercício (ou não) do direito. Caso não exercido o direito, a entidade deve somente transferir o valor contabilizado entre as contas do patrimônio líquido.

Para compreender a regra supra, deve-se lembrar que a sistemática dos planos de outorga de compra de ações, do ponto de vista do empregado ou administrador, segue as seguintes etapas: (i) aprovação do plano pela assembleia-geral; (ii)b outorga das opções de ação; (iii) cumprimento das condições; (iv) período de exercício da opção; (v) venda das ações.

No primeiro momento (aprovação do plano), a entidade não deve efetuar qualquer registro contábil. Por ocasião da outorga das opções de ação, diante da impossibilidade de se apurar o valor efetivo do serviço prestado pelo empregado, ela deverá mensurar o valor justo das opções de ações e reconhecer esse valor no patrimônio líquido, tendo como contrapartida uma despesa operacional.

Após essa fase, a entidade apenas fará uma mudança entre contas do patrimônio líquido, caso a opção não seja exercida, independentemente da efetiva venda das ações. Com relação aos aspectos fiscais do pagamento de administradores e empregados por meio de opções de ação, os artigos 33 e 34 da Lei 12.973/14 trataram do pagamento baseado em ações da seguinte forma:

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.

A norma, portanto, estabelece o momento em que a despesa relativa aos serviços pagos por meio da outorga de opções de ação (ou qualquer outro tipo de pagamento cujo valor for baseado em ações) deve ser reconhecida pela companhia.

Conforme se verifica, o *caput* do artigo determina que, no caso de pagamento de *stock options*, a pessoa jurídica deve incluir o valor da remuneração dos serviços prestados pelos empregados ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que a despesa correspondente for apropriada.

A despesa incorrida será dedutível quando a obrigação for liquidada com a efetiva transferência dos instrumentos patrimoniais ao empregado.

Quando a liquidação da operação for efetuada em instrumentos patrimoniais, o valor dedutível será aquele reconhecido “nos termos da legislação comercial” (artigo 33, §2º, II da Lei 12.973/12).

Assim, a norma determina que o valor a ser deduzido do lucro real é o valor justo das opções, apurado nos termos do já analisado Pronunciamento Técnico CPC 10.

O dispositivo legal foi criado para que a aplicação das regras contábeis previstas no Pronunciamento Técnico CPC 10 não criasse qualquer repercussão para fins fiscais.

Isso porque, como já vimos, a partir da Lei 11.638/07, as normas contábeis internacionais passaram a ser obrigatórias no Brasil, contudo, as implicações dessas normas para fins fiscais não haviam sido regulamentadas, razão pela qual, por algum tempo, foi aplicado o Regime Tributário de Transição – RTT, instituído pela Lei 11.941/09.

Com o fim do RTT, diversas normas, entre elas a Lei 12.973/14, foram criadas para neutralizar os efeitos das normas contábeis na apuração do lucro real.

Nesse passo, foi determinada a inclusão do valor que havia sido excluído em razão da norma contábil. Ou seja, na prática o artigo 33 da Lei 12.973/14 não aumentou nem reduziu a tributação, apenas neutralizou, para fins fiscais, a aplicação da norma contábil.

Ricardo Mariz de Oliveira (2015) já se posicionou no mesmo sentido, conforme trecho de artigo datado de 2015, transcrito abaixo:

“O segundo agrupamento de normas tributárias contidas na Lei n. 12.973 corresponde às normas que neutralizam efeitos das novas práticas contábeis no lucro líquido ou no patrimônio líquido e que não atendem às conveniências do regime tributário, ou mesmo não se conformam com superiores princípios do Sistema Tributário Nacional constante da Constituição Federal, particularmente os da legalidade e da capacidade contributiva. Neste grupo, e como exemplos, encontramos as normas que determinam adições ou exclusões ao lucro líquido, para cálculo do lucro real, em decorrência de ajustes a valor presente ou a valor justo. Novamente, ao se defrontar com uma dessas normas, o intérprete deve manter em seu campo de visão que o objetivo delas, tal como o das normas de adaptação, não foi o de alterar o tratamento tributário anterior, mas, sim, o de preservá-lo. (OLIVEIRA, 2015, p. 473).

Vale ressaltar que a existência de uma despesa dedutível para a pessoa jurídica implica, contabilmente, em um ganho para quem a recebeu no mesmo valor.

Assim, mesmo que indiretamente, a norma considerou que o valor correspondente ao preço das opções de ações concedidas gratuitamente pelas companhias constitui um rendimento para a pessoa física que o recebeu.

Para fins de incidência da contribuição previdenciária, contudo, o fato de se tratar de um rendimento não é determinante, já que as normas foram criadas com outros objetivos, como já exposto.

Nesse sentido, explicam Luciana Rosanova Galhardo e Diego Alves Amaral Batista (2015, p. 332):

É forçoso reconhecer que o termo ‘remuneração’ não foi utilizado em sua acepção jurídico-tributária, mas foi simplesmente replicado pela lei fiscal com o objetivo de harmonizar sua terminologia àquela utilizada pelo CPC 10.

Portanto, será necessário analisar outros fatores para determinar a natureza jurídica da outorga de opções de ação pela companhia aos empregados.

6.3 Posição da doutrina trabalhista e tributária

Vimos nos subcapítulos anteriores que a legislação societária, contábil e fiscal trata apenas superficialmente das opções de ação e não possuem o condão de definir a natureza jurídica do instituto.

Neste subcapítulo, analisaremos a posição doutrinária acerca da natureza jurídica do plano de opções de ações outorgados pelas companhias aos seus empregados, sob o enfoque do direito do trabalho e do direito tributário.

Sergio Pinto Martins (2012) parte da premissa de que “o empregado paga para exercer o direito de opções” para afastar a natureza remuneratória do plano. Confira-se:

A natureza jurídica da opção de compra de ações é mercantil, embora feita durante o contrato de trabalho, pois representa mera compra e venda de ações. Envolve a opção um ganho financeiro, sendo até um investimento feito pelo empregado nas ações da empresa. Por se tratar de risco do negócio, em que as ações ora estão valorizadas, ora perdem o seu valor, o empregado pode ter prejuízo com a operação. É uma situação aleatória, que nada tem a ver com o empregador em si, mas com o mercado de ações (MARTINS, S. P., 2012, p. 259-260).

Alice Monteiro de Barros (2012) entende pela natureza não salarial do plano em razão do seu objetivo que não seria de complementar a remuneração, mas de “estimular o empregado a fazer coincidir seus interesses com o dos acionistas.” (BARROS, 2012, p. 618).

Para Marcel Tadeu Matos Alves da Silva (2016), “as características intrínsecas às opções de compra de ação são absolutamente diferentes do salário”. Isso porque:

Não se trata de um acréscimo patrimonial certo; o valor a ser recebido pelo empregado é pago por um terceiro; o pagamento somente ocorre quando o empregado decide vender as ações, não havendo obrigação de pagamento

periódico; os valores são aleatórios, sujeitos à oscilação pelas regras de mercado, não havendo certeza nem garantia em face da irredutibilidade; ou seja, o empregado assume riscos (SILVA, M. T. M. A., 2016, p. 132).

O autor classifica a natureza jurídica da opção de compra de ações como “mercantil e sui generis ao universo do direito do trabalho”. Vejamos:

Enfim, a natureza jurídica da opção de compra de ações é mercantil ou sui generis ao universo do direito do trabalho, pois, apesar de ocorrer no âmbito do contrato de emprego, representa uma operação de compra e venda de ações expressamente autorizada pela Lei de Sociedades Anônimas. Ela torna o empregado um investidor, permitindo-lhe a possibilidade de obter um ganho financeiro a depender de como venha a gerenciar o risco do negócio, uma vez que o valor das ações sofre variações, podendo até gerar prejuízo. Em outras palavras, consiste em uma situação contingente, em nada dependendo do empregador, mas das oscilações da bolsa de valores (SILVA, M. T. M. A., 2016, p. 132).

Homero Batista Mateus da Silva (2017) entende que os planos de opções de compra de ação devem ser analisados a partir do “grau de assunção de riscos pelo empregado”, conforme trecho abaixo:

Ausência de risco ou presença de risco extremamente baixo tendem a aproximar o plano acionário de uma simples parcela de natureza salarial para consumo imediato ou com efeito diferido. Presença de fatores aleatórios e negociação dos valores no mercado acionário afastam a natureza salarial e lançam os valores num campo completamente diverso do âmbito salarial (SILVA, H. B. M., 2017, p. 172).

O autor lembra ainda que, para o estudo da natureza jurídica das ações, além do risco, devem-se verificar outros fatores:

Independentemente do funcionamento do plano de ações, é relevante saber se ele foi oferecido para todos ou apenas para alguns empregados que tenham atingido metas ou resultados exigidos pela empresa; se a oferta é por tempo limitado e em caráter eventual, ou se há oferecimento constante e em caráter habitual. Se decorre de méritos alcançados pelos empregados ou se o plano foi meramente utilizado para solucionar impasse em torno do reajuste salarial; e assim sucessivamente (SILVA, H. B. M., 2017, p. 172).

Andrea Gonçalves Dias (2013), em dissertação de mestrado em Direito, apresentada na Universidade de São Paulo, entende que a natureza do plano é remuneratória sob a justificativa de que “as variações no preço dessas ações são indiretamente atreladas ao desempenho dos trabalhadores”, o que configura “um sinalagma entre a prestação laboral e a contraprestação dada em opções de compra de ações”. E continua:

Nesse diapasão, se esses planos forem disponibilizados a trabalhadores vinculados à empresa outorgante dos planos, por meio de contratos de emprego, referidas opções possuirão natureza salarial, pois elas representam uma vantagem econômica dada gratuitamente, pelo empregador, em razão

do contrato de trabalho, sem onerosidade, nem aleatoriedade, sendo que o único risco que o trabalhador tem é o de nada ganhar para além da remuneração fixa, o que é completamente compatível com as formas de remunerações flexíveis. Assim sendo, as opções em epígrafe produzirão todos os reflexos trabalhistas e tributários típicos das prestações salariais (DIAS, 2013, p. 136).

Kerlly Huback Bragança (2015) entende que as opções de ação são destinadas a retribuir o trabalho e possuem natureza de prêmio, pois a valorização das ações adjacentes depende do desempenho individual e coletivo dos empregados. Confira-se:

Dessa forma, uma vez que a configuração do plano evidencie que as *stock options* destinam-se a retribuir o trabalho, o ganho traveste-se de prêmio in natura, de natureza salarial. Com efeito, visando aumentar o valor de mercado da empresa, os beneficiários das opções são instigados a trabalhar mais e melhor, pretendendo auferir ganhos extras com a valorização das ações. Logo, o desempenho individual e coletivo gera o prêmio de incentivo. A dependência de eventos futuros e incertos, diga-se de passagem, não é razão suficiente para lhes negar natureza salarial, já que é próprio das *stock options* a possibilidade (e não a certeza) de ganhos. Por isso mesmo, essa modalidade remuneratória é nomeada salário condição (BRAGANÇA, 2015, p. 139).

Portanto, a doutrina ainda diverge muito com relação à natureza jurídica da outorga de opções de ação pelas companhias aos empregados.

Em âmbito trabalhista, há posição pela natureza não remuneratória (MARTINS, S. P., 2012; BARROS, 2012; SILVA, M. T. M. A., 2016), pela natureza de contraprestação ao trabalho (DIAS, 2013; BRAGANÇA, 2015) e, ainda, há entendimento de que a natureza jurídica depende da análise das características específicas do plano (SILVA, H. B. M., 2017, 2018).

Thiago Tabora Simões (2015), em tese de doutorado apresentada à PUC/SP, definiu a natureza do plano de outorga de opções de ação com um “contrato mercantil de prestações recíprocas, correlacionando-se, mas não integrando o contrato de trabalho”. (SIMÕES, 2015, p. 127).

Segundo ele, as companhias podem alienar as opções de ação ou cedê-las gratuitamente. Neste segundo caso, as opções se enquadram na categoria de *finje benefits* e, conseqüentemente, devem integrar a base de cálculo das contribuições previdenciárias. Além disso, os planos não poderiam “condicionar o direito de exercício a metas e comportamentos específicos”, sob pena de transformar o valor da opção de ação recebida em remuneração, sobre a qual deve incidir a contribuição previdenciária (SIMÕES, 2015, p. 127).

Bruno Macorin Carramaschi e Luiz Alberto Paixão dos Santos (2015) entendem que a natureza dos ganhos decorrentes de planos de opções de ação “depende de análise das

particularidades de cada caso concreto” (CARRAMASCHI; SANTOS, 2015, p. 105).

Para eles, há planos com características remuneratórias e planos com características mercantis e a diferença está no risco assumido pelo empregado.

Mauricio Pereira Faro e Thais de Barros Meira (2015, p. 446-447) também entendem que a análise da natureza jurídica do plano de outorga de opções de ação deve ser feita caso a caso e que, em geral, o risco e a onerosidade são os critérios mais relevantes para a diferenciação entre a natureza remuneratória ou mercantil.

Mauro José Silva (2014), por outro lado, entende que as opções de ação têm como objetivo remunerar o trabalho. Para ele, trata-se “negócio tipicamente mercantil de opções de compra de ações utilizado numa operação não mercantil” (SILVA, M. J., 2014, p. 198).

O autor entende que se deve separar o plano em dois momentos, o período que antecede a compra das ações e o período posterior, ressaltando que, na cessão gratuita de opções de ação, “até o momento da compra das ações, o empregado ou prestador de serviço não corre risco algum.” (SILVA, M. J., 2014, p. 211).

Valter de Souza Lobato, Mônica de Barros e Nayara Atayde (2013) entendem pela natureza não contraprestacional do plano pelos seguintes fundamentos:

- i. Trata-se de concessão de um direito, em que há apenas a expectativa de seu exercício;
- ii. O salário é uma verba de natureza eminentemente trabalhista, enquanto as *Stock Options* tem natureza mercantil, sendo caracterizados basicamente como compra de ações;
- iii. A vantagem obtida pelo empregado com a revenda das ações é realizada por corretor de valores mobiliários, autorizados a operar no mercado acionário, o que acaba por excluir a característica remuneratória;
- iv. Os ganhos auferidos pelas *Stock Options* são eminentemente eventuais e dependem do preço de mercado das ações dentro do período de opção, caracterizando o risco inerente ao negócio. (LOBATO, BARROS e ATAYDE, 2013, p. 10-11).

Verifica-se, portanto, que, assim como a doutrina na esfera do direito trabalhista, a doutrina tributária também varia bastante.

6.4 As etapas do desenvolvimento do plano de opções de ação e as respectivas relações jurídicas

Vimos que a legislação societária trata a operação de outorga de opções de ação outorgadas pela companhia aos empregados como um contrato e que a legislação contábil e

fiscal, ainda que indiretamente, tratam as opções de ação como um rendimento auferido pelos empregados.

Analisaremos nos próximos subcapítulos as três etapas de desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação e as relações jurídicas que nascem em cada uma delas.

6.4.1 Primeira etapa do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação

Na primeira etapa do plano de outorga de opções de ação ocorre a cessão gratuita das opções de compra de ações pelo empregador ao empregado.

Essas opções permitem que ele adquira as ações da companhia em uma data futura por um valor prefixado, atendidas algumas condições como o desempenho da companhia e a permanência dele no emprego até a data indicada no contrato.

Já vimos que o derivativo recebido pode ser precificado, portanto, nesse primeiro momento, a análise da natureza jurídica da outorga de opção de ações deve avaliar se esse derivativo – e não a ação a ele adjacente - decorre – ou não - da relação de trabalho.

Analisando a premissa acima, verificamos inicialmente a necessidade de avaliar se o contrato firmado entre a companhia e o empregado poderia configurar uma doação de opções de ação, desvinculada do contrato de trabalho.

O contrato de doação tem como característica ser gratuito, além de ser bilateral e formal, conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa (2017), para quem o contrato de doação possui um elemento subjetivo que é “a manifestação de vontade de efetuar a liberalidade, o *animus donandi*” (VENOSA, 2017, p. 380).

Segundo o autor, a presença do *animus donandi* difere o contrato de doação de um ato de liberalidade no qual se entrega algo gratuitamente sem a intenção de doar. É o caso, por exemplo, do comodato, do depósito e do mandato gratuito (VENOSA, 2017, p. 381).

O autor lembra que o *animus donandi* não se confunde com o motivo da doação o qual é irrelevante para o direito.

De qualquer forma, é ele que justifica a ausência de uma contraprestação para justificar o aumento patrimonial do donatário e, em contrapartida, a redução do patrimônio do doador.

Ocorre que, como vimos, o objetivo da outorga de opção de ações pelas companhias aos empregados e administradores é motivar os profissionais para que eles gerem mais lucros, além de reter talentos.

Não se verifica, portanto, a presença do *animus donandi* necessária nessa forma típica contratual.

Por outro lado, a relação jurídica decorrente da outorga gratuita de opções de ação pela companhia ao empregado poderia ser classificada como uma operação de natureza civil segregada da relação de emprego.

Nesse caso, a companhia estaria cedendo opções de ação em troca da dedicação do empregado à companhia, de forma esforçada e motivada, especificamente com o fim de que ela aufera o lucro.

Ocorre que, apenas com exceção das sociedades classificadas como “sem fins lucrativos”, todas as demais possuem como objetivo auferir lucro¹⁵, de forma que todo contrato de emprego é firmado pela companhia visando esse fim.

Portanto, a relação jurídica decorrente da cessão gratuita de opções de ação pela companhia aos empregados não pode ser classificada como uma relação de natureza civil apenas por ter como objetivo a dedicação do empregado beneficiado na obtenção de lucro para a companhia.

Nesse passo, vale esclarecer que o que caracteriza a relação de emprego não é exatamente a prestação de serviço pelo empregado, mas a forma como esse serviço é prestado, como ensina Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 339):

[...] Trata-se de relação contratual que tem por objeto uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) prestada por uma pessoa humana com não eventualidade, onerosidade, de modo subordinado e em caráter de pessoalidade (*intuitu personae*) no que tange ao prestador de trabalho. Aqui reside a diferença específica da relação contratual empregatícia perante as demais relações jurídicas contratuais correlatas: não exatamente o seu objeto (prestação de trabalho), mas precisamente no modo de efetuação dessa prestação – em estado de subordinação (e com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, acrescente-se).

Além disso, há outras características que diferem a relação de emprego das demais. Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros (2012) destaca os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho:

Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) a pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo

¹⁵ Conforme o artigo 2º da Lei das Sociedade por Ações:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador (BARROS, 2012, p. 173).

Logo, verificadas tais características, é possível afirmar que se trata de uma relação jurídica de natureza empregatícia, da qual decorre o contrato de emprego, nos termos do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho ¹⁶.

Dessa forma, as opções de ação integram o pacote de remuneração no contrato de trabalho, o que permite concluir que a outorga de opções de ação pela companhia ao empregado possui natureza remuneratória.

Já vimos que o artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho trata da remuneração e do salário e que o parágrafo 1º define algumas verbas que possuem natureza salarial, entre as quais inclui as gratificações legais.

Seguindo a maioria da doutrina, firmamos nosso entendimento segundo o qual as gratificações legais devem ser entendidas em sentido amplo para incluírem também as gratificações ajustadas em contrato.

Vimos também que o parágrafo 2º do mesmo artigo exclui a natureza salarial de algumas verbas, como o prêmio, cujo conceito foi trazido pelo parágrafo 4º do mesmo artigo, segundo o qual os prêmios são as liberalidades “concedidas em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado”.

Definimos no presente trabalho no que o prêmio difere da gratificação (i) por se tratar de uma liberalidade não ajustada; e (ii) por estar relacionada com o desempenho pessoal ou coletivo dos empregados e não com fatores externos.

Considerando tais premissas, podemos classificar as opções de ação cedidas pelas companhias aos empregados como gratificações ajustadas em contrato, pois não se trata de uma liberalidade e não está relacionado diretamente com o desempenho pessoal ou coletivo dos empregados, mas da companhia.

Isso porque o esforço – individual ou coletivo - dos empregados não gera a valorização das ações da companhia no mercado de capitais. Essa valorização está ligada a outros fatores de mercado.

Analisaremos a possibilidade de incidência da contribuição previdenciária patronal sobre tais verbas no último capítulo da presente dissertação.

¹⁶ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

6.4.2 Segunda etapa do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação

Encerrada a primeira etapa do plano, o empregado passa a ser um participante do mercado de capitais como detentor de opções de compra de ação da companhia empregadora.

Na data de vencimento do plano, o empregado pode optar por adquirir as ações objeto do contrato

Caso ele exerça o seu direito, ele deverá efetuar o pagamento do preço que foi previamente ajustado.

Nessa ocasião, nasce uma nova relação jurídica entre o empregador e o empregado.

Para saber se a natureza jurídica dessa relação é mercantil, inicialmente, vale lembrar que o contrato é um meio de formalizar um negócio jurídico, entendido como “as declarações de vontade simples ou ligadas a outros fatos, as quais se destinam a constituir, modificar ou extinguir as relações de direito” (CESAR, 1913, p. 29).

Os contratos de natureza mercantil são o objeto de estudo do Direito das Obrigações, pois têm como objeto relações jurídicas de caráter patrimonial, conforme ensina Orlando Gomes (1989, p. 11):

Interessa, assim mesmo, fixar o exato sentido da palavra contrato porque a outras modalidades do concurso de vontades não se aplicam as regras que o regem. Deve ser observada para designar o negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial.

O autor destaca que a função econômica é a causa dos contratos. Vejamos:

A vida econômica desdobra-se através de imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua causa. (GOMES, 1989, p. 11).

No contrato de compra e venda, o caráter patrimonial é cristalino, conforme se verifica pela análise do artigo 481, do Código Civil, abaixo transcrito:

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003), o preço é um elemento essencial do contrato de compra e venda, pois, sem ele, o contrato será de doação:

2. Elementos do contrato de compra e venda. [...] b) Preço. (i) Deve ser pago em dinheiro ou expressão fiduciária correspondente (nota promissória, cheque etc.); (ii) deve ser sério, constituindo-se em verdadeira contraprestação, equivalente ao valor da coisa recebida, sob pena de o

contrato ser descaracterizado e valer como doação. [...] (NERY JR.; NERY, 2003, p. 363).

Analisando tais premissas, concluímos que se trata de uma relação jurídica obrigacional, consubstanciada em um contrato de compra e venda, nos termos do artigo 481 e seguintes do Código Civil¹⁷, no qual a companhia (vendedora) entrega ao empregado (comprador), ações mediante o pagamento de um preço.

Trata-se de negócio jurídico desvinculado da relação jurídica de natureza trabalhista, pois não consta nessa operação qualquer característica presente no contrato de trabalho, como subordinação, pessoalidade etc.

Aliás, na relação jurídica trabalhista o empregado recebe dinheiro em troca de uma obrigação de fazer. No contrato de compra e venda, por sua vez, ele recebe ações em troca de um pagamento.

Assim, nessa segunda etapa do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação, empregador e empregado firmam o contrato na qualidade de contratantes, formando uma relação de natureza civil.

6.4.3 Terceira etapa do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação

No terceiro momento, após adquiridas as ações, o empregado as venderá visando lucro, em uma nova relação jurídica distinta. Trata-se de um novo contrato de compra e venda, no qual o empregado é o vendedor da ação e o comprador é um participante do mercado de ações.

O valor a ser recebido pelo beneficiário pela venda das ações não está atrelado ao contrato de trabalho, mas somente ao mercado de capitais, que possui variáveis não relacionadas ao direito do trabalho, como fatores relacionados ao mercado internacional, entre outros.

Nessa etapa, a relação jurídica não decorre do contrato de trabalho, mas possui apenas natureza civil, pois não há uma obrigação de fazer pelo empregado em troca do pagamento pelo empregador, que nem participa do negócio jurídico.

¹⁷ Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

7. A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL E OS PLANOS DE OUTORGA DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÃO

No capítulo anterior, vimos que o plano de outorga de opções de ação se desenvolve por meio de três relações jurídicas distintas, cada uma com uma natureza jurídica particular, e que a cessão gratuita de opções de ação pela companhia aos empregados possui natureza remuneratória.

Vimos também que essa etapa do desenvolvimento do plano de opções de ação não deve ser confundida com as demais, que geram relações jurídicas específicas, não vinculadas ao contrato de trabalho e, portanto, sem natureza remuneratória.

Analisaremos no presente capítulo as hipóteses em que a contribuição previdenciária patronal incide sobre a cessão gratuita de opções de ação pela companhia aos seus empregados e, nos casos em que há incidência, qual é a base de cálculo e qual é o critério temporal da obrigação tributária.

Verificamos, ainda, o impacto dessa conclusão proveniente do estudo do direito tributário no campo do financiamento da seguridade social.

7.1 A incidência da contribuição previdenciária patronal na outorga de opções de ação pela companhia ao empregado

Definimos no capítulo anterior que as opções de ação cedidas gratuitamente pelas companhias aos empregados têm natureza remuneratória e que devem ser enquadradas como gratificações ajustadas em contrato, cuja natureza é salarial, como já vimos.

Já vimos que a Constituição Federal, por meio do artigo 195, I, “a”, outorgou a competência para a União instituir a contribuição social sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho.

Vimos também que a competência foi exercida pelo artigo 22, I da Lei 8.212/91 e que o legislador concedeu isenções para alguns rendimentos do trabalho, conforme artigo 22, §2º c/c artigo 28, §9º da Lei 8.212/91, entre os quais se destacam os ganhos eventuais.

Por outro lado, o dispositivo não trouxe disposição expressa acerca das opções de ação e tampouco das gratificações ajustadas em contrato.

Assim, concluímos que a contribuição previdenciária patronal incide sobre a outorga de opções de ação pelas companhias aos empregados desde que se trate de uma gratificação habitual.

Como vimos, a habitualidade não é conceituada de forma objetiva com uma quantidade de pagamentos por ano ou por contrato de trabalho, mas é constatada a partir da verificação da existência de previsibilidade ou de expectativa do empregado.

Com relação às opções de ação, a habitualidade pode ser verificada de duas formas.

A mais comum é a companhia instituir um plano prevendo várias outorgas de opção de ação em datas predefinidas.

Ainda que essa outorga ocorra a cada dois ou mesmo a cada três anos, haverá habitualidade, pois o empregado terá a expectativa do ganho e, dessa forma, contará com o recebimento da gratificação, inclusive para fins de, futuramente, receber as prestações previdenciárias.

Outra forma é a companhia instituir um plano de outorga de opções de ação diferente a cada período de tempo, de modo que a habitualidade será verificada se houver regularidade na outorga.

De outro lado, se a companhia ceder opções de forma irregular ou esporádica, não haverá habitualidade e, portanto, diante da isenção concedida pelo artigo 22, §2º c/c artigo 28, §9º, “e”, 7, da Lei 8.212/91, as opções de ação não serão tributadas pela contribuição previdenciária patronal.

7.1.1 A necessária vinculação entre a base de cálculo e o critério material

No subcapítulo anterior, concluímos que, na primeira etapa do desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação, há uma relação jurídica de natureza remuneratória que, caso seja considerada habitual, levará à incidência da contribuição previdenciária patronal.

Vimos no capítulo precedente que, nos casos em que a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF admite a natureza remuneratória do plano de outorga de opções de ação, adota como base de cálculo da contribuição previdenciária a diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado das ações, divergindo quanto ao momento de verificação dessa diferença, se na outorga ou no exercício.

Para dirimir essa questão, será necessário voltarmos nossa atenção à regra matriz de incidência tributária e à já difundida tese de vinculação entre a base de cálculo e o critério material.

A base de cálculo, juntamente com a alíquota, compõe o critério quantitativo da norma tributária. Por meio da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo, define-se o valor do tributo, aqui entendido como o objeto da obrigação tributária.

Geraldo Ataliba (1973, p. 113) definia a base de cálculo, que denomina base impositiva, como “uma perspectiva mensurável do aspecto material da h.i.” e acrescentava que ela é a própria medida da hipótese de incidência, cujo aspecto material é sempre traduzido por um valor numérico.

Alfredo Augusto Becker (2007), por sua vez, colocava a base de cálculo no núcleo da hipótese de incidência por entender que ela é escolhida pelo legislador a partir de um elemento entre os muitos constantes da hipótese de incidência, conforme breve transcrição abaixo:

A base de cálculo foi escolhida pela própria regra jurídica, por isso ela é o critério objetivo e jurídico. E porque esta escolha procedeu-se dentre os múltiplos elementos da hipótese de incidência, a base de cálculo é o núcleo da hipótese de incidência que estrutura a regra jurídica de tributação. (BECKER, 2007, p. 348).

Para Renato Lopes Becho (2015, p. 138), a base de cálculo é obtida a partir de um dado econômico presente no critério material de todos os tributos.

Aires Fernandino Barreto (1987, p. 39) acrescenta que a base de cálculo é “a definição legal da unidade de medida, constitutiva do padrão de referência a ser observado na quantificação financeira dos fatos tributários.”

Para Sacha Calmon Navarro Coêlho (2014), a base de cálculo é a apreciação quantitativa do critério material - denominado pelo jurista, da mesma forma que o faz Geraldo Ataliba (1973), de “aspecto material” - da hipótese de incidência tributária.

Paulo de Barros Carvalho (1999) define a base de cálculo da seguinte forma:

A base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. (CARVALHO, 1999, p. 395)

O eminente professor identifica três funções para a base de cálculo, a saber: (i) medir as proporções reais do fato, (ii) compor a específica determinação da dívida e (iii) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma.

A primeira função refere-se à fixação legal de um conteúdo econômico para o dever jurídico correspondente ao pagamento do tributo, ou seja, cabe ao legislador identificar qual é a manifestação exterior do comportamento humano previsto na hipótese de incidência que poderá ser utilizada para anunciar a sua grandeza.

A segunda função correspondente à definição do objeto da relação obrigacional corresponde a um papel eminentemente objetivo, já que irá revelar o valor do tributo.

Por fim, a terceira função visa corrigir equívocos cometidos pelo legislador que por diversas vezes chama de taxa o que seria imposto ou o inverso. Assim, a base de cálculo possui uma função comparativa com relação ao critério material, podendo confirmá-lo, sempre que houver coerência entre eles, infirmá-lo, caso haja manifesta incompatibilidade, ou afirmá-lo, na hipótese de não estar clara a formulação legal, determinando que se prevaleça o critério material para determinação da natureza do tributo.

Assim, a base de cálculo permite verificar a espécie tributária na qual se enquadra o tributo, independente do nome que o legislador lhe confira.

Por exemplo, se uma taxa possui como critério material a prestação de determinado serviço específico e divisível, a base de cálculo deverá corresponder ao custo desse serviço, sob pena do tributo não ser uma taxa, mas um imposto. É o que determina o artigo 145, §2º da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Nesse sentido, Aliomar Baleeiro (2001), ao definir a base de cálculo, ressalta essa sua função de determinar a espécie tributária, conforme transcrição abaixo:

A ordem de grandeza que, posta na consequência da norma criadora do tributo, presta-se a mensurar o fato descrito na hipótese, possibilitando a quantificação do dever tributário, sua graduação proporcional à capacidade contributiva do sujeito passivo e a definição da espécie tributária. (BALEIRO, 2001, p. 65)

Vale ressaltar que, em que pese a base de cálculo não estar descrita expressamente na Constituição Federal, ela deve buscar validade no critério material, esse sim expresso pelo constituinte.

Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza (2015, p. 608) entende que a base de cálculo encontra seus paradigmas na Constituição Federal, justamente em razão da necessidade de guardar uma relação de inerência com a hipótese de incidência.

Ao tratar do Princípio da Capacidade Contributiva, a Professora Elizabeth Nazar Carrazza (2015) com propriedade destaca que o signo presuntivo de riqueza que será objeto de tributação já foi escolhido pela Constituição Federal e não pode ser alterado pelo legislador infraconstitucional. Confira-se:

Não é a disponibilidade financeira para contribuir o dado relevante para que se possa aferir da existência ou da inexistência da capacidade contributiva. Tal escolha já foi feita pela Constituição ao eleger os fatos-signos presuntivos de riqueza, passíveis de tributação (CARRAZZA, E. N., 2015, p. 70).

Entendemos pertinentes as considerações relativas ao fundamento constitucional da base de cálculo.

Enquanto a alíquota não consta do texto constitucional – ainda que sofra limitações decorrentes, por exemplo, do princípio do não confisco e da capacidade contributiva – a base de cálculo está intimamente ligada às normas de competências previstas na Constituição Federal.

Isso porque, conforme ensina Geraldo Ataliba (1973, p. 124), a alíquota é uma grandeza externa ao critério material (o qual denomina “aspecto material”), enquanto a base de cálculo lhe é inerente.

Verifica-se que a mais balizada doutrina estabelece que a base de cálculo deve manter pertinência com o critério material e possui fundamento de validade na Carta Magna, sob pena de invalidade do tributo, conforme ensina Amílcar Falcão (1971):

A inadequação da base de cálculo pode representar uma distorção do fato gerador e, assim, desnaturar o tributo (FALCÃO, p. 138 *apud* ATALIBA, 1973, p. 100).

Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão relativa à base de cálculo dos tributos, conclui-se pela sua necessária vinculação com o critério material.

Com relação às contribuições previdenciárias, podemos assumir que, ao definir o critério material, a Constituição Federal fixou também a base de cálculo, conforme o entendimento de Hugo de Brito Machado (2003), demonstrado na transcrição abaixo:

Na verdade, as contribuições de Seguridade Social identificam-se por terem âmbito constitucional definido, com indicações específicas de suas bases de cálculo que a final constituem os aspectos materiais de seus fatos geradores (MACHADO, 2003, p. 16).

Assim, um pagamento que não se enquadre objetivamente no critério material definido pela Constituição Federal não poderá sofrer a incidência da contribuição social. Por outro lado, tais contribuições não podem incidir sobre valores que não representem os fatos que a Constituição Federal escolheu para servirem de núcleo da hipótese de incidência.

De acordo com essa premissa, não pode ser considerada como base de cálculo da contribuição o montante correspondente à diferença entre o valor de aquisição das ações e o seu valor de mercado no momento do exercício da opção.

Isso porque a variação do valor das ações não possui relação com o critério material da contribuição previdenciária o qual, como visto, foi delimitado pela Constituição Federal como o pagamento, pelo empregador, de salário e de demais rendimentos pela prestação do serviço.

A valorização das ações está vinculada apenas ao desempenho da companhia no mercado de capitais. Está sujeita, portanto, a uma condição aleatória, independente da vontade do empregador e alheia ao contrato de trabalho, o que desnatura o critério material da hipótese de incidência da contribuição social.

Vale ainda lembrar que, no momento da outorga da opção, a valoração das ações é apenas potencial, não admitindo nenhuma segurança financeira por ser totalmente incerta.

Essa valorização e, portanto, o valor do ganho dependerá não apenas das decisões tomadas pela administração da entidade, mas também de fatores econômicos e especulativos e de condições de mercado, influenciadas, ainda, por políticas de governo e de câmbio, para citar alguns exemplos.

Em outras palavras, as opções de ação que são oferecidas pela empregadora aos seus empregados não têm relação com a valorização das ações.

Essas ações, portanto, não podem servir de base de cálculo das contribuições previdenciárias por não possuírem qualquer relação com o comportamento identificado no critério material desses tributos.

Nosso entendimento está em consonância com o de Rodrigo de Freitas (2015, p. 546), confira-se:

Portanto, na hipótese de se instituir um SOP (é utilizado pelo autor para se referir a *Stock Options Plan*, ou plano de opções de ação) com finalidade remuneratória, verifica-se que a remuneração para o administrador/empregado é o valor do prêmio que ele deixou de pagar para adquirir a opção (o qual já considera a diferença entre o preço atual da ação e o preço de exercício). É essa a vantagem econômica concedida pela empresa como contraprestação pelo serviço prestado (uma vez que ele somente poderia adquirir opção de compra de ações no mercado caso pagasse o correspondente prêmio). Qualquer outro ganho que ele venha a auferir será decorrente da própria opção

outorgada e será pago em decorrência da valorização das ações pelo mercado e não como contraprestação pelo serviço prestado (primeiro parênteses nosso).

Vale esclarecer, ainda, que não há nem ao menos desembolso pela companhia mesmo quando as ações são emitidas pela tesouraria para em seguida serem readquiridas pela Companhia empregadora, pois os instrumentos patrimoniais não são de titularidade dela, mas de seus sócios.

Não há, portanto, vínculo entre o pagamento de remuneração pela companhia empregadora (critério material) e a valorização das ações no mercado de ações e, portanto, a adoção do preço da ação como base de cálculo da contribuição social não cumpre a necessária vinculação há muito exigida pela doutrina entre o critério material constante da Constituição Federal e a base de cálculo das contribuições.

Por outro lado, considerando a possibilidade de precificação das opções de ação - pelo método Black, Scholes e Merton ou outro -, conforme já visto, o valor justo da opção da ação deve ser considerado como base de cálculo da contribuição social.

Com efeito, as opções de ação outorgadas gratuitamente correspondem um ônus para o empregador e um ganho para o empregado, tanto é assim que o Pronunciamento Contábil CPC 10 permite que ele seja deduzido como despesa, conforme já visto.

Adotadas como base de cálculo, essas opções de ação refletem perfeitamente o critério material da hipótese de incidência da contribuição previdenciária, já que correspondem à remuneração paga pela contraprestação do trabalho, como já visto no capítulo 3 do presente trabalho.

Portanto, deve incidir a contribuição previdenciária prevista no artigo 22, I da Lei n. 8.212/91 sobre os planos de opções de ação outorgados com habitualidade pelas companhias a seus empregados e administradores, devendo ser considerada como base de cálculo o valor das opções de compra de ação cedidas.

7.1.2 O critério temporal e o nascimento da obrigação tributária

Como visto, o critério temporal da regra matriz de incidência tributária é o exato momento em que ocorre a subsunção do fato à norma, fazendo nascer a relação jurídica tributária.

Já analisamos no presente trabalho que o plano de outorga de opções de compra ação envolve três etapas, nas quais são constituídas três distintas relações jurídicas.

Na primeira etapa, ocorre a outorga gratuita de opções de compra ação pelas companhias a seus empregados e administradores. Na segunda etapa, o empregado, na qualidade de comprador, adquire as ações da companhia, na qualidade de vendedora, em um negócio jurídico de compra e venda de natureza puramente civil. Por fim, na terceira etapa, surge uma nova operação de compra e venda na qual o empregado vende suas ações no mercado.

Como já expusemos, a relação jurídica tributária relativa à contribuição social se verifica apenas na primeira etapa na qual a companhia empregadora cede opções de compra de ação ao empregado e, portanto, nesse momento, nasce a obrigação jurídica tributária descrita no artigo 22, I, da Lei 8.212/91, correspondente ao dever de pagar tributo pela companhia ao Fisco.

Discordamos, portanto, de Kerlly Huback Bragança (2015, p. 140) para quem a tributação não poderia ocorrer no momento da outorga gratuita das opções em razão da suposta ausência de “ganho patrimonial” pelo empregado.

Thiago Taborda Simões (2015, p. 120) também entende que nesse primeiro momento não há a incidência da contribuição previdenciária patronal em razão de haver apenas “*uma expectativa de direito que pode não se concretizar*”.

Há duas razões para discordarmos desses autores.

A primeira reside no fato de que as opções podem – e, nos termos do CPC 10 e do artigo 33 da Lei 12.973/12, devem - ser devidamente precificadas.

A segunda é que eles entendem que o critério temporal ocorre na data de vencimento da opção, contudo, nesse momento, não há uma relação jurídica tributária, pois não ocorre no mundo fenomênico o fato descrito hipoteticamente na norma geral e abstrata.

Importante esclarecer que essa relação jurídica tributária nasce mesmo que, no futuro, o empregado opte por não adquirir as ações.

Isso porque o direito de compra das ações, devidamente precificado, já foi transferido a título gratuito ao empregado que, em razão dele, pode optar por adquirir ou não as ações na data de vencimento predefinida.

Trata-se, portanto, de uma característica inerente ao mercado de opções o risco de que, na data do vencimento, o preço de exercício seja maior que o valor de mercado da ação e, com isso, a opção não ter mais utilidade.

Essa característica, no entanto, não permite alterar o critério temporal constante do conseqüente da regra matriz de incidência tributária para considerar a data de vencimento da opção de ação na qual, como já dissemos, ocorre apenas uma simples operação de compra e

venda de natureza civil, sem qualquer reflexo tributário, no que se refere à contribuição social.

Ainda que se argumente que as condições previstas no plano como prazo de carência e possibilidade de perda das opções no caso de desligamento do empregado a premissa de que o nascimento da obrigação tributária já ocorreu não se altera, pois o nascimento da obrigação tributária ocorre por ocasião da subsunção do fato à norma, que se dá no momento da cessão das opções de compra ação pela companhia aos empregados e administradores.

7.1.3 Alterações no plano regular de opções de outorga de ação e a incidência da contribuição previdenciária patronal

A incidência da norma tributária depende da identificação entre o fato descrito hipoteticamente na norma geral e abstrata (hipótese de incidência) e o fato jurídico tributário, entendido como o fato ocorrido no mundo real e concreto.

Havendo essa identidade, ocorre a subsunção do fato à norma, nascendo a relação jurídica tributária, o que demonstra que a compreensão da norma pelo jurista é tão importante quanto a compreensão do fato ocorrido no mundo real e concreto.

Já apontamos no presente estudo que as companhias possuem liberdade para contratar com os empregados desde que não ofendam a legislação trabalhista. Ocorre que a escolha pela forma de contratar pode gerar implicações tanto de natureza trabalhista como de natureza tributária.

No caso de um plano regular de outorga de opções de compra de ação, a contribuição previdenciária deve incidir sobre o valor das opções de ação concedidas aos empregados e não sobre a diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado das ações.

Para chegarmos a tal conclusão, partimos da premissa de que o desenvolvimento de um plano de outorga de opções de ação regular implica no surgimento de três relações jurídicas distintas: (i) a cessão gratuita de opções de ação, consubstanciando uma relação jurídica de natureza remuneratória; (ii) operação de compra e venda das ações entre o beneficiário do plano e o empregador; e (iii) a venda das ações pelo beneficiário do plano.

Ocorre que em alguns planos a segunda etapa constitui uma cessão gratuita de ações da empresa para o beneficiário, ou seja, o empregado não precisa efetuar nenhum pagamento para adquirir as ações.

Assim, ele não possui nenhum risco, pois, mesmo que o preço de exercício seja superior ao de mercado, ele poderá vender as ações sem prejuízo, pois as recebeu de forma

gratuita.

Em um plano regular de outorga de opções de ação pelas companhias aos empregados, essa segunda etapa do plano deve envolver risco.

Com efeito, no plano regular, ou seja, no qual são verificadas todas as fases já expostas acima, após encerrada a primeira etapa, o empregado passa a ser um participante do mercado de capitais na qualidade de detentor de opções de compra de ação da companhia empregadora.

Nesse caso, ele somente poderá auferir lucro se adquirir as ações objeto do contrato por um preço inferior ao valor de mercado delas. Trata-se, portanto, de uma operação que envolve risco para o empregado, pois ele poderá não realizar a aquisição das ações e, conseqüentemente, não as alienará com lucro.

A existência desse risco foi constatada por Thiago Tabora Simões (2015, p. 117-118) ao analisar os planos de opções de ação outorgados pela Petrobrás S/A e pela OGX S/A aos seus empregados e verificar que em ambos não houve a aquisição das ações, pois o preço de exercício era superior ao valor de mercado das ações na data prefixada.

No caso da Petrobrás S/A, a diferença entre o valor de mercado da opção e o preço de exercício na data da cessão das opções, em 05.01.2012, era de R\$ 12,11, contudo, essa diferença na data de vencimento, em 05.01.2015, era de R\$ -0,39 por ação, ou seja, caso exercesse o seu direito, o empregado teria uma perda neste montante por ação.

No caso da OGX S/A, essa diferença na data da cessão das opções, em 05.01.2012, era de R\$ 4,60, mas na data de vencimento, em 05.01.2015, caiu para R\$ -8,92.

Ora, se as ações forem concedidas gratuitamente, o empregado terá sempre lucro, pois não pagou nada para recebe-las.

Nesse caso, invés de consubstanciar uma relação jurídica de compra e venda, de natureza civil, há uma relação jurídica de natureza remuneratória, na qual a companhia empregadora estará cedendo ações em troca do trabalho do empregado.

Conseqüentemente, se a prática ocorrer de forma habitual, haverá a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre o valor de mercado da ação na data em que ocorrer a cessão.

De outro giro, há planos que determinam que a terceira etapa não seja realizada no mercado financeiro.

Nesse caso, é fixado um valor de venda das ações, desvinculado ao valor de mercado, que é pago pela própria companhia em favor do beneficiário.

Nesse caso, o valor pago pela companhia não será em razão de uma operação de compra em venda de natureza civil, mas sim em decorrência do contrato de trabalho.

Conseqüentemente, caso haja habitualidade, a cessão de ações ensejará a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor correspondente.

Portanto, para saber como se dará a incidência da contribuição previdenciária nos planos de outorga de opções de ação, deve-se analisar as características específicas dele.

7.2 As opções de ação no contrato de trabalho e o financiamento da seguridade social

Vimos no presente trabalho que as contribuições sociais, por terem a finalidade de custear a seguridade social, seguem um regime jurídico específico que, diferente dos demais princípios, sujeitam-nas ao cumprimento de princípios e regras tanto do direito tributário como do direito previdenciário.

Vimos também que, com relação à base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, a escolha do legislador pela totalidade das remunerações pagas com habitualidade tem como objetivo fazer com que os ganhos recebidos pelo empregado sejam considerados como parâmetros para o valor do benefício previdenciário a ser concedido.

Assim, enquanto o salário visto sob a ótica trabalhista visa retribuir o trabalho, o salário para fins previdenciários tem como escopo servir como base para o pagamento de prestações previdenciárias.

Considerando-se um plano regular de outorga de opções de ação, no qual são verificadas as três relações jurídicas analisadas no subcapítulo anterior, concluímos que a incidência da contribuição previdenciária patronal no plano de outorga de opções de ação se dá apenas na cessão das opções pela companhia para o empregado. Nesta etapa, ocorre a subsunção do fato ocorrido no mundo real e concreto à norma geral e abstrata com o pagamento de uma remuneração em contraprestação ao trabalho prestado pelo obreiro.

Assim, para fins previdenciários, o empregado contará como parâmetro para o recebimento das prestações da previdência social somente o valor relativo ao prêmio, ou seja, o valor das opções de ação, precificadas no momento da outorga.

Não contará, portanto, com o valor relativo à variação do preço da ação no mercado financeiro, ou seja, com o ganho que o empregado auferirá na terceira etapa de desenvolvimento do plano de outorga de opções de ação.

Assim, ainda que o empregado tenha um ganho substancial com a venda dessas ações, o valor correspondente não servirá como base para apuração do valor dos benefícios previdenciários a serem futuramente concedidos.

Isso porque, como vimos, o ganho auferido com a venda das ações está fora da relação de emprego.

Não obstante, o direito previdenciário prestigia o trabalho, tanto que considera como parâmetro para as prestações previdenciárias os valores recebidos como retribuição a ele.

A valorização das ações decorre do mercado financeiro e não possui relação direta com o trabalho desenvolvido pelo empregado, o que afasta a tutela previdenciária.

Além disso, já vimos que o artigo 195 da Constituição Federal impôs que o financiamento da seguridade social será arcado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e pelas contribuições sociais devidas pelo empregador, pela empresa ou entidade a ela equiparada, pelo trabalhador e demais segurados, pelo ganhador de concurso e pelo importador.

Portanto, ainda que se considere que o artigo 194, VI da Constituição Federal impõe que o financiamento da seguridade social deve cumprir a diversidade da base de financiamento, a regra deve seguir o disposto no artigo 195 da Constituição Federal.

Como já vimos, o valor relativo à valorização das ações não é pago pela companhia empregadora, mas por um terceiro participante do mercado, que não foi escolhido pela Constituição Federal para custear a seguridade social.

Ademais, trata-se de um ganho extraordinária, que envolve os riscos do mercado de capitais, de forma que não pode ser considerado pelo empregado como uma verba que deve substituir o seu salário.

CONCLUSÃO

A outorga de opções de ação pelas companhias aos empregados constitui uma nova forma de remuneração, cuja legislação ainda não tratou de forma suficiente.

Trata-se de um instituto que possui – ou pode possuir – reflexos no direito trabalhista, tributário e previdenciário.

Ainda que se considere que o sistema jurídico “constitui uma unidade, um todo dotado de sentido e de ordem” (GONÇALVES, 2000, p. 88), cada parte deste todo possui uma perspectiva e um objetivo particular.

Assim, é essencial segregar o todo em partes menores para fins didáticos.

No âmbito do direito tributário, o operador do direito deve avaliar se as garantias do contribuinte estão sendo respeitadas e se a tributação está de acordo com os limites impostos pela Constituição Federal e pela regra-matriz de incidência tributária.

No âmbito do direito trabalhista, deve-se analisar quais os reflexos da outorga de opções de compra de ação no contrato de trabalho.

Por fim, com relação ao direito previdenciário, parte-se premissa de que a remuneração deve ser compreendida como parâmetro para o pagamento das prestações previdenciárias.

Verificamos por meio do presente estudo que o plano de outorga de opções de ação se desenvolve em três etapas distintas e cada uma implica no surgimento de uma relação jurídica.

Inicialmente, a companhia cede opções de ação ao empregado ou administrador em retribuição ao trabalho prestado.

Neste momento, ocorre a subsunção do fato à norma e, desde que haja habitualidade na cessão, nasce a obrigação tributária de recolher a contribuição previdenciária.

A base de cálculo será o valor justo das opções de ação cedidas e o momento do surgimento da obrigação tributária é a data da cessão das opções ação.

Em um segundo momento, na data de vencimento das opções, caso o beneficiário do plano opte por adquirir as ações, haverá uma outra relação jurídica consubstanciada em uma compra e venda, na qual a companhia (vendedora) entregará as ações ao beneficiário (comprador) em troca do pagamento do preço de exercício.

Nessa operação, a entrega das ações pela companhia não se dá em troca da prestação do trabalho, razão pela qual não há subsunção do fato à norma prevista no artigo 22, I da Lei

8.212/91, o que afasta a incidência da contribuição previdência, assim como o seu reflexo na previdência social.

No terceiro momento, o beneficiário venderá as ações em mercado, efetuando nova operação de compra e venda. Aqui também não haverá qualquer consequência jurídica no campo da contribuição previdenciária e respectiva repercussão em benefícios, já que nem ao menos há a participação da companhia.

Em alguns desses casos, verificou-se que as companhias alteraram de tal forma as premissas básicas de um plano comum de opções de ação que acabaram por afastar as três relações jurídicas supra mencionadas.

Nesses casos, deve-se analisar em qual momento há a entrega de valores – em dinheiro ou em utilidades – pela companhia ao participante em retribuição ao trabalho a fim de se determinar a correta base de cálculo e o correto momento do nascimento da obrigação tributária.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAGÃO, Paulo Cezar. **Opções e Compra de Ações e bônus de subscrição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 631. p. 63 mai de 1988. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3259942/mod_resource/content/0/ARAGÃO.%20Opções%20de%20Compra%20de%20Ações%20%281%29%20-%20Aula%204.pdf>. Acesso 20 mar 2018.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com a noções de tipo e conceito**. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurelio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Sistema de Seguridade Social**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

BALERA, Wagner; SIMÕES, Thiago Taborda. **Participações nos lucros e resultados: natureza jurídica e incidência previdenciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. reform. de acordo com a Constituição federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARRETO, Aires Fernandino. **Base de cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**. São Paulo: Noeses, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

BECHO, Renato Lopes. **Lições de direito tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECKER, Alfredo Augusto, **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BM&FBOVESPA. **Curso Básico**. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/educacional/cursos/curso-basico/fra_cur_opcoes.htm>. Acesso 25 jan 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Limites à não incidência de contribuição previdenciária sobre *stock options***, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Previdenciário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

CARRAMASCHI, Bruno Macorin; SANTOS, Luiz Alberto Paixão dos. *Stock Options Plans – o Imposto de Renda da Pessoa Física e os Impactos Trazidos pela Lei 12.973*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis**. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e Progressividade – Igualdade e Capacidade Contributiva**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Fundamentos jurídicos da incidência tributária**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHOSA, Modesto e EIRIZIK, Nelson. **Estudos de direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSAR, Vóila Bomfim; e BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CESAR, José Augusto. **Ensaio sobre os atos jurídicos**. Campinas: Typ da Casa Genoud, 1913.

CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial** - volume 1: direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. A Integridade da Base de Cálculo dos Tributos. In ROCHA, Valdir de oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2014. vol 18.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4ª ed. atual. ver e amp. São Paulo: Malheiros, 2012.

DAMODARAN, Aswath. **Finanças corporativas: teoria e prática**. Tradução de Jorge Ritter, 2ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A causa final e a regra matriz das contribuições. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho (coord.). **Contribuições para o custeio da Seguridade Social**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

DIAS, Andrea Gonçalves. **Stock options plans como uma forma de remuneração flexível**, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

EIZIRIK, Nelson. **Reforma das S.A. e do mercado de capitais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARO, Mauricio Pereira; MEIRA, Thais de Barros. Incidência de contribuição previdenciária e IRPF sobre benefícios de planos de opção de compras de ações (SOPs) e a jurisprudência. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis**. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Estudos de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRANÇA, Novaes; AZEVEDO, Erasmo Valladão. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Rodrigo de. Contribuições previdenciárias e os ganhos de administradores ou empregados decorrentes de *stock option plan (SOP)*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis**. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6.

FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALHARDO, Luciana Rosanova; BATISTA, Diego Alves Amaral. *Stock Options – Plano de Pagamentos Baseado em Ações*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga.; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis**. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurelio e GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GONÇALVES, Ionas Deda. **Análise das regras-matrizes de incidência da contribuição social sobre a folha de salários e demais rendimentos**, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Previdenciário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

GONÇALVES, Luciana Aboim Machado. Employee stock options. Revista de direito do trabalho, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 35, n. 133, jan./mar. 2009.

GRECO, Marco Aurelio. Contribuições de intervenção no domínio econômico – parâmetros para sua criação. In: GRECO, Marco Aurelio (coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins**. São Paulo: Dialética, 2001.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Regime jurídico do capital autorizado**. São Paulo: Saraiva, 1984.

HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

HORVATH JR., Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri: Manole, 2011.

HORVATH JR., Miguel. **Direito Previdenciário**. 10^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 15^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

IUDÍCIBUS, Sergio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS Arioaldo dos. **Manual de contabilidade societária**. São Paulo: Atlas, 2010.

LOBATO, Valter de Souza; BARROS, Mônica de; ATAYDE, Nayara. As contribuições previdenciárias, os planos de *Stock Options* e a participação nos lucros e resultados. Análise da jurisprudência sobre o tema. In: FERNANDES, Jean Carlos (Org.). **Estudos e pesquisas em Direito Empresarial na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora RTM, 2013. v. 4.

LOPES, Alexsandro Broedel; GALDI, Fernando Caio; e LIMA, Iran Siqueira. **Manual de contabilidade e tributação de instrumentos financeiros e derivativos: (CPC 38, CPC 39, CPC 40, OCPC 3, IAS 32, IFRS 7, Normas da Comissão de Valores Mobiliários, do Banco Central do Brasil e da Receita Federal do Brasil**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOWELL, Lee. **Fique rico operando opções**: estratégias vencedoras dos traders. Tradução Mauricio Hissa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Introdução ao planejamento tributário**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário, tomo II: previdência social**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Adalberto. **Manual didático de direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Fran. **Comentário à lei das sociedades anônimas**. 4ª ed. rev. e atual. por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Reforma trabalhista: comentário às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Direito da Seguridade Social**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Antero Arantes; e PEDREIRA, Christina de Almeida. **Reflexões sobre a reforma trabalhista**. São Paulo: Scortecci, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 5ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006.

MESQUITA, Luiz José de. **Das gratificações no direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações: 2ª parte: dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil**. 35ª ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2ª ed. rev e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLAGUES, John e SUMMA, John. **Getting started in employee stock options**. New Jersey, EUA: John Wiley and Sons Inc., 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Os Vários Caminhos da Lei n. 12.973 – Cuidados na sua Interpretação*. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. IV.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 14ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

PAULSEN, Leandro e VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições. Teoria geral. Contribuições em espécie**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. (E-book).

PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PULINO, Daniel. **Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RABELLO FILHO, Francisco. O princípio da anterioridade da lei tributária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 31ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 2.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. III.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário Brasileiro. In **Justiça Tributária – I congresso Internacional de Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**. Livro da remuneração. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 5.

_____. **Comentários à reforma trabalhista. – Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por artigo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SILVA, Marcel Tadeu Matos Alves da. **A natureza jurídica dos planos de opção de compra de ações por empregados (*stock options plans*)**, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SILVA, Mauro José. Natureza jurídica e a incidência das contribuições previdenciárias sobre as vantagens oriundas de planos de opções de ações (*stock options plan*). A situação brasileira e o direito comparado. Brasília: **Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros**, v. 1., nº 189-212, p. ago-dez 2014.

SIMÕES, Thiago Taborda. **Stock Option Plan e incidência previdenciária**, 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SOUZA, Hamilton Dias de. A competência tributária e seu exercício. **Caderno de direito tributário e finanças públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 05, ano 02, p. 31-41 out/dez 1993.

TEODORO, Maria Cecilia Maximo e MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Alguns dos efeitos econômicos, arrecadatórios e sociais da Reforma Trabalhista. In: MELO, Raimundo Simão de e ROCHA, Claudio Jannotti da. (coord.). **Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: LTr, 2017. Disponível em: <<http://www.ltr.com.br/loja/folheie/5898.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2018.

TORRES, Heleno Taveira. Pressupostos constitucionais das Contribuições de Intervenção no domínio Econômico. A CIDE-Tecnologia. In: ROCHA, Valdir de oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7.

_____. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica** – Metodica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial 1**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIA VAREJO S.A. **Plano de opção de Compra de ações**. Disponível em: <http://ri.viavarejo.com.br/download_arquivos.asp?id_arquivo=3CA8AABC-4175-43D1-B8BF-2CE29DB664CB>. Acesso em: 20 jan 2018.

**PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES
DE EMISSÃO DA VIA VAREJO S.A.**

ÍNDICE

1	OBJETIVOS.....	3
2	PARTICIPANTES	3
3	ADMINISTRAÇÃO DO PLANO.....	3
4	AÇÕES OBJETO DESTE PLANO	5
5	OUTORGA DA OPÇÃO	5
6	EXERCÍCIO DAS OPÇÕES	6
7	PREÇO DE EXERCÍCIO DAS OPÇÕES DE AÇÕES.....	7
8	TÉRMINO DA OPÇÃO	7
9	HIPÓTESES DE DESLIGAMENTO DA COMPANHIA E SEUS EFEITOS	7
10	PRAZO DE VIGÊNCIA DO PLANO	8
11	DISPOSIÇÕES GERAIS	8

VIA VAREJO S.A.

Companhia Aberta

CNPJ/MF 33.041.260/0652-90

NIRE 33.300.141.073

PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES

O presente Plano de Opção de Compra de Ações de Emissão da **VIA VAREJO S.A.** ("**Companhia**"), aprovado pela Assembleia Geral Extraordinária da Companhia realizada em 12 de maio de 2014 ("**Plano**"), estabelece as condições gerais de outorga de opções de compra de ações ordinárias e preferenciais de emissão da Companhia, nos termos do artigo 168, § 3º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conforme alterada ("**Lei das Sociedades por Ações**"), ações essas que poderão ser utilizadas, a critério dos Participantes (conforme abaixo definidos), para a formação de certificados de depósito de ações representativos de uma ação ordinária e duas ações preferenciais de emissão da Companhia ("**Units**").

1 OBJETIVOS

O Plano estabelece as condições para que a Companhia outorgue opções de compra de ações a seus administradores e empregados, tendo por objetivos:

- (i) propiciar a participação dos administradores e empregados da Companhia no seu capital e nos acréscimos patrimoniais decorrentes dos resultados para os quais referidos administradores e empregados tenham contribuído;
- (ii) estimular a consecução dos objetivos sociais da Companhia; e
- (iii) alinhar os interesses dos administradores e empregados da Companhia com os dos acionistas da Companhia.

2 PARTICIPANTES

- 2.1 São elegíveis para participar do Plano os empregados e administradores da Companhia que sejam considerados executivos-chave da Companhia ("**Participante**"), ficando todos eles sujeitos à aprovação do Conselho de Administração da Companhia ou do Comitê (abaixo definido), conforme aplicável.
- 2.2 A participação do Participante neste Plano não interfere na remuneração a que este faz jus como empregado e/ou administrador da Companhia, tais como salário, honorário, pró-labore, benefício, participação no lucro e/ou qualquer outra vantagem ou remuneração.

3 ADMINISTRAÇÃO DO PLANO

- 3.1. O Plano será administrado pelo Conselho de Administração da Companhia, o qual deverá, observadas as restrições previstas em lei, constituir um comitê especialmente criado para assessorá-lo na administração deste Plano ou então atribuir tais funções a um comitê da Companhia já constituído ("**Comitê**").

- 3.1** Os membros do Comitê se reunirão para a concessão da outorga das opções das séries do Plano e sempre que for necessário para decidirem sobre as questões suscitadas a respeito deste Plano.
- 3.2** Obedecidas as condições gerais do Plano e as diretrizes fixadas pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Administração da Companhia, o Comitê terá amplos poderes para administrá-lo e interpretá-lo, dispondo, dentre outros, dos poderes necessários para:
- (a) deliberar sobre as outorgas, preços, datas e as quantidades outorgadas em cada série do Plano, observado o disposto no item 4.1 deste Plano.
 - (b) decidir quanto às datas em que serão outorgadas opções, podendo deixar de outorgá-la sempre que os interesses da Companhia assim determinarem;
 - (c) tomar todas as medidas necessárias e adequadas à administração do Plano, inclusive no que se refere à interpretação, detalhamento e aplicação das normas gerais ora estabelecidas;
 - (d) fazer com que a Companhia tome todas as medidas necessárias e adequadas à emissão de novas ações, no momento apropriado de cada exercício ou à alienação de ações em tesouraria, observada a regulação expedida pela Comissão de Valores Mobiliários (“**CVM**”), para satisfazer o exercício de opções de compra de ações outorgadas nos termos do Plano;
 - (e) selecionar, dentre as pessoas elegíveis, aquelas que participarão do Plano e a quem serão outorgadas opções para a compra de ações, conforme as atribuições e responsabilidades verificadas até a data da seleção, estabelecendo todas as condições das opções a serem outorgadas, bem como a modificação de tais condições quando necessário para adequar as opções aos termos de lei, norma ou regulamento superveniente;
 - (f) estabelecer as normas apropriadas para a outorga de opção a cada Participante, de forma a estabelecer e definir critérios objetivos para a eleição dos Participantes;
 - (g) aprovar o contrato de outorga de opção de compra a ser celebrado entre a Companhia e cada um dos Participantes, especialmente no que se refere à fixação da quantidade de ações objeto da opção e as condições para a aquisição do direito ao exercício das opções;
 - (h) estabelecer para cada Participante as alternativas, prazos e condições para o exercício da opção de compra de ações, o preço de aquisição das ações e seu respectivo pagamento;
 - (i) analisar casos excepcionais decorrentes de, ou relacionados com, este Plano; e
 - (j) dirimir dúvidas quanto à interpretação das normas gerais estabelecidas neste Plano.
- 3.3** No exercício de suas respectivas competências, o Conselho de Administração da Companhia e o Comitê estarão sujeitos apenas aos limites e prazos estabelecidos em lei, pela regulamentação da CVM e por este Plano, ficando claro que o Comitê poderá tratar de maneira diferenciada executivos da Companhia que se encontrem em situação similar, não estando obrigado, por qualquer regra de isonomia ou analogia, a estender a todos as condições que entenda aplicável apenas a algum ou alguns.

- 3.4 As deliberações do Conselho de Administração e do Comitê, conforme o caso, têm força vinculante para a Companhia relativamente a todas as matérias relacionadas com o Plano, desde que observados os termos do Plano.

4 AÇÕES OBJETO DESTE PLANO

- 4.1 As opções de compra de ações outorgadas nos termos do Plano poderão conferir direitos de aquisição sobre um número de ações que não exceda 0,7% (zero vírgula sete por cento) do total de ações de emissão da Companhia. O número total de ações emitidas ou passíveis de serem emitidas nos termos do Plano deverá sempre respeitar o limite do capital autorizado da Companhia, conforme o caso, e está sujeito a ajustes em virtude de desdobramentos, grupamentos e bonificações.
- 4.2 Com o propósito de satisfazer o exercício de opções de compra de ações outorgadas nos termos do Plano, a Companhia poderá, a critério do Conselho de Administração: (a) emitir novas ações, dentro do limite do capital autorizado; ou (b) alienar ações mantidas em tesouraria, observada a regulação expedida pela CVM.
- 4.3 Os acionistas da Companhia não terão direito de preferência na outorga ou no exercício de opção de compra de ações de acordo com o Plano, conforme previsto no artigo 171, § 3º, da Lei das Sociedades por Ações.
- 4.4 As ações adquiridas em razão do exercício de opção de compra nos termos do Plano manterão todos os direitos pertinentes à sua espécie, ressalvadas as restrições dispostas no item 6.5 **Erro! Fonte de referência não encontrada.** abaixo, bem como eventual disposição em contrário estabelecida pelo Comitê.

5 OUTORGA DA OPÇÃO

- 5.1 Cada série de outorga de opções de compra receberá a letra "A" seguida de um número. A primeira outorga de opções de compra de ações, sob os termos deste Plano receberá a letra A1 e as séries subsequentes a letra A e o número subsequente.
- 5.2 Cada opção de compra de ações dará ao Participante o direito a subscrever ou adquirir 1 (uma) ação ordinária e 2 (duas) ações preferenciais de emissão da Companhia, sendo que o Participante poderá, a seu exclusivo critério, utilizar tais ações para a formação de Units da Companhia.
- 5.3 A outorga das opções de compra de ações far-se-á independentemente de pagamento pelo Participante e será formalizada pela assinatura entre a Companhia e o Participante do contrato de opção, o qual deverá especificar o número total de ações objeto da respectiva opção, o prazo e as condições para a efetiva aquisição do direito de exercício da opção, as condições para tal exercício, o preço de aquisição e as condições para seu pagamento, observado o disposto no Plano ("**Contrato de Opção**").
- 5.4 Os Contratos de Opção serão individualmente elaborados para cada Participante, podendo o Comitê estabelecer termos e condições diferenciados para cada Contrato de Opção, sem necessidade de aplicação de qualquer regra de isonomia ou analogia entre os Participantes, mesmo que se encontrem em situações similares ou idênticas.
- 5.5 A assinatura do Contrato de Opção pelo Participante implicará em sua aceitação de todas as condições nele estipuladas e no presente Plano, cuja cópia será entregue ao Participante na assinatura do Contrato de Opção.

- 5.6 Para os fins do presente Plano, a data da deliberação pelo Comitê da série de outorga de opções de compra será a data em que as opções deverão ser consideradas outorgadas aos respectivos Participantes, desde que o Participante, ainda que em data posterior à data de deliberação pelo Comitê, aceite integrar o Plano com a formalização do Contrato de Opção nos termos do item 5.4 acima (“**Data de Outorga**”).

6 EXERCÍCIO DAS OPÇÕES

- 6.1 As opções concedidas a um Participante não serão exercíveis pelo período de 36 (trinta e seis) meses contados da Data da Outorga (“**Período de Carência**”), e somente poderão ser exercidas, observadas as disposições do item 9, no período que se inicia no primeiro dia do 37º (trigésimo sétimo) mês contado da Data da Outorga e se encerra no último dia do 42º (quadragésimo segundo) mês contado da Data da Outorga (“**Período de Exercício**”).
- 6.2 O Participante que desejar exercer suas opções de compra deverá comunicar por escrito à Companhia, durante o Período de Exercício, a sua intenção de fazê-lo, indicando a quantidade de opções que deseja exercer. Tal comunicação deverá seguir o modelo de termo de exercício anexo ao respectivo Contrato de Opção (“**Termo de Exercício de Opção**”).
- 6.2.1 O Participante poderá exercer suas opções de compra total ou parcialmente, em uma ou mais vezes, desde que para cada exercício envie o correspondente Termo de Exercício de Opção durante o Período de Exercício.
- 6.2.2 Caso o Participante não envie à Companhia o Termo de Exercício de Opção durante o Período de Exercício, as opções não exercidas serão automaticamente extintas, de pleno direito, independentemente de aviso prévio ou notificação, e sem direito a qualquer indenização.
- 6.3 Até o dia 30 do mês em que receber o Termo de Exercício da Opção, a Companhia deverá informar por escrito ao respectivo Participante:
- (i) o preço total de exercício a ser pago, resultante da multiplicação do Preço de Exercício (conforme definido abaixo) pela quantidade de opções informada pelo Participante no Termo de Exercício da Opção;
 - (ii) a data de entrega ao Participante das ações objeto do exercício das opções, a qual deverá ocorrer em até 60 (sessenta) dias contados da data de recebimento do Termo de Exercício da Opção (“**Data de Aquisição das Ações**”); e
 - (iii) o período em que o Participante deverá efetuar o pagamento do preço total de exercício, em moeda corrente, por meio de cheque ou transferência eletrônica disponível para a conta bancária de titularidade da Companhia, observado que a data limite de pagamento será sempre o 10º (décimo) dia que antecede a Data de Aquisição das Ações.
- 6.4 Nenhum Participante terá quaisquer dos direitos e privilégios de acionista da Companhia até que as opções sejam devidamente exercidas e as correspondentes ações entregues a tal Participante, nos termos do Plano e respectivo Contrato de Opção. Nenhuma ação será entregue ao titular em decorrência do exercício da opção a não ser que todas as exigências legais e regulamentares tenham sido integralmente cumpridas.
- 6.5 O Participante estará impedido, durante o prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da Data de Aquisição das Ações, de direta ou indiretamente vender, ceder, permutar, alienar,

transferir, conferir ao capital de outra sociedade, outorgar opção, ou, ainda, celebrar qualquer ato ou acordo que resulte, ou possa resultar, na alienação, direta ou indireta, onerosa ou gratuita, de todas ou quaisquer das ações e/ou Units adquiridas pelo exercício da opção de compra no âmbito deste Plano.

7 PREÇO DE EXERCÍCIO DAS OPÇÕES DE AÇÕES

Para cada série de outorga de opções no âmbito deste Plano, o preço de exercício de cada opção de compra de ações deverá ser o correspondente a 80% da média do preço de fechamento das negociações das Units da Companhia realizadas nos últimos 20 (vinte) pregões da BM&FBOVESPA S.A.– Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros anteriores à data de convocação da reunião do Comitê que deliberar a outorga das opções daquela série (“**Preço de Exercício**”).

8 TÉRMINO DA OPÇÃO

8.1 Sem prejuízo de qualquer disposição em contrário prevista no Plano, as opções outorgadas nos termos do Plano extinguir-se-ão automaticamente, cessando todos os seus efeitos de pleno direito, nos seguintes casos:

- (i) mediante o seu exercício integral, na forma estabelecida no item 6;
- (ii) após o decurso do prazo de vigência da opção de compra;
- (iii) mediante o distrato, por comum acordo entre a Companhia e o Participante, do Contrato de Opção;
- (iv) se a Companhia for dissolvida, liquidada ou tiver sua falência decretada; ou
- (v) nas hipóteses previstas no item 9.2 deste Plano.

9 HIPÓTESES DE DESLIGAMENTO DA COMPANHIA E SEUS EFEITOS

9.1 Nas hipóteses de desligamento do Participante por demissão, com ou sem justa causa, renúncia ou destituição ao cargo, aposentadoria, invalidez permanente ou falecimento, os direitos a ele conferidos de acordo com o Plano poderão ser extintos ou modificados, observado o disposto no item 9.2 abaixo.

9.2 Se, a qualquer tempo durante a vigência do Plano, o Participante:

9.3 for desligado da Companhia de forma involuntária, mediante dispensa sem justa causa, ou destituição do seu cargo sem violação dos deveres e atribuições de administrador, o Participante poderá exercer, no prazo de 10 (dez) dias contados da data do desligamento, o número de opções calculado *pro rata temporis* em relação ao Período de Carência. Não havendo o exercício pelo Participante no prazo acima mencionado, todas as opções de compra não exercidas serão automaticamente extintas, de pleno direito, independentemente de aviso prévio ou notificação, e sem direito a qualquer indenização;

9.4 for desligado da Companhia de forma involuntária, mediante dispensa por justa causa, ou destituição do seu cargo por violar os deveres e atribuições de administrador, todas as opções de compra já exercíveis ou ainda não exercíveis de acordo com o respectivo Contrato de Opção, na data do seu desligamento, restarão automaticamente extintas, de pleno direito, independentemente de aviso prévio ou notificação, e sem direito a qualquer indenização;

- 9.5** desligar-se da Companhia de forma voluntária, pedindo demissão do seu emprego, ou renunciando ao seu cargo de administrador, todas as opções de compra já exercíveis ou ainda não exercíveis de acordo com o respectivo Contrato de Opção, na data do seu desligamento, restarão automaticamente extintas, de pleno direito, independentemente de aviso prévio ou notificação, e sem direito a qualquer indenização;
- 9.6** desligar-se da Companhia por aposentadoria, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da data da aposentadoria, o Participante poderá exercer todas as opções de compra de acordo com o Contrato de Opção, inclusive as opções de compra em Período de Carência, observadas as demais disposições do item 6 deste Plano. Não havendo o exercício pelo Participante no prazo acima mencionado, todas as opções de compra não exercidas serão automaticamente extintas, de pleno direito, independentemente de aviso prévio ou notificação, e sem direito a qualquer indenização; e
- 9.7** desligar-se da Companhia por falecimento ou invalidez permanente, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de falecimento ou declaração de invalidez permanente, conforme o caso, os herdeiros e sucessores legais do Participante, conforme aplicável, poderão exercer todas as opções de compra de acordo com o Contrato de Opção, inclusive as opções de compra em Período de Carência, observadas as demais disposições do item 6 deste Plano. Não havendo o exercício pelos herdeiros ou sucessores legais do Participante no prazo acima mencionado, todas as opções de compra não exercidas serão automaticamente extintas, de pleno direito, independentemente de aviso prévio ou notificação, e sem direito a qualquer indenização.

10 PRAZO DE VIGÊNCIA DO PLANO

O Plano entrará em vigor a partir da data de sua aprovação pela Assembleia Geral e permanecerá em vigor até 12 de junho de 2019. O término de vigência do Plano não afetará a eficácia das opções ainda em vigor outorgadas com base nele.

11 DISPOSIÇÕES GERAIS

- 11.1.** O exercício das opções outorgadas nos termos deste Plano são pessoais e intransferíveis, não podendo o Participante, ceder, transferir ou de qualquer modo alienar a qualquer terceiros as opções, nem os direitos e obrigações a elas inerentes, exceto nas hipóteses previstas no item 9.29.7.
- 11.2.** A outorga de opções nos termos do Plano não impedirá a Companhia de se envolver em operações de reorganização societária, tais como transformação, incorporação, fusão, cisão e incorporação de ações. O Comitê e as sociedades envolvidas em tais operações poderão, a seu critério, determinar, sem prejuízo de outras medidas que decidirem por equidade: (a) a substituição das ações objeto desta opção de aquisição por ações, quotas ou outros valores mobiliários de emissão da sociedade sucessora da Companhia; e/ou (b) a antecipação da aquisição do direito ao exercício da opção de aquisição das ações, de forma a assegurar a inclusão das ações correspondentes na operação em questão.
- 11.3.** Caso o número, espécie e classe das ações existentes na data da aprovação do Plano venham a ser alterados como resultado de bonificações, desdobramentos, grupamentos, conversão de ações de uma espécie ou classe em outra ou conversão em ações de outros valores mobiliários emitidos pela Companhia, caberá ao Comitê realizar o ajuste correspondente no número e classe das ações objeto das opções outorgadas e seu respectivo preço de exercício, para evitar distorções na aplicação do Plano.

- 11.4. Nenhuma disposição do Plano ou opção outorgada nos termos do Plano conferirá a qualquer Participante o direito de permanecer em qualquer cargo da Companhia, nem interferirá, de qualquer modo, no direito de a Companhia, a qualquer tempo e sujeito às condições legais e contratuais, rescindir o contrato de trabalho do empregado e/ou interromper o mandato do administrador.
- 11.5. Cada Participante deverá cumprir expressamente os termos do Plano, mediante declaração escrita, sem qualquer ressalva, nos termos definidos pelo Comitê.
- 11.6. Os casos omissos serão regulados pelo Comitê, consultado o Conselho de Administração sempre o que o Comitê o entender conveniente.
- 11.7. Qualquer opção concedida de acordo com o Plano fica sujeita a todos os termos e condições aqui estabelecidos, termos e condições estes que prevalecerão em caso de inconsistência a respeito de disposições de qualquer contrato ou documento mencionado neste documento.

* * * * *