

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO

JOÃO VÍTOR FARIAS JATAHY FONSECA

**STOCK OPTION PLANS:
A exigência de alienação para determinação da natureza mercantil.**

SÃO PAULO

2018

Nome: FONSECA, João Vitor Farias Jatahy

Título: Stock Option Plans: A exigência de alienação para determinação da natureza mercantil.

Pesquisa apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EAESP – FGV) como requisito para o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) ciclo 2017/2018.

Campo de conhecimento: Finanças, Direito Contratual, Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito do Trabalho

Orientador: Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho

Campo de conhecimento:

Data da aprovação: ____/____/____

Avaliadores:

Orientador

Avaliador

Coordenador da Iniciação Científica

RESUMO

Em razão da retenção e prospecção de funcionários, assim como a redução do inerente conflito de interesses entre acionistas e administradores, encontra-se, hodiernamente, uma crescente utilização de métodos alternativos de remuneração. Entre eles, há quem diga que estão os títulos de opções de compras de ações, também conhecido como *Stock Option Plans*, que consiste em uma opção de compra futura de uma ação por um preço pré-fixado. Apesar da previsibilidade disposta na Lei nº 6.404/1975 (Lei das S/A) não há legislação pátria que regule e estabeleça o tratamento aplicável ao plano, o que causando insegurança jurídica. Neste contexto, o presente estudo debruça-se sobre a jurisprudência, as doutrinas e as legislações pátrias em busca de analisar as questões que envolvem a natureza jurídica deste objeto.

Palavras-chave: *Stock Option Plan*, Plano de Opções de Compra, Natureza Jurídica, Remuneração, Negócio Jurídico.

SUMÁRIO

RESUMO	1
1. INTRODUÇÃO	1
1.1. TEMA E RELEVÂNCIA	1
1.2. PERGUNTA DE PESQUISA	2
1.3. OBJETIVOS GERAIS.....	2
1.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	3
1.5. REFERENCIAL TEÓRICO	3
1.6. CONTRIBUIÇÕES PRETENDIDAS	4
2. REVISÃO DA LITERATURA.....	5
2.1. STOCK OPTION PLAN	5
2.2. CARACTERÍSTICAS.....	6
2.3. FASES DO STOCK OPTION	7
2.4. PREVISÃO LEGAL.....	9
3. METODOLOGIA	10
3.1. O DIREITO COMO SER.....	11
3.2. O DIREITO COMO DEVER-SER	14
4. RESULTADOS	18
4.1. DA JURISPRUDÊNCIA	18
4.1.1. ANÁLISE ESTATÍSTICA	18
4.1.2. <i>RATIO DECIDENDI</i>	21
4.2. DA LEGISLAÇÃO	30
4.2.1. REMUNERAÇÃO E SALARIO	31
4.2.2. DA RELAÇÃO CONTRATUAL.....	34
5. CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40
APÊNDICE	46
QUADRO 1 – ACÓRDÃOS DO CARF	46
QUADRO 2 – DISCRIMINAÇÃO DAS DECISÕES DO CARF	47
QUADRO 3 – TESTE CHI-QUADRADO DE PEARSON (DECISÕES DOS ACÓRDÃOS DO CARF).....	47
QUADRO 4 – TESTE CHI-QUADRADO DE PEARSON (NATUREZA JURÍDICA).....	47
QUADRO 5 – <i>CROSSTABLE</i> DE DADOS	48
TABELA 1 – DIVISÃO DOS ACÓRDÃOS PELAS TURMAS DO CARF	48
TABELA 2 – DIVISÃO DOS ACÓRDÃOS PELAS EMPRESAS	48
FIGURA 1 – REPRESENTAÇÃO VISUAL DAS DECISÕES DO CARF	49
ANEXO	50
QUADRO 4 – ACÓRDÃOS DO CARF (GESING, PAULA E BASTOS).....	50
FIGURA 2 – DISTRIBUIÇÃO DO CHI-QUADRADO.....	50
TABELA 5 – TABELA DE DISTRIBUIÇÃO DO CHI-QUADRADO.....	51

1. INTRODUÇÃO

1.1. TEMA E RELEVÂNCIA

Em prol do desenvolvimento sustentável de qualquer empresa, mister é a ativa e constante colaboração dos *stakeholders*, mormente empregados. Estes, entretanto, pouco auxiliam no crescimento empresarial em caso de insatisfação. Devido a este fato, uma das principais funções dos acionistas de uma empresa é reter e motivar talentos dentro desta para que estes alcancem êxito em atingir a estratégia definida ao trabalharem por ela. Existem diversas ferramentas que são empregadas para esta função, dentre as principais estão: Participação dos Lucros e Resultados; Bônus das mais variadas formas; e, o de maior interesse para esta pesquisa, os Planos de Opção de Compra de Ações.

Proveniente dos Estados Unidos da América (WANDERLEY, 2015), os Planos de Opções de Compra de Ações, também conhecido como *Stock Option Plan* (SOP) – que consiste em conceder, no futuro, o direito de compra de ações a preços fixos no presente –, vem sendo cada vez mais utilizado por empresas atuantes no Brasil. A princípio, essa atividade era realizada principalmente pelas empresas internacionais com intuito de repartir com o beneficiado os lucros dos negócios estrangeiros (MOSQUERA e BUENO, 2010). Com o decorrer do tempo, empresas nacionais usufruíram deste contrato para resolver o notório conflito de interesses inerente ao contrato empregatício ao tornar o empregador em acionista (MOSQUERA e BUENO, 2010), além de: reter e prospectar talentos; comprometer o beneficiado ao bem-estar da empresa e motivá-lo (MOREIRA, QUINTELA e SAVASSI, 2013).

Assim como a Participação nos Lucros e Resultados (PLR) e os diversos modos de bônus, o *Stock Option* pode substituir parte da remuneração, e isso, para a Receita Federal do Brasil (RFB), é considerado como uma forma de salário indireto. Caso seja, mister é cobrar a contribuição previdenciária sobre esta atividade além de outros encargos como o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF). O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) vem tendendo a concordar com o Fisco, maioria dos processos foram votados a favor deste princípio (GESING, BASTOS E PAULA). Entretanto, o Tribunal Regional Federal (TRF) assim como o Tribunal Superior do Trabalho (TST), discordam desta afirmação julgando os casos sobre a opção como de natureza mercantil (BOUCINHAS FILHO e BARBA 2013; GESING, BASTOS E PAULA).

A discordância entre os órgãos deve-se ao fato de que não há, até o presente momento desta pesquisa, legislação pátria – sejam elas trabalhistas, previdenciárias ou mesmo tributárias – que estabeleça e regule de forma específica o tratamento aplicável aos planos. Sua previsão restringe-se há seletos textos normativos tal como na Lei n° 6.404/1975 (Lei das S/A)¹ e, em norma infralegal, na deliberação CVM n° 371/2000, que trata de questões contábeis, ambas insuficientes para definir a natureza do plano e, conseqüentemente, o consenso entre os interessados. A escassez legislativa traz consigo uma abertura para as oportunidades contratuais envolvendo o plano, podendo neste, inclusive, ausentar a alienação do título à outra parte ou sequer a necessidade de possuir ações disponíveis abrangendo a ferramenta também às sociedades limitadas.

A ambigüidade decisória causa, hodiernamente, imprevisibilidade e conseqüências significativas aos atuantes da prática. Diversas empresas, apesar de desejarem, não a realizam, não obstante ter o potencial de incentivar e desenvolver um crescimento sustentável, pelo risco dos julgamentos contrários ao posicionamento do contribuinte, podendo este pagar aquilo que não deveria ou não pagar aquilo que deveria tendo em ambos os casos, mas prioritariamente neste, prejuízos significativos.

1.2. PERGUNTA DE PESQUISA

O problema exposto acima – imprevisibilidade jurídica devido a discordância acerca da natureza jurídica entre os órgãos decisórios – revela à pesquisa no qual o presente projeto se propõe a exercer – considerando os debates hodiernos sobre o tema, a legislação, as jurisprudências e as doutrinas – a seguinte pergunta: Qual é a natureza jurídica do *Stock Option Plan*?

1.3. OBJETIVOS GERAIS

Tendo em consideração a pergunta supracitada, a pesquisa proposta tem como principal finalidade: meditar sobre a natureza jurídica do Plano de Opções de Compra mediante a análise dos fundamentos deste negócio jurídico.

¹ “Art. 168 (omissis)

§ 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com o 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.” (BRASIL, 1976, n.p.)

1.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Compreender a estrutura do *Stock Option Plan*, detalhando os agentes, as razões, as regulações e os processos; Estudar as características da natureza mercantil e salarial; Examinar os possíveis negócios jurídicos aplicáveis ao plano; Analisar a jurisprudência, as doutrinas e as legislações que versam o tema buscando, nelas, suas percepções em referência à indagação; Sintetizar as principais hipóteses a respeito da questão; Perscrutar criticamente as diferentes hipóteses averiguando suas falseabilidades com objetivo de rejeitá-las.

1.5. REFERENCIAL TEÓRICO

Tem-se início, o conflito de agência – caracterizado pela incompatibilidade de interesse entre os acionistas e seus administradores –, no momento da desunião, com o sócio, da propriedade e do controle em uma empresa (JENSEN E MECKLING, 1976). Deste modo, em prol de amenizar o desacordo entre as partes e crescimento sustentável de longo prazo, mister é a criação de uma política remuneratória complacente com a estratégia da empresa, pois, é um dos fatores mais importantes para o sucesso de uma organização ao atrair o tipo de executivo desejado e ao moldar o comportamento dos destes (JENSEN E MURPHY, 1990).

Dentre das diversas nomenclaturas referentes as remunerações, existe a que as descreve como fixas e variáveis. A remuneração fixa, apesar de mais comum, por não ser atrelado a performance da empresa, perpetua o inerente conflito supracitado. Todavia, os mecanismos de remuneração variáveis, por possuírem caráter contingencial relativos, majoritariamente, a indicadores correlacionados a performance da empresa ou metas pessoais – ambos benéficos ao empresário –, diminuem o conflito de agência ao tornar os interesses em complementares (KIMURA, BASSO E PERERA, 2009).

O gozo pelo funcionário da propriedade da ação é uma das ferramentas mais efetivas para alinhar os interesses dos executivos e dos acionistas (JENSEN E MURPHY, 1990). Exercendo essa função, os Planos de Opções de Compras de Ações – um instrumento derivativo de ações definido como um contrato que outorga o direito de adquirir ações do grupo econômico da concessora pelo colaborador por preço pré-definido sujeitos a condições adicionais (SIMÕES, 2015) – estão sendo cada vez mais utilizados no Brasil.

Os tratamentos aplicáveis a estes planos não são previstos nem regulamentados devido a inexistência de normas trabalhistas, previdenciárias ou tributárias que as estabeleçam (MOSQUERA E BUENO, 2010). Essa escassez legislativa leva a possível compreensão da natureza salarial desta ferramenta ao vincular a atividade laboral do empregado com a obtenção de benefício econômico proveniente do exercício da opção (BOUCINHAS FILHO e BARBA, 2013) o que acarretaria na sujeição à incidência de contribuições previdenciárias sobre a diferença positiva entre o valor de mercado e o valor pago pela opção (RISTOW E SILVA, 2013).

No Brasil, entretanto, com respaldo jurisprudencial, há a prevalência da tese que sugere a natureza não salarial do plano e que deve ser analisado sob a ótica do direito empresarial (BOUCINHAS FILHO, 2013). Essa conclusão parte-se: da inexistência de contraprestação já que não há causalidade entre o serviços prestado e a obtenção de benefícios derivados (MOREIRA, QUINTELA E SAVASSI, 2013; BOUCINHAS FILHO e BARBA, 2013), já que o plano falha em filtrar o aumento de preço devido à tendências do mercado e da indústria (BEBCHUK E FRIED, 2003), premissa suportada pela doutrina estrangeira (BOUCINHAS FILHO e BARBA, 2013); da onerosidade decorrente da necessidade de desembolso do beneficiado para a adquirir a ação (BOUCINHAS FILHO e BARBA, 2013; RISTOW E SILVA, 2013); da álea inerente ao mercado financeiro aceita pelo beneficiado na outorga do contrato (MOREIRA, QUINTELA E SAVASSI, 2013; BOUCINHAS FILHO e BARBA, 2013); por fim, da facultatividade do exercício, dependendo da deliberação das partes (MOREIRA, QUINTELA E SAVASSI, 2013).

Nesse contexto se encontra a discussão hodierna acerca do tema. Os argumentos que corroboram com a definição do *Stock Option Plan* como de natureza mercantil versam com o pressuposto de alienação do título ao empregado, mesmo que cedido à empresa logo após. Existe, entretanto, situações onde esta transação não ocorre, à guisa das *Phantom Stock Options* em que é inexistente a entrega da ação ao beneficiário (SIMÕES, 2015). Neste caso, o valor da ação ou cota é utilizado como parâmetro para a determinação do bônus oferecido. Até o presente momento não foi encontrado por mim doutrina que se debruce sobre os pormenores de casos semelhantes a este.

1.6. CONTRIBUIÇÕES PRETENDIDAS

O presente estudo se dedicou a pesquisar arduamente em debates, legislações, jurisprudências e doutrinas pátrias as características pertinentes ao *Stock Option Plan* e desenvolveu, a partir destes, uma análise crítica dos possíveis negócios jurídicos que relacionem ao plano. Este objetivo é intencionado a auxiliar os interessados na previsibilidade dos julgamentos que versam com o tema ao contribuir às instituições que decidem possíveis resoluções às questões relativas ao plano e aos empregadores lucidez em relação a este.

2. REVISÃO DA LITERATURA

Diferente do que muitos argumentam, a natureza jurídica de um instituto não é determinado pelo nome que lhe é atribuído mas pelas suas características essenciais. Destarte, antes de discorrer sobre o *Stock Option Plan* para o plano jurídico, mister é o compromisso de dissertar sobre essas particularidades expondo as perspectivas doutrinárias que circundam o tema. Nesta função, empenha-se, o presente trabalho, a definir o objeto em pauta e evidenciar seu processo ressaltando as atividades inerentes.

2.1. STOCK OPTION PLAN

Apesar dos embates doutrinários relacionados a natureza jurídica do plano, sua definição não sofre de tamanha adversidade. De modo geral, são notável as convergências conceituais em relação aos principais elementos do plano, os descrevendo de forma semelhante (SILVA, 2013).

De acordo com o dicionário Barrons Dictionary of Legal Terms, citada por o *stock option* é: “a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data a futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, e não ao tempo em que as ações são adquiridas.” (apud PIMENTA, 2007)

Nas palavras de André Mendes Moreira, Guilherme Camargos Quintela e Rafael França Savassi (2013): “O *Stock Options Plan* consiste, em síntese, na concessão do direito de compra de ações, no futuro, a preços fixados conforme o valor de mercado presente, geralmente abaixo do custo atual (preço de exercício).”

Nesta mesma linha, a professora Adriana Calvo Pimenta (2007) assevera: “O sistema de “stock options” consiste no direito de comprar lotes de ações por um preço fixo dentro de um prazo determinado. A empresa confere ao seu titular o direito de, num determinado prazo,

subscriver ações da empresa para o qual trabalha ou na grande maioria da sua controladora no exterior, a um preço determinado ou determinável, segundo critérios estabelecidos por ocasião da outorga, através de um plano previamente aprovado pela assembleia geral da empresa.” (PIMENTA, 2007)

O professor e doutrinador Sérgio Pinto Martins ressalta: “Stock option é a possibilidade de o empregado ter a opção de aquisição de ações da empresa por um preço em média abaixo do preço do mercado e de vendê-lo com lucro.” (MARTINS, 2005 apud DAL MAS, 2007)

Por fim, para ratificar a convergência, o ilustre doutrinador Fábio Ulhoa Coelho conceitua o plano como: “negócio jurídico, pelo qual a companhia se obriga a partir da declaração de vontade do executivo beneficiário (exercício da opção) e pagamento por este preço, a entregar-lhe ações de sua emissão, em quantidade e espécie previamente definidas no instrumento de opção.” (COELHO, 2011 apud PEREIRA e SANTOS, 2015)

2.2. CARACTERÍSTICAS

A essência dos *stock options* está nas suas características intrínsecas, possuídas independentemente do país em que são concedidas. Tais características são:

- Preço de exercício (*exercise price* ou *valuation*): Como supracitado, os *stock options* são a concessões do direito de compra de uma ação por um preço predeterminado, logo não são cedidos a título gratuito. Destarte, o preço de exercício pode ser definido como o valor preestabelecido no momento da concessão pelo qual a empresa se compromete a vender a ação para o beneficiário no momento determinado caso este opte por exercer o direito.

Existem três tipos de preço de *exercício*: *At the Money*, que ocorre quando o preço de exercício é o mesmo que o preço da ação no momento da concessão; *Out of Money*, em que o preço de exercício é maior que o preço da ação no momento da concessão; e *In the Money*, quando o preço de exercício é inferior ao preço da ação.

- Exercício Facultativo: A decisão do exercício é opcional para o beneficiário, ou seja, a pessoa que recebe a oportunidade de exercer o direito de compra das ações poderá ou não exercê-lo de acordo com o próprio desejo – que usualmente coincide com o

vislumbro de lucro, apesar de outros fatores terem poder de influência nessa decisão tal como a onerosidade inerente à compra.

- Volatilidade: Regido pela oferta e demanda, o mercado de ações é essencialmente volátil. Essa característica gera risco para a transação já que cria a possibilidade do valor de mercado atingir valores inferiores ao preço de exercício. Uma vez que o exercício é facultativo, é afirmado que o único risco que o beneficiário pode ter é o de não ganhar. Esse argumento torna-se equivocado pelo fato de que o comprador não é exigido – inclusive muitas vezes sequer é permitido – vender as ações simultaneamente à compra acarretando em um possível risco de perda de valor da ação para um preço abaixo do preço de exercício.

2.3. FASES DO STOCK OPTION

Os *Stock Option Plans* podem ser divididos em várias fases. As principais podem ser descritas como segue:

- Aprovação: A primeira fase do processo é a de aprovação do plano pela empresa que deve ser feita mediante votação em Assembleia Geral pelo conselho. A seguir, deve-se tornar os beneficiários cientes dos termos aprovados, momento em que é considerado a implementação do plano.

É válido destacar que “via de regra, a instituição dos Planos de Stock Options trata-se de um ato potestativo do empregador. Exceção à regra se verifica quando tal concessão se configura como condição de trabalho, pactuada pelas partes, no ato da contratação.

Por outro lado, por se tratar de concessão de uma opção, o empregado terá o direito de exercer a opção, mas não a obrigação de fazê-lo, o que significa que a concessão pode limitar-se à primeira ou à algumas das fases do Plano de Stock Options.” (DAL MAS, 2007)

- Concessão das opções de compra de ações (*Grant date*): Após a aprovação na assembleia, inicia-se o processo de outorga de direitos aos beneficiários. Por meio de um contrato individual – em que são expressa os termos do plano –, torna-se expressa a concordância pelo empregado. Este contrato também estabelece a obrigação pelo

cedente (companhia) de transferir as ações ao empregado caso todas as condições estabelecidas forem atendidas.

- Prazo de carência ou maturação (*vesting*): O prazo de carência trata-se do período de tempo necessário para o beneficiário efetivamente obter a elegibilidade do exercício das opções. Neste momento, como as opções possuem somente potencial de recompensa, existe apenas uma expectativa de direito sujeito à condições suspensivas²(MOREIRA, QUINTELA e SAVASSI, 2013). Em geral esse prazo é equivalente a até quatro anos (WANDERLEY, 2015).
- Data de aquisição de direitos (*vesting date*): A data de aquisição de direitos ocorre quando é findado o prazo de carência, e atingido todos os termos instaurados no contrato o beneficiário finalmente adquire o direito de exercer a opção de compra. Ele representa a data de início do período de exercício.
É importante ressaltar que caso o beneficiário exerça a opção, a empresa há de alienar ações ao empregado por meio de ações já existentes em sua tesouraria ou por subscrição de novas ações (CARVALHOSA, 2003) – o que dilui o patrimônio acionário da empresa, em contrapartida seus ativos são avolumados (DAL MAS, 2007).
- Período de exercício: O período de exercício, por sua vez, é o prazo que o funcionário tem a disponibilidade jurídica sobre a compra das ações a partir da data de aquisição de direitos. Estipulado em contrato, esse período pode ser definido como apenas um dia (modelo europeu) ou um lapso temporal (modelo americano).
- *Lock up*: Exercido o direito de comprar ações, o contrato pode prever um período em que o funcionário precisa permanecer com a posse da ação sem poder aliená-las. O lock up é o nome dado para esse momento e para a cláusula contratual que determina o essa obrigação.
- Expiração do direito: O vencimento da opção é a data estipulada para o exercício de compra das ações. Após este prazo, o beneficiário perde o direito de exercer a opção.

² FONSECA NETO, Dilson Jatahy, “**Venda a contento – o precedente do *pactum displicentiae* no Direito Romano**”. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2014, o autor argumenta que, com a condição suspensiva, o negócio só tem efeitos após a ocorrência do fato condicionante.

2.4. PREVISÃO LEGAL

A Lei 4.728/1965 que disciplina o mercado de capitais foi o primeiro diploma normativo a mencionar as opções de compra (SIMÕES, 2015): “Art. 48. Nas condições previstas no estatuto, ou aprovadas pela assembleia geral, a sociedade poderá assegurar opções para a subscrição futura de ações do capital autorizado.” Em que pese esta lei disponha a previsão sobre a opção de compra, não há nela regras e procedimentos para sua atuação.³

Dispondo sobre as sociedades anônimas, a Lei 6.404/76, notadamente nos artigos 157, 166, 171 e 176, também prevê as opções de compra:

Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular.

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;

Art. 171. Na proporção do número de ações que possuem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital. (Vide Lei nº 12.838, de 2013)

§ 3º Os acionistas terão direito de preferência para subscrição das emissões de debêntures conversíveis em ações, bônus de subscrição e partes beneficiárias conversíveis em ações emitidas para alienação onerosa; mas na conversão desses títulos em ações, ou na outorga e no exercício de opção de compra de ações, não haverá direito de preferência.

Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

§ 4º As demonstrações serão complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessários para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício.

§ 5º As notas deverão indicar: (Revogado pela Lei n.º 11.941, de 2009)

g) as opções de compra de ações outorgadas e exercidas no exercício; (Revogado pela Lei n.º 11.941, de 2009)

(BRASIL, 1976, n.p.)

Nesta lei, merece destaque o parágrafo terceiro do artigo 168 desta lei, que afirma:

Art. 168. O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária.

§ 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembléia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas

³ No estudo do direito, designa-se a essa vacuidade normativa a palavra “lacuna”. Norberto Bobbio (2007) discorre sobre esse fenômeno afirmando que se trata de uma situação em que não se encontra no sistema jurídico nem norma que proíbe nem que permite determinado comportamento. O autor contrasta esse conceito com aquele da completude, entendendo, por este, a capacidade de encontrar no ordenamento uma norma que regule cada caso que lhe é apresentado.

naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.
(BRASIL, 1976, n.p., *grifo nosso*)

Não obstante sucinta, este artigo estabelece algumas diretrizes autorizadoras para a adoção do plano de opção de compra de ações, tal como: a previsão estatutária de capital autorizado assim como da outorga da opção; aprovação do plano pela assembleia geral; e destinação a administradores, empregados ou pessoas naturais que realizem serviços para a empresa ou sociedade⁴ (SIMÕES, 2015).

Ainda sobre o texto normativo, Modesto Carvalhosa observa: “Tais contratos [opções de compra] não revestem a natureza de títulos, pois não são transferíveis, ou melhor, cedíveis às pessoas que não possuem as qualidades que a lei nomeia, ou seja, acionistas, administradores, empregados ou pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.”

3. METODOLOGIA

“Determinar a especificidade da Jurisprudência⁵, dos métodos e dos modos de pensamento nela utilizados, a partir da especificidade do Direito exige um conhecimento mais aproximado do seu objecto. É com efeito fácil demonstrar que qualquer metodologia jurídica depende da concepção de Direito que lhe subjaz.” (LARENZ, 1997)

A metodologia jurídica é inseparável da análise ontológica do direito; é inconcebível rogar por aquela sem a definição precedente do conceito desta, ensina o jubilado docente da Universidade de Munique. O caráter fundamental desse preceito me força, na tentativa de o comprovar, a apresentar uma ideia absurda: a concepção da capacidade de instrumentalização da compreensão do objeto sem antes definir o mesmo, ou seja, em termos metafóricos de menor abstração, seria semelhante a tentar chegar a algum lugar sem antes definir onde.

A intimidade de tais conceitos é de tamanha grandeza que a obviedade de tal premissa se torna por muitas vezes ignorada no meio acadêmico e dada como evidente a ponto de não mais concebermos a sua notoriedade. A evidência deste fato é respaldada no hábito comum de se debruçar em obras que olvidam os axiomas que fundamentam as suas análises. Deste grupo, não fará parte, o presente estudo.

⁴ Modesto Carvalhosa ressalta em seu texto que a especificação do destinatário na Lei n. 6.404 de 1976 é a maior divergência do texto normativo da n.º 4.728 de 1965.

⁵ O vocábulo “jurisprudência” possui no português do Brasil um significado diverso do trazido na tradução. Na concepção do texto, jurisprudência seria o ramo do conhecimento jurídico, mais semelhante na linguagem comum à “teoria do direito”.

É necessário, portanto, para apresentar as metodologias a serem adotadas, apresentar uma definição de Direito. Não ousou adentrar ao debate secular sobre o tema, mas trarei concepções defendidas por autores renomados e presentes hodiernamente nas principais metodologias adotadas por juristas brasileiros, mesmo que despropositadamente.

3.1. O DIREITO COMO SER

“When we study law we are not studying a mystery but a well-known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. The reason why it is a profession, why people will pay lawyers to argue for them or to advise them, is that in societies like ours the command of the public force is entrusted to the judges in certain cases, and the whole power of the state will be put forth, if necessary, to carry out their judgment and decrees. People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.”
(HOLMES, 1897, p. 1)

Com esse parágrafo, Oliver Wendell Holmes introduziu ao mundo a sua concepção e influenciou um movimento que transformaria a teoria do direito: o realismo jurídico. Em sua primeira frase ele rompe com toda uma tradição ao negar o direito como fruto de forças transcendentais, caráter intrínseco ao jusnaturalismo. A seguir, o autor expõe a gênese do direito, ao elucidar o medo de sanções e a força resguardada ao poder público que rege e amedronta as atividades e anseios humanos em prol de uma teórica paz que inexiste em qualquer civilização atual. Finalmente, o exímio ex-juiz da suprema corte estado-unidense proclamou: “o objeto do nosso estudo é, portanto, a predição, a predição da incidência da força pública através da instrumentalidade dos tribunais.” (tradução nossa)

Isso significa que o direito, para Holmes, não é as leis, a moral ou a lógica, o direito é aquilo que efetivamente ocorre, o que é realmente decidido pelos tribunais; o direito como “ser”. Entender o direito, portanto, é antecipar o que decidirá os tribunais sobre as ações do indivíduo. Aquele que realmente conhece o direito é aquele que age de forma a temer as sanções, o homem mau – que não age pela moral e que só se preocupa com as consequências práticas de suas ações – é o que melhor concebe tal fato. Para conhecer o direito, à vista disso, mister é se preocupar em prever as consequências da ação pelo ponto de vista do homem mau.

A previsão nunca é certa, ainda assim, há diversas metodologias que dão maior confiança à profecia estabelecida. Um advogado que se preze na busca de melhor aconselhar e resguardar seu cliente – seja ele um homem bom ou um homem mau, não há relevância para o

direito – irá buscar compreender o que ocorre quando alguém age de forma análoga ao cliente, irá perscrutar a efetividade das normas pela análise da jurisprudência. O mesmo será feito na presente pesquisa. Será realizado um estudo jurisprudencial buscando compreender o viés e a *ratio decidendi* das decisões proferidas, primordialmente, pelo Conselho Administrativo da Receita Federal (CARF)⁶.

A primeira parte da análise será criar uma base de dados com todos os acórdãos proferidos pelo CARF sobre o tema desde sua criação. Para essa pesquisa, a fonte dos acórdãos será exclusivamente o site do conselho. Será pesquisado na ementa dos acórdãos as seguintes palavras-chave: “Stock Option\$” e “Plano de Opç\$ de Aç\$”⁷. É válido notificar que todos os acórdãos serão avaliados criticamente para certificar que o *Stock Option* é um tema de deliberação no acórdão. As informações selecionadas de cada acórdão serão: a câmara e a turma; o número do acórdão; o número do processo; o tipo de recurso; o nome do contribuinte; a direção do voto proferido em relação ao contribuinte; e a natureza formulada sobre o *stock option* no caso.

A seguir será realizado o *Pearson’s chi-square test* para analisar a qualidade de ajuste (*statistic test for goodness of fit*) da direção do voto e da natureza formulada. Esse teste avalia a probabilidade da distribuição com frequências observadas aconteça ao acaso. No caso específico, já que o intuito é analisar se há viés nas decisões, estima-se que a distribuição esperada possua frequência igual em todas as variáveis, ou seja, uma distribuição uniforme discreta. As hipóteses do teste serão:

- Hipótese Nula (H_0): As frequências da amostra seguem uma distribuição uniforme discreta.
- Hipótese Alternativa (H_a): As frequências da amostra não seguem uma distribuição uniforme discreta.

A seguir será realizado o seguinte cálculo para encontrar o valor do chi-quadrado observado (χ^2):

⁶ A escolha deste tribunal não vem ao acaso. Formado por conselheiros representantes dos interessados do estado e da sociedade – respectivamente, a Fazenda Nacional e os Contribuintes – a partir da edição da Lei 11.941 de maio de 2009, o CARF é um órgão colegiado que julga os litígios tributários e aduaneiros na segunda instância administrativa. Embora não seja formalmente parte do poder judicial, o órgão é um agente importante no contencioso administrativo por apreciar contra inconformidades dos contribuintes contra exigências tributárias e aduaneiras (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 2015). Com relação ao *Stock Option*, as sanções tributárias são as mais onerosas às empresas que realizam tal prática, por esse motivo, a escolha do CARF como tribunal de análise é consonante com a teoria holmesiana de direito apresentada.

⁷ O sinal “\$” é utilizado na palavra chave para que o algoritmo de pesquisa seja capaz de localizar qualquer palavra dentro do acórdão que possua o radical indicado, independente do prefixo ou sufixo.

$$\chi^2 = \sum_{i=1}^k \frac{(f_i - e_i)^2}{e_i}$$

Onde:

f_i = Frequência observada para a categoria i

e_i = Frequência esperada para a categoria i

k = Número de categorias

A probabilidade (valor-p) será dada pela seguinte fórmula no Excel: =CHISQ.DIST.RT. É válido ratificar que a distribuição tem $k - 1$ graus de liberdade. Como em ambos os testes realizados possuem apenas duas categorias (Favorável/Desfavorável ou Remuneratória/Mercantil) portanto haverá apenas 1 grau de liberdade. Finalmente, é preciso comparar o resultado com os valores críticos. Para a análise será selecionado um grau de significância (α) de 10% isso significa que só posso rejeitar a hipótese nula em um cenário de improbabilidade acima de 90% ou um $\chi^2_{\text{crítico}}$ acima de 2,706⁸. Rejeitando a hipótese nula, é possível aceitar a hipótese alternativa, indicando que há um viés nas decisões do tribunal.

Findado o teste de hipótese, ele irá indicar uma tendência, ou seja, ele irá indicar se a maioria significativa dos acórdãos vem proferindo decisões de uma determinada maneira em detrimento da outra, mas não especificamente o racional por trás do tribunal. Para tornar as previsões mais precisas, é necessário o esforço para compreender o fundamento das decisões, a *ratio decidendi*⁹ dos julgados.

É notório, mormente no sistema judicial brasileiro, que muitas vezes não há grandes evidências de integridade¹⁰. Todavia, pelo próprio conceito de variações sem precedentes não há formas de prever partindo-se de dados dispostos em momentos anteriores à decisão. Por esse motivo, assume-se uma integridade como forma de melhor antecipar decisões futuras, mesmo que os precedentes não sejam vinculantes e, por vezes, são contrariados. Quando há jurisprudência assentada, entretanto, são estatisticamente raras as decisões contrárias em casos semelhantes visto que os tribunais inferiores sabem que decisões eventuais contrárias a

⁸ Este valor foi alcançado utilizando a fórmula do Excel =CHISQ.INV.RT e pela ratificado pela tabela disponível em anexo.

⁹ Sobre a *ratio decidendi*, Maccormick define: “Uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso.” Vojdovic, Machado e Cardoso (2009) exploram também a *ratio* e de forma mais sucinta o enuncia como a linha argumentativa principal e realça a capacidade de ser utilizada como precedente em casos futuros.

¹⁰ O texto “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF” (VODJIDIC, MACHADO e CARDOSO, 2009) apresenta evidências da falta de *ratio decidendi* nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) exibindo a falta de integridade no judicial brasileiro.

jurisprudência dominante será revertida pelos tribunais superiores por considerarem que decisões contrárias comprometem a segurança jurídica (DIMOULIS, 2016).

A integridade no direito possui um outro motivo mais próximo à expoentes jurídicos como Dworkin e Maccormick que fundamenta a sua existência. Nas palavras deste: “Se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (prima facie, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados. [...] Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro.” (MACCORNICK, 2008)

Ronald Dworkin (1986) reitera: “*The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author.*” Complementa, ainda, afirmando: “*judges, however, are authors as well as critics. [...] Each novelist aims to make a single novel of the material he has been given what he adds to it, and (so far as he can control this) what his successor will want or be able to add. He must try to make this the best novel it can be construed as the work of a single author rather than, as is the fact, the product of many different hands.*”

Alinhado a esta ideia, a Ministra Rosa Weber do STF proferiu em seu voto no HC 152752 – que é mais conhecido pelo nome midiático que lhe foi atribuído, “*Habeas Corpus do Lula*” – a seguinte ideia: “Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural.” (BRASIL, 2018)¹¹

3.2. O DIREITO COMO DEVER-SER

“Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.”

(KELSEN, 2000)

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 152.752. Relator Ministro Edson Fachin. Paraná. 04/04/2018

A citação de Kelsen acima traz consigo uma crítica ao direito tal como pensado no tópico anterior. O direito não é aquilo que é, o direito é um dever ser. Holmes defendia que o direito é previsão, é aquilo que ocorre, o direito como ato de vontade em si. A visão holmesiana desintegra do direito o seu caráter normativo, mas o fundamenta pelo coercitivo. Kelsen, tratando o direito de forma distinta, explica que o estudo não deve ser daquilo que é, mas daquilo que deveria ser.

Quando tratamos do direito, observamos uma ciência que busca ordenar o comportamento humano partindo-se de uma certa legitimidade. Para reificar esta ideia, analise o artigo 157 do Código Penal:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(BRASIL, 1940, n.p.)

O presente artigo institui um crime, comumente conhecido como roubo. Esta lei institui também uma pena para caso alguém cometa o crime em que se refere. Apesar deste fato, é notório que no Brasil há um número considerável de roubos, roubos estes que, em uma parcela significativa das ocorrências não são penalizadas. Partindo-se da premissa que o direito é, mister é o aceite da proposição de que é permitido roubar, visto que é o que efetivamente ocorre.

A proposição supracitada soa errada, a ponto se tornar inaceitável na linguagem comum em ausência de ignorância ou má-fé. Conclui-se, portanto, que o direito é o que deve ser e não o que efetivamente é. Não se nega que o que é pode estar consonante com o que deve ser; no exemplo apresentado isso ocorreria caso não roubassem ou, caso roubassem, fossem reclusos pelo período determinado.

Com isto em mente, é possível compreender um evidente fato no pensamento kelseniano: não se conhece o direito por intermédio do que acontece na realidade, mas pelo que deveria acontecer. Em uma situação distópica em que todos roubam, ao apenas observar aquilo que ocorre, seria impossível definir que o que deveria acontecer é o não-roubo. A conclusão mais evidente por meio da análise dos atos nessa sociedade vil seria a de que o dever-ser é, de fato, o roubo – contrariando a notória noção de que o roubo constitui um crime e, portanto, não

é um direito. Por isso é possível afirmar que não se conhece o direito por meio da análise do que é. Para se conhecer o direito, deve-se entender o dever-ser.¹²

O dever-ser está intimamente ligado com a norma. A norma instituída é, de certa forma, a criadora do dever a ser seguido – independentemente de haver efetividade. Seguindo esta linha de pensamento, uma norma só é válida quando outra já válida lhe concede este caráter. Na prática, exprime-se claramente esse pensamento no seguinte fato: há a constituição que concede o poder aos legisladores de criar Leis Ordinárias que permite um ato fático. Este, tal como ele é, não possui um caráter de dever-ser obrigatório¹³ sem que antes haja a norma que lhe garanta tal benesse.

Existe um comum debate sobre a primeira norma que supostamente criaria todas as outras. Kelsen apresenta a ideia de norma fundamental (*Grundnorm*) para responder a esta dúvida. Em termos simplórios, existe em um espectro mundano ideal uma norma fundante da validade objetiva, que forma aquilo que consideramos pelo sentido objetivo do Direito. Apesar de incognoscível, presume-se a sua existência por força do costume – mediante o aceite geral da sociedade a norma é considerada válida. Assume-se, como premissa medular, que a razão por realizar uma ação em um estado tão precário de subsistência normativa é a força advinda desse mundo objetivo para se realizar tal ação. Essa é a norma fundamental que incita o dever-ser inerente à própria humanidade no seu estado natural e torna-se evidente pela sua recorrência. Partindo-se dela, todas as outras normas são criadas e estas normas - inclusive a fundamental – formam o plano jurídico.

Partindo-se desta perspectiva, compreende-se que o direito advém da norma validada por outra norma vigente. Apesar da facilidade conceitual, trava-se em um caráter importante no

¹² *In verbis*: “No entanto, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever ser é ‘dirigido’ a um ‘ser’. A expressão “um ser corresponde a um dever-ser” não é inteiramente correta, pois não é o ser que corresponde ao dever-ser mas é aquele “algo”, que por um lado “é”, que corresponde àquele “algo”, que, por outro lado, “deve ser” e que, figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou como conteúdo do dever-ser. [...] A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que diz respeito à circunstância (modus) de que uma é e a outra deve ser. Portanto a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. Porém, a conduta estatuída na norma como devida (como devendo ser), e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondente ou não correspondente à norma, isso é, o conteúdo da norma.” (KELSEN, 2000)

¹³ Hart (1961) em sua obra *The Concept of Law*, enriquece a discussão sobre a natureza das normas e condutas. Realçando constantemente a linguagem, o autor explora a distinção, primeiro entre os hábitos e a obrigação e, posteriormente, a diferença entre a obrigação e o ato de ser obrigado. Ele explica que o ser obrigado caracteriza os motivos e crenças para uma ação ser feita enquanto a obrigação representa algo diferente, que independe do ato em si, representa o elo entre o agente e a regra. Hart esclarece por meio de um exemplo, se um ladrão armado demandar da sua vítima que lhe entregue seus bens, esta vítima está sendo obrigado. Em contrapartida, poucos diriam que ele tem a obrigação, soa, inclusive, errôneo.

que se refere à norma: a interpretação. Sobre isso, Maccormick (2008) descreve: “Aplicar o Direito envolve sempre interpretá-lo. Qualquer norma colocada em um texto legal dotado de autoridade precisa ser entendida antes que possa ser aplicada.”

Kelsen explica, sobre a norma, que é impreterível interpretar para poder aplicá-la. Cada norma por ser compreendida de diversas formas e a sentença é apenas uma escolha dentre essas múltiplas possibilidades. As interpretações formam o que Kelsen denominou de moldura¹⁴, ou seja, uma representação física e limitante tal como um quadro para a norma, indicando que a interpretação normativa deve-se permanecer dentro desta forma – considerando que não haja ignorância ou má-fé. Não se nega, porém, que o juiz é, também, um criador do direito e, portanto, tem a capacidade de expandir a moldura ao definir um significado nunca antes visto ou incomum para determinada norma. É válido ratificar que, pela ciência jurídica pura, não é possível fazer qualquer distinção valorativa em relação as diversas interpretações.¹⁵

Ainda sobre a interpretação, Kelsen distingue duas formas formais: a primeira pelo órgão que aplica e a segunda pelo jurista (ciência jurídica). Sobre esta, que mais importa para a presente pesquisa, é dito: “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica.” (KELSEN, 2000) Ou seja, o jurista não é um criador do direito, as suas palavras não são ditames que criam obrigações como são as dos legisladores e dos juízes. A função do jurista é compreender e buscar transpassar interpretações que por ele são concebidas acerca das normas e, desta forma, auxiliar a montar a moldura.

Compreendido essa breve introdução sobre a doutrina Kelseniana de direito, passo então a tratar sobre a metodologia que a ele concerne. Em que pese *Stock Option Plans* é dito ser uma lacuna jurídica pela doutrina predominante por não existir uma norma concernente especificamente para o seu tratamento e, portanto, deve ser resolvido pela discricionariedade do órgão decisor que criará o direito, proponho analisar as normas atuais e, de fato, buscar

¹⁴ Hart (1961) apresenta também um conceito que se assemelha à moldura de Kelsen: a textura aberta da linguagem. Assim como o jurista e filósofo austríaco, aquele autor compreendeu a necessidade da interpretação para a aplicação do direito. Notório pelo estudo da linguagem partindo-se da magnitude do tamanho das diferenças de interpretações possíveis, compreende-se o tamanho da abertura da linguagem simbólico.

¹⁵ *In verbis*: “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal – especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” (Kelsen, 2000)

conceber se há alguma possibilidade de subsunção do objeto em questão à estas. Pela vastidão interpretativa da norma, não será limitado, neste estudo, à leitura e interpretação própria da legislação pois seria incapaz de formar a moldura desejada. Para atingir o objetivo de encontrar as possíveis interpretações jurídicas, buscarei auxílio de renomados doutrinadores que ditarão outras interpretações para as normas podendo assim traçar a abertura do texto normativo.

Visto que para a concepção aqui apreendida de direito não é possível conceber uma metodologia puramente jurídica para a comparação entre as interpretações, ousou em usar o método hipotético-dedutivo para testar a força das interpretações em relação à norma dita. Desta forma, não há comparação entre as interpretações para avaliar a melhor – o que requereria uma análise política, moral ou econômica e que não compete ao direito como ciência pura em si mesma –, mas há o simples teste da aderência da interpretação ao texto positivado.

4. RESULTADOS

4.1. DA JURISPRUDÊNCIA

4.1.1. ANÁLISE ESTATÍSTICA

Primeiro, é importante explanar as categorias aqui expostas. A primeira divisão remete a decisão final do acórdão. Compreende-se que durante um processo há um pleito e uma contraparte que se defende. Em um processo tributário, o recorrente é o contribuinte enquanto o recorrido é a fazenda nacional que busca defender o seu lançamento. Em termos práticos, o contribuinte recorre ao CARF contra um lançamento realizado pelo fisco para um imposto federais, que pode ser Imposto de Renda, Contribuições Sociais sobre o Lucro, INSS, FGTS entre outros. O CARF, por sua vez, irá decidir sobre o pleito de acordo com as informações dispostas podendo ser favorável ou desfavorável ao contribuinte – ou seja acatando ou não o pedido do embargante.

Sob um aspecto divergente, especificamente sobre o *Stock Option Plan*, o CARF pode compreender como de natureza remuneratória ou de natureza mercantil de acordo com a interpretação acerca da narrativa apresentada. É possível compreender uma natureza remuneratória e ser favorável ao contribuinte quando, por exemplo existe um erro formal ou material no processo. Pelos mesmos motivos, ainda que seja de maior raridade, há também a possibilidade de ser desfavorável ao contribuinte ainda que a interpretação do negócio jurídico seja de natureza mercantil. Esse é o maior motivo pela divergência de frequências entre as duas variáveis nas decisões. O mais frequente, todavia, é que haja uma alta correlação entre ser

favorável e mercantil e ser desfavorável e remuneratória. Inclusive, em todas as decisões que houve a compreensão da natureza mercantil, o órgão decidiu em favor do contribuinte.

Em contrapartida, houveram dez acórdãos que apesar de decidirem em prol da natureza remuneratória, proferiram-no em favor da empresa outorgante (ver Quadro 5 anexo). O principal motivo da divergência nas frequências das variáveis optadas nas decisões que envolvem o SOP refere-se à compreensão de erros no lançamento do auditor fiscal sobre, mormente, a base de cálculo e o fato gerador. Em que pese haja divergências acerca desta temática, quando há desacordos entre o tribunal e o auditor fiscal sobre o entendimento destes eventos (temporais ou quantitativos) aquele costuma votar para cancelar o lançamento por vício formal ou material, vide a ementa do acórdão nº 2202-003.436 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária:

“FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. MULTA ISOLADA. LEGALIDADE. BASE DE CÁLCULO. IMPROCEDÊNCIA

A falta de retenção/recolhimento do IRRF a título de antecipação incidente sobre pagamentos efetuados, quando o imposto deve ser retido e antecipado pela pessoa jurídica, fonte pagadora do rendimento, enseja sanção no percentual de 75%, na forma do artigo 9º da Lei 10.426, de 2002 que aponta para o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Entretanto, sendo declarada a improcedência do lançamento, em face de vício na indicação da base de cálculo eleita, a multa, que lhe é proporcional, não pode subsistir. Recurso Voluntário Provido.” 16327.721268/201288, 2202003.437 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Ou ainda a tese na seguinte ementa do Acórdão nº 2401003.891- 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária:

PLANO DE OPÇÃO PELA COMPRA DE AÇÕES STOCK OPTIONS PARA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR INDEPENDENTE SE AS AÇÕES FORAM VENDIDAS A TERCEIROS.

O fato gerador no caso de plano de stock options ocorre com o efetivo exercício do direito de adquirir ações, posto que, constatado o ganho do trabalhador, mesmo que não tenha havido a efetiva venda a terceiros. Para efeitos de aferir a natureza salarial do benefício, não há necessidade de que o trabalhador tenha recebido dinheiro, mas qualquer ganho auferido, mesmo na forma de utilidades, pode constituir remuneração e por consequência salário de contribuição para efeitos previdenciários.

IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR DATA DA CARÊNCIA ANTECIPADA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO DAS AÇÕES VÍCIO NO LANÇAMENTO.

O fato gerador de contribuições previdenciárias em relação ao plano de Stock Options ocorre pelo ganho auferido pelo trabalhador (mesmo que na condição de salário utilidade), quando o mesmo exerce o direito em relação as ações que lhe foram outorgadas. **Improcedente o lançamento quando parte a autoridade fiscal de uma premissa equivocada de que o fato gerador no caso de stock options seria a data de vencimento da carência, independentemente do exercício das ações. Não há como atribuir ganho, se não demonstrou a autoridade fiscal, o efetivo exercício do direito de ações.**

Recurso Voluntário Provido.

(g.n.)

De acordo com a metodologia apresentada no capítulo anterior, há 38 (trinta e oito) acórdãos no CARF que discorrem sobre o *Stock Option Plan* até o momento final do projeto

(ver Quadro 1). Destes, 24 (vinte e quatro) foram desfavoráveis ao contribuinte enquanto 14 (quatorze) foram favoráveis. Em um espectro diferente, uma maioria absoluta de 34 (trinta e quatro) acórdãos, 89% do total, foram considerados de natureza remuneratória enquanto o restante mercantil.

No ponto de vista das turmas (ver tabela 1), vale destacar que a 2ª turma da 4ª câmara foi a turma que proferiu a maior quantidade de decisões sobre o tema, emitindo, ao todo, 10 acórdãos, nenhum dos quais foram considerados de natureza mercantil. Em relação a natureza, a 1ª turma da 4ª câmara foi a que mais decidiu em prol da natureza mercantil, afirmando que 3 dos seus 8 processos possuíam tal caráter. Ademais, esta turma proveu o maior número de acórdãos favoráveis ao contribuinte em números absolutos, 4 no total, junto com a 2ª turma da 2ª câmara e 2ª turma da 4ª câmara. Em números relativos, entretanto, a 2ª turma da 2ª câmara foi a indisputável vencedora na emissão de votos favoráveis para as câmaras que proferiram mais de um acórdão, atingindo um valor de duas decisões favoráveis para cada desfavorável, o dobro da vice-campeã (2ª turma da 4ª câmara) que proferiu apenas uma decisão favorável para cada desfavorável.

Em relação às empresas (ver tabela 2), a maior litigante foi o Itaú Unibanco Holding S.A. com um total de 7 acórdão tendo este como uma das partes. O placar de decisões manteve-se, de certo modo, equilibrado: 4 favoráveis e 3 de caráter mercantil, portanto, 3 desfavoráveis e 4 de caráter remuneratório. O segundo maior litigante, a BM&F Bovespa S/A, exibiu um cenário distinto: dos 5 acórdãos proferidos, todos foram considerados remuneratórios, posto isto, todos foram favoráveis ao contribuinte.

No primeiro momento, é possível crer que ambas as variáveis possuem tendências bem claras. Em apenas 36,8% dos casos e 10,5% dos casos (ver figura 1) foram, respectivamente, favoráveis ou considerados mercantis. Todavia, é demasiadamente improvável haver uma frequência equânime para cada categoria, mesmo em um jogo binário e imparcial, tal como jogar dados, existe a possibilidade de uma frequência dissonante com a uniforme. Por esse motivo, é imprescindível averiguar a probabilidade de ocorrência de uma distribuição específica. O teste apresentado no capítulo da metodologia serve para este propósito.

Os dados apresentados no Quadro 3, que trata do provimento, e no Quadro 4, que trata da natureza jurídica, no apêndice trazem o seguinte resultado: valor-p de 10,5% e 0,0%; e χ^2 de 2,6 e 11,9, respectivamente. Isso significa que, com um grau de liberdade, a probabilidade de haver a frequência da amostra do provimento é de aproximadamente 10,5% enquanto para a

natureza jurídica é praticamente nula. O chi-quadrado, por sua vez, evidência que o erro entre o que é e o que deveria ser está a uma distância de aproximadamente 2,6 e 11,9.

Comparando com o valor crítico optado (α de 10% e χ^2_c de 2,706), com as informações disponíveis, é possível concluir que, primeiro, não se pode rejeitar a hipótese nula sobre o que concerne o provimento do acórdão visto que a amostra não possui um erro estatisticamente relevante para o rejeite. Isso significa que, estatisticamente, temos que aceitar a premissa de que não há tendência nas decisões do CARF sobre o tema. Sem considerar os pormenores, o cliente que entrar com um pleito no órgão, tem a mesma probabilidade de ganhar quanto de perder, pois, é compreendido que há uma distribuição uniforme discreta.

Segundo, a mesma compreensão não é possível para o que concerne a natureza jurídica já que o erro padrão possui uma probabilidade demasiadamente baixa de ocorrer em um cenário que haja uma frequência de 50% mercantil e o restante remuneratório. Portanto, rejeita-se a hipótese nula em prol da hipótese alternativa: as frequências da amostra não seguem uma distribuição uniforme discreta. Isso significa que é possível afirmar, estatisticamente, que há um viés nas decisões proferidas pelo CARF acerca dos SOP. A maioria dos votos classificam-no como remuneratório em detrimento do caráter mercantil. Consequentemente, há uma desvantagem ao contribuinte que ousar pela estratégia de defesa do caráter mercantil no litígio tributário. Melhor é, até mesmo, de acordo com os dados estatísticos consolidados, defender um vício material ou formal por parte do operador fiscal pois, desta forma, há uma maior probabilidade de convencer o tribunal a emitir uma decisão favorável.

4.1.2. *RATIO DECIDENDI*

Para analisar as razões das decisões proferidas pelo CARF (*ratio decidendi*), caráter fundamental para o uso de tais como precedentes, é preciso entender os motivos enaltecidos durante o processo. Creio que para tal, o processo nº 16327.721357/2012-24 que discorre sobre contribuições sociais previdenciárias no SOP tendo o Itaú como contribuinte possui um conteúdo relevante para o início desta análise visto que não só houve discordância na primeira instância do CARF, este foi recorrido para a câmara superior que alterou o entendimento. Outro destaque que cabe a este processo é a data da decisão promulgada pela segunda instância administrativa: último acórdão sobre o tema até o momento da presente pesquisa em 21 de março de 2018.

No acórdão 2401-003.889 da 1ª turma ordinária da quarta câmara, a excelentíssima conselheira Dr.a Carolina, relatora do caso, conforme o devido processo legal e a praxe jurisprudencial apresentando o relato do caso. Afirmou que o Auditor Fiscal autuou o Itaú pelo entendimento de que o Stock Option Plan no caso possuía caráter remuneratório. No acórdão, a relatora expõe os seguintes trechos anunciados por este que remetem sobre fato gerador e a base de cálculo:

Diante do que foi exposto, as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que ocorre o vencimento do prazo de carência, que é o momento do implemento da condição suspensiva contratual. **Não importa se o trabalhador exerceu ou não as opções que detinha.** À luz do Código Civil (art. 125, reproduzido anteriormente), o direito do trabalhador está constituído nesta data (vencimento da carência) e, de acordo com o CTN (art. 117, inciso I), aí ocorreu o fato gerador sobre esse direito.

Portanto, a **data da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência**, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador.

[...]

Assim, a **base de cálculo das contribuições previdenciárias é calculada multiplicando-se a quantidade de opções outorgadas e passíveis de exercício pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção**, ambos referentes à data de vencimento do prazo de carência. Não importa se o trabalhador exerceu ou não as opções, isso ficou a seu critério. [...]

(g.n.)

A relatora expõe ainda a compreensão da DRJ sobre o caso:

De início, a DRJ ressaltou que o próprio Recorrente admitiu a natureza remuneratória das parcelas, tanto no formulário 20F quanto nas reuniões do Comitê de Opções do Itaú Unibanco, por meio das quais foi aprovada a outorga de opções de compras de ações, através de assembleia geral.

Sobre o recurso, destaco o seguinte:

Além de reiterar os argumentos trazidos na impugnação, ressaltou que dois diretores, cujos pagamentos decorrentes do plano de opção de compra de ação foram incluídos na base de cálculo, tinham sido desligados da empresa antes mesmo de findo o prazo de carência, como demonstram as atas de assembleia apresentadas, de modo que tais diretores sequer poderiam ter exercido a opção de compra das ações que lhes foi outorgada. Tal exemplo apenas ratificaria o equívoco da acusação em considerar configurada a ocorrência do fato gerador quando findo o prazo de carência para o exercício da opção de compra das ações.

Em resumo, o auditor fiscal compreendeu a natureza remuneratória do SOP e autuou o Itaú para o pagamento de contribuições previdenciárias, entre outras, afirmou que o fato do recorrente ter tratado no 20-F¹⁶ e no Comitê de Nomeação e Remuneração o Stock Option Plan como remuneração era como uma admissão do caráter remuneratório, fato acatado pelo DRJ.

¹⁶ Relatório emitido para o *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgão nos Estados Unidos da América análogo à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Em sua autuação, afirmou que o fato gerador ocorria na data de exercício, a base de cálculo era calculada que pela diferença entre o valor de mercado e o preço de exercício multiplicado pelo número de ações. O contribuinte recorreu ao CARF alegando os mesmos fatos da impugnação e, além disso, o fato que os diretores não mais comportavam o corpo diretivo no momento do exercício da operação.

Em seu voto, a relatora afirmou:

Esta Turma já se debruçou sobre esse tema e já manifestou o seu entendimento de que a aquisição de ações através de planos de stock options trata-se, em regra, de típico contrato mercantil, oneroso, em que o trabalhador, embora pretenda obter lucros, poderá amargar prejuízos inerentes ao risco de investir no mercado de ações – não configurando, portanto, base de cálculo das contribuições previdenciárias (acórdãos n.s 2401003.044 e 2401003.045). A onerosidade do contrato decorre do pagamento, pelo trabalhador, do preço de exercício estipulado. E essa onerosidade está diretamente atrelada ao elemento risco inerente a esse tipo de operação, já que, se não fosse oneroso, a entrega pelo empregador das ações ofertadas ao trabalhador poderia ser caracterizada como remuneração.

[...]

A concessão ao trabalhador de opção de compra de ações da Companhia em que trabalha tem por finalidade a retenção desses trabalhadores, funcionando como estímulo para que eles permaneçam na empresa e contribuam para o seu crescimento, estimulados pela possibilidade de participar dos lucros futuros e valorização das ações no mercado de capitais. Não há dúvidas, portanto, de que a oferta de ações aos trabalhadores por meio de planos de stock options tem relação direta com a qualidade e importância do serviço prestado pelo beneficiário à empresa – já que, por óbvio, essas opções só são oferecidas àqueles que prestam serviços à Companhia emissora, com o objetivo de que essa prestação de serviços perdure e seja estimulada. Isso não implica, contudo, na automática caracterização de planos dessa natureza como remuneração. **É certo que, não estando presentes as características essenciais de contratos dessa natureza, poderá a fiscalização provar que se trata de forma disfarçada de remuneração, sobre a qual incidiria a contribuição previdenciária patronal acrescida do adicional correspondente.**

[...]

Inicialmente, entendo que os atos societários, demonstrações financeiras e demais documentos mencionados na acusação fiscal, que estabelecem a suposta relação entre os pagamentos decorrentes do plano de stock options e a remuneração paga aos trabalhadores, bem como o fato de o Comitê de Remuneração ser responsável por definir os administradores que terão direito ao exercício da opção de compra da ação, não são fatos aptos a comprometer o caráter mercantil do plano de ações e caracterizá-lo como remuneração para fins previdenciários.

[...]

A despeito disso, entendo que **o fato de não ser exigido um valor para aquisição do direito futuro de exercício da opção de compra de ações, por si só, não retira deste o seu caráter oneroso, muito menos o risco atinente a esse tipo de contrato.** Isto porque, **embora não seja preciso fazer desembolso inicial para adquirir a opção, o exercício da opção de ações do Recorrente é inequivocamente oneroso, já que existe a obrigação de o beneficiário pagar o preço fixado para a aquisição das ações**, sendo este preço, a teor da cláusula sexta do plano, determinado pela média dos preços das ações nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data das opções, facultado ajuste de até 20%, para mais ou para menos. Esse preço do exercício das ações é devidamente reajustado até o mês anterior ao do exercício da opção pelo IGPM.

[...]

Considerando, ainda, o objetivo de instituição do plano, convém registrar que, diferente do que alega a autoridade fiscal, a possibilidade de transferência do exercício da opção para terceiros macularia a própria intenção de criação do plano, que, como

já dito, tem em sua essência o objetivo de fortalecer a relação entre a empresa e o trabalhador. A pessoalidade e indisponibilidade estão plenamente de acordo com a natureza jurídica do plano em questão. Esses elementos, portanto, não o descaracterizam, nem retiram a sua natureza mercantil, esta evidenciada pelo risco e onerosidade presentes na aquisição de ações por meio do plano de stock options.
(g.n.)

O voto da relatora, que coincide com o voto vencedor, começa enaltecendo o fato de que a turma já havia se debruçado sobre o tema e manifestado o entendimento de que a aquisição de ações mediante o SOP constitui-se, via de regra, em um contrato mercantil. Afirma ainda que a onerosidade do contrato está atrelada a necessidade do pagamento, pelo trabalhador, do preço de exercício. Mesmo que não haja o pagamento do prêmio na assinatura do contrato, conforme os contratos de opção de compra usuais, há ainda a onerosidade devido ao desembolso necessário para o exercício do direito. O risco, por sua vez, encontra-se na possibilidade de perda do empregado diante da inerente volatilidade do mercado de ações.

Ela ratifica que nomear algo de uma determinada forma não significa que o objeto que este algo representa é, de fato, o objeto que é representado pelo nome dado. Veja-se, o fato de denominarem um negócio jurídico como um *Stock Option Plan* não se torna garantia de que este negócio será, de fato, um SOP. Inclusive, vide as decisões proferidas, muitas vezes este não é. Da mesma forma ocorre com o fato de denominarem o plano como remuneratório, isso não é suficiente para tornar o negócio uma remuneração, inclusive, possui o mesmo grau de absurdo afirmar que o plano é mercantil por tê-lo chamado desta maneira. A denominação de algo de determinado modo não lhe garante este caráter para o mundo jurídico. A relatora não nega a possibilidade de provar o caráter remuneratório, mas para tanto, é necessário descaracterizar a natureza mercantil demonstrando evidências de não estar presente as características essenciais desta.

A conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, presidente em exercício e voto vencido, fez uma declaração de voto no acórdão. Ela compreendeu a natureza remuneratória do caso, afirmando:

Como defendeu a autoridade fiscal, o caráter remuneratório nasce, na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma, que o mesmo veja no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta. Destaco, porém, que embora, não concorde com a frase dita de forma isolada, no contexto apresentado pelo auditor, entendo que a conclusão mostra-se acertada. Os próprios comunicados e instrumentos de gerenciamento descrevem a nítida intenção de remunerar os trabalhadores por meio do stock options.

[...]

Acredito, conforme descrito anteriormente, que o **argumento consistente para que a opção de compra de ações se afasta da natureza remuneratória é o fato do risco atribuído ao empregado ou contribuinte individual,** quando lhe é feita a opção pela

compra de ações. Todavia, entendo, ao contrário da interpretação adotada pela relatora que o risco no presente caso, elemento essencial, resta mitigada, na medida que a empresa, vai criando políticas que permitem o acesso ao plano **sem o desembolso de qualquer valor no momento de assinatura do contrato de opção pela compra de ações.**

[...]

Conforme mencionado acima, não há pagamento no momento da possibilidade de opção. Ou seja, não estabeleceu a empresa um valor ou antecipação no momento da contratação da outorga, demonstrando que o recorrente simplesmente atribuiu possibilidade de aquisição (diga-se que não é obrigatório), permitindo, ao beneficiário a escolha do melhor momento para aquisição das ações (dentro de um prazo limite estipulado pela empresa). Esse fato mostrasse relevante, quando em outras oportunidades (outros planos de stock options) identificou-se um desembolso no momento da assinatura do contrato de opção, sem nesse momento exercer qualquer tipo de direito, mas tão somente para ter direito de futuramente exercê-las por um preço previamente estipulado. A atribuição de um valor no momento de assinatura do contrato, denotaria um risco, pois se o trabalhador futuramente não tiver interesse em exercer o direito de comprar, não terá direito ao reembolso do valor.

Por fim, outro elemento, trazido pela relatora, que no meu entender também não enseja um risco acentuado, capaz de afastar a natureza salarial do plano da autuada é a impossibilidade de vender metade das ações por um determinado período (denominado lock up). **Pelo contrário, entendo que a possibilidade de venda antecipada das ações (no caso de 50%), sem que se tenha cumprido todo o período de carência é que reforça a natureza salarial da verba, pois o beneficiário pode escolher momentos oportunos para realização da venda.**

Contrariando a conselheira relatora, a conselheira presidente em exercício trouxe uma concepção de remuneração distinta da apresentada pela relatoria. Essa definição concede à remuneração definição fundada na satisfação ou caráter beneficiário, ou seja, caráter teleológico em detrimento do deontológico visto que não importa a forma, mas a intenção da ação. Mediante esta, justifica a natureza remuneratória pela intenção do contrato enunciado pelo conselho em seus documentos de gerar um incentivo ao empregado. Afirma ainda que não há risco ao empregado já que não é mister o pagamento do prêmio do contrato, portanto, não há como o empregado perder pois a opção só será exercida no momento em que houver de fato o benefício e se não houver não há perda de patrimônio. Por fim, entende em seu voto que o fato de ser possível exercer 50% das ações antes do *lock up* ratificaria o caráter remuneratório pois o trabalhador pode ser beneficiado com a escolha do melhor momento de venda.

Diante da evidente escassez de univocidade no CARF evidenciado no acórdão supracitado, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou um Recurso Especial alegando divergência interpretativa da decisão deste acórdão com o nº 2201-002.685 e o nº 2302-003.536 contrários a, respectivamente, o Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A e a Gafisa S/A enaltecendo a similitude das situações fáticas e soluções diametralmente opostas. A 2ª turma da Câmara Superior conheceu o recurso, por unanimidade, e proveu, por voto de qualidade.

Em seu voto no acórdão nº 9202-006.628 do Recurso Especial em questão, o Conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior entendeu:

Ainda, também as próprias atas de reuniões do Comitê de Opções de Companhia, posteriormente denominado como Comitê de Nomeação e Remuneração (efls. 99 e ss., 106 e ss. 110 e ss., 114 e ss.) **admitem a outorga de opções como parcela de remuneração variável**, atribuível exclusivamente a Conselheiros, Diretores e Membros do Conselho de Administração, ou seja, exclusivamente atribuível a titulares que possuem vínculo de efetiva prestação de serviço à outorgante. Caracterizada, ainda, na forma de efls. 72 a 77, **o caráter pessoal e intransferível das opções outorgadas e a necessidade de não desligamento e manutenção das atribuições executivas** durante determinado período de carência para fins de direito ao exercício durante sua vigência (salvo exceções), evitando-se, assim, sua extinção, consoante itens 2.2, 7.2 e 8 do Plano.

[...]

a) O risco de mercado decorrente de flutuações no preço do ativo objeto desde a outorga das opções até o vencimento da carência (associado à obrigação de permanecer na empresa por certo tempo): **Incapaz, em meu entendimento, referido risco de descaracterizar a natureza remuneratória das opções uma vez que se permite, no âmbito do referido plano, ajustes quantitativos (envolvendo quantidade e preço de exercício) nas opções outorgadas, fazendo com que a companhia possa, caso deseje, eliminar integralmente o risco citado**

b) O risco de mercado decorrente de flutuações no preço do ativo objeto após o vencimento da carência e até o momento de eventual exercício: **Trata-se de risco de mercado associado à manutenção voluntária das opções após vencida a condição suspensiva (prazo de carência) e/ou ao exercício das mesmas e posterior manutenção voluntária das ações subjacentes. Tal risco (assumido, note-se, pelo outorgado após a entrega da contraprestação pelo contratante sob a forma de opções, ativo de valor positivo) não guarda qualquer relação com a matéria que se discute aqui.**

[...]

Finalmente, quanto à existência de ações subjacentes (ativo objeto) Que sofrem restrição de venda por dois anos, como já me manifestei também anteriormente, **entendo que o instituto influencia tão somente o quantum remuneratório auferido**, ou seja, a apuração da base de cálculo feita pela autoridade autuante, sendo esta, em meu entendimento, a seara onde a referida restrição à venda poderia influir no presente lançamento, ou seja, através da discussão do valor efetivamente remunerado através de opções, ou seja da base tributável (e não na eventual descaracterização das opções recebidas como verba de natureza remuneratória por risco de mercado esta, sim, tratando-se da única matérias sob litígio).

Atendo-me à matéria litigada, entendo que na presente hipótese há verba remuneratória paga, esclarecendo-se que uma opção outorgada com ativo objeto sujeito a *lockup* é também ativo possuidor de valor econômico positivo no momento em que transcorrido o *vesting period*, apenas possuindo valor econômico menor que uma opção cujo *underlying* é um ativo sem restrições.

(g.n.)

Deste voto é extraído um racional peculiar quando comparado à tendência. Em que pese vencedor por voto de qualidade, vejo neste motivo a razão de um número considerável de declaração de votos. Inicia seu argumento contrário ao caráter mercantil enaltecendo a admissão nos documentos apresentados, partindo-se dessa tese, assume-se a compreensão remuneratória não por causa do ato efetivo, mas devido a intenção por trás do ato – entendimento similar à conselheira Elaine Cristina Monteiro Silva e Vieira na declaração de voto do acórdão precedente. A seguir, discorre sobre a distinção destas opções com os derivativos habituais do mercado financeiro, realçando o caráter personalíssimo e a vinculação com a atividade laboral, como formas de evidenciar a contraprestação da opção. A seguir, sobre o risco, nega a

existência relacionada à volatilidade desde a outorga do plano pois este só representa uma variação do rendimento e não um risco de perda real. Afirma, além disso, que o risco da volatilidade após o vencimento do prazo de carência não relata a matéria atribuída aqui pois o lucro ou a perda auferida nesse período é derivado da volição do empregado com relação ao rendimento já adquirido pela empresa. Por fim, argumenta que o *lock up* não constitui fundamento para contrariar o caráter remuneratório, mas que apenas remete ao quantum remuneratório adquirido, pois ainda possui valor econômico.

A conselheira Elaine Cristina Monteiro Silva e Vieira, novamente, emite uma declaração de voto com fundamentos similares ao previamente discorrido mantendo o seu entendimento. No presente, destaca-se:

Na verdade nos citados acórdãos, por maioria, entendeu-se que os planos ali ofertados constituiriam sim, salário de contribuição. Contudo, enquanto relatora iniciei meu voto fazendo uma abordagem teórica sobre o tema, **indicando que em sua concepção originária os stock options constituiriam contrato mercantil**, mas, destaquei, que, é claro que não é **a mera nomenclatura elemento suficiente para excluir uma verba do conceito de remuneração**; restando naquele caso, demonstrado pela autoridade fiscal, que o plano de stock options possuía sim natureza salarial, posto que no intuito de remunerar indiretamente o trabalhador, já que não ofertava qualquer tipo de risco.
(g.n.)

Votando a favor do contribuinte, a conselheira Ana Paula Fernandes proferiu:

Partindo da premissa que a contribuição previdenciária é devida tão somente sobre as parcelas **recebidas a título de remuneração pelo trabalho**, são incabíveis as alegações da Fazenda Nacional de que as parcelas advindas de Stock Options, devam sofrer tal incidência. **Isso por que as Stock Options possuem relação intrínseca com remuneração do capital.**

[...]

As decisões judiciais que negam natureza salarial as 'stock options' fundamentam-se no fato destas operações financeiras serem onerosas, porque os empregados compram as ações da empresa pelo preço ajustado previamente, não as recebendo do empregador a título gratuito (doação), e o ganho financeiro obtido pelos trabalhadores resulta da valorização do valor das ações da empresa no momento da alienação, que ocorre muito após a outorga da opção de compra, não caracterizando, portanto, natureza remuneratória, pois, 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.

(g.n.)

Relevante é a distinção trazida pela conselheira entre os valores recebidos a título de remuneração pelo trabalho e a remuneração do capital. Não nega, ela, o caráter remuneratório no primeiro momento, mas não concede à tributação visto que, para este, é imprescindível ter um caráter de contraprestação, o que não se evidencia na remuneração de capital. Ratifica, todavia, que a onerosidade e o caráter financeiro do ganho negam a natureza salarial.

Por fim, a conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri também emite uma declaração de voto:

Nem toda vantagem ofertada ao empregado ou contribuinte individual pode ser classificada como remuneratória, tal característica somente estará presente se de fato o benefício assumir caráter primordial de **retribuição pelo trabalho**, e nos planos de opção de compras de ações não é isso que ocorre.

[...]

E aqui cabe um apontamento acerca do argumento de que o caráter remuneratório seria reforçado por cláusula que prevê a perda de direito nos casos de desligamento do empregado antes de encerrado o prazo de carência. Ora, **se o direito decorrente da stock option assumisse feição de remuneração pelo serviço prestado dever-se-ia reconhecer, nessas circunstâncias, ao beneficiado direito a parcela proporcional ao período trabalhado.**

[...]

Como dizer que remunera trabalho se para receber o empregado tem que pagar pelas quotas e se ainda pode ocorrer situações em que tal remuneração simplesmente não venha existir? Neste último caso, se fosse remuneração pelo trabalho, entendo que mais uma vez deveria ser reconhecido o direito de recebimento de indenização pela perda registrada, afinal o labor deve ser remunerado.

(g.n.)

Traz à discussão, importantes testes de falseabilidades das premissas previamente apresentadas para fundamentar um voto com entendimento contrário ao seu, que, por sua vez, favorece o contribuinte. Assim como a Conselheira Ana Paula Fernandes, afirma que nem toda vantagem ofertada ao empregado constitui caráter remuneratório. Ademais, examina hipóteses despontando absurdos caso parta-se da premissa que o SOP possui caráter remuneratório, à guisa do direito a parcela proporcional ao período trabalhado e o direito de recebimento pela perda registrada pela volatilidade do mercado. Questiona, ainda, a contradição inerente a necessidade de desembolso pelo empregado para adquirir o benefício de ser remunerado.

Findando a descrição do processo nº 16327.721357/2012-24, trago uma conclusão preliminar que satisfaz o empenho descritivo: não há uma clara *ratio decidendi* no CARF nos processos que envolvem o *Stock Option Plan*. Cada acórdão, ou ainda melhor, cada voto transita quase que em um mundo jurídico distinto do outro. Não há consenso sobre conceitos fundamentais para decidir, como: a remuneração, o risco, o ônus da prova da natureza e, quiçá, o próprio SOP. Há, portanto, diversas *rationes* que dividem o tribunal, isso gera uma incerteza jurídica pois um mesmo processo, a depender da turma, irá receber um tratamento diferente, contrariando o valor pressuposto à democracia e o estado democrático de direito.

A seguir, para ânimo dos insatisfeitos com a conclusão prévia, serão trazidas algumas reflexões que foram encontradas em diversos votos lidos durante a pesquisa.

A reflexão inicial remete a natureza jurídica originária e o ônus comprobatório do contrário. Para tanto, invoco parte da ementa do acórdão nº 2401-003.044:

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 préfixado, 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.

[...]

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.

[...]

O FATOR DETERMINANTE PARA QUE O STOCK OPTIONS SE AFASTE NA NATUREZA MERAMENTE REMUNERATÓRIA – O RISCO

Acredito, conforme descrito anteriormente, que o argumento consistente para que a opção de compra de ações se afasta da natureza remuneratória é o fato do risco atribuído ao empregado ou contribuinte individual, quando lhe é feita a opção pela compra de ações.

(g.n.)

Com a relatoria da conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, afirma-se que os planos de opções de compra de ações são, essencialmente, de natureza mercantil. Para que se diga o contrário, é necessário comprovar que houve um desvirtuamento do plano, ou seja, que o negócio jurídico em questão não é um SOP, que não possui caráter mercantil e que é, essencialmente, uma forma de remuneração. O fator determinante para o desvirtuamento é o risco, ou seja, para rejeitar o caráter mercantil e aceitar o remuneratório, é preciso conceber que não há risco no negócio. Há algumas ações usuais que diminuem o risco para o empregado, conforme enuncia a relatoria: concessão de empréstimos, possibilidade de venda antecipada, troca de planos, correlação com o desempenho e outros.

A ementa do acórdão nº 2402-005.781 ratifica a premissa supramencionada:

PLANOS DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS). CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

1. Incidem contribuições previdenciárias sobre os ganhos que os segurados obtêm pelo exercício do direito de compra de ações quando se caracteriza a inexistência de risco para o beneficiário.

O mesmo faz o acórdão nº 2401-003.888:

STOCK OPTIONS. CARÁTER MERCANTIL. PARCELA NÃO INTEGRANTE DO SALÁRIO REMUNERAÇÃO.

No presente caso, o plano de stock options é marcado pela onerosidade, pois o preço de exercício da opção de compra das ações é estabelecido a valor de mercado, pela liberalidade da adesão e pelo risco decorrente do exercício da opção de compra das ações, de modo que resta manifesto o seu caráter mercantil, não devendo os montantes pagos em decorrência do referido plano integrarem o salário de contribuição.

Quando caracterizado o caráter remuneratório, mister é o pagamento de tributos. O fato gerador é a renda auferida e a base de cálculo é o salário-contribuição. Quando se remete aos planos de opções de compra, não há uma só interpretação sobre estas dimensões. No CARF, entretanto, há uma conclusão normalmente adotada pelas decisões e expressa no acórdão nº 2202-003.437:

I PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS.NATUREZA.

Este CARF já se deparou com diversos casos de stock options, chegando à conclusão, a partir da análise e condições dos Planos, que se desvirtua a concepção original, inclusive aquela prevista na Lei das Sociedades por Ações, para criar uma forma de retribuir alguns empregados/dirigentes 'especiais', atraindo-os e mantendo-os com a possibilidade de um plus ou ganho adicional decorrente e relacionado ao seu trabalho e sua fidelidade para com a companhia e ausente o risco típico do negócio mercantil. Portanto, correta a tributação das stock options, neste caso, como uma forma de remuneração/retribuição pelo trabalho, sujeitando-se à retenção do imposto de renda pela fonte pagadora.

II QUANDO OCORRE O FATO GERADOR (ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA). Só há o efetivo pagamento, com natureza salarial, se de fato o beneficiário exercer sua a opção de compra que lhe foi outorgada. Assim, o correto momento de ocorrência do fato gerador é definido como sendo a data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, para a incidência da tributação é necessário o efetivo exercício da opção pelo beneficiário, verificando-se que as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra.

III QUAL É A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO (ASPECTO QUANTITATIVO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA).

A data do fato gerador corresponde à data em que houve o exercício das opções a que se refere e a Base de Cálculo é, exatamente, a diferença entre o valor pago para Aquisição das Ações, previsto nos contratos, e o Valor de Mercado das Ações na data da liquidação financeira, ou seja, do exercício da opção de compra. Explica-se: a base de cálculo (aspecto quantitativo) é o ganho patrimonial, e, portanto, deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

Conclui-se, portanto, que só há efetiva remuneração se o beneficiário exercer sua opção. A data do fato gerador, portanto, é o momento em que o beneficiário exerce as opções. De forma complementar a essa noção, compreende-se pela base de cálculo a diferença entre o montante efetivamente pago pelo empregado e o valor de mercado, independente da venda subsequente – o que equivale ao ganho patrimonial.

4.2. DA LEGISLAÇÃO

A segunda metodologia a ser abordada remete a teoria kelseniana, conforme explicitado no capítulo precedente. Neste campo, será compreendido os aspectos da norma, desvestindo deste as outras ciências e as discricionariedades dos juízes buscando extrair o direito puro.

4.2.1. REMUNERAÇÃO E SALARIO

A principal discussão jurídica que circunscreve o SOP remete à sua natureza. Este tópico busca elucidar um dos polos da discussão: a remuneratória. O primeiro passo para tal empreitada é compreender a definição deste objeto. Para tanto, exponho o artigo 457 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT):

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. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 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.** (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017)

§ 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.
(BRASIL, 1943, n.p., g.n.)

Este artigo traz, consigo, a definição jurídica conforme a legislação, em que pese haja ainda discussões sobre a escolha correta dos vocábulos que formam o texto normativo.¹⁷ Compreende-se por esse objeto a retribuição paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual e de caráter contraprestativo. A remuneração, por sua vez, compreende-se como um vocábulo mais abrangente, pois, além de conter o salário, constitui também quaisquer eventuais retribuições devidas por terceiros, de forma habitual, em virtude do contrato de trabalho. Dessa maneira fora compreendido pela doutrinadora Alice Monteiro de Barros:

¹⁷ A doutrinadora Alice Monteiro de Barros (2016) discorre sobre o debate comum no mundo justralhista do uso da palavra retribuição ao invés da palavra contraprestação. Argumenta-se que o vocábulo “contraprestação” reduz o contrato a uma relação de troca (trabalho por remuneração) sem atentar ao aspecto pessoal. Ademais, é notório que não há sempre a contraprestação na relação empregatícia – como ocorre, por exemplo, em férias –, mas, ainda assim, existe a presença de salário.

Por todas essas razões, preferimos conceituar o salário como 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.

Já a remuneração é a retribuição devida e paga ao empregado não só pelo empregador, mas também por terceiro, de forma habitual, em virtude do contrato de trabalho. Pelo que se vê, seu conceito é mais amplo: abrange o salário e seus componentes, como também os adicionais e as gorjetas.

(BARROS, 2016, p. 490 – 491)

De forma similar, expõe Mauricio Godinho Delgado:

De fato, a Consolidação teria construído para a palavra salário tipo legal específico. Ele seria o conjunto de parcelas contraprestativas devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego (arts. 457, caput, e 76, CLT). Ou seja, para esta noção celetista de salário será essencial a origem da parcela retributiva: somente terá caráter de salário parcela contraprestativa devida e paga diretamente pelo empregador a seu empregado.

Em face desse modelo legal de salário (que está presente, como se viu, também no conceito legal de salário mínimo), valeu-se a CLT da expressão remuneração para incluir, no conjunto do salário contratual, as gorjetas recebidas pelo obreiro (que são pagas, como se sabe, por terceiros).

(DELGADO, 2016, p.799 – 800)

É importante notar duas possíveis interpretações ao caput do artigo no que concerne à remuneração. Enquanto a Alice Monteiro de Barros trata da remuneração como algo de maior abrangência e designa à gorjeta função exemplificativa do seu caráter de acatar inclusive pagamentos de terceiros, a interpretação apresentada por Godinho trata, de forma taxativa, a gorjeta como a única retribuição que se sobressai o salário, mas não a remuneração. Esse embate interpretativo torna-se importante para o presente projeto quando se compreende que o SOP aqui abordado é, comumente, pago por terceiros ao beneficiário. A depender da definição de remuneração compreendida, não caberia a subsunção do SOP à remuneração, findando, portanto, o embate jurídico.

Destaca-se, na interpretação disseminada duas características essenciais de tanto o salário quanto a remuneração: o caráter contraprestacional e a habitualidade. A contraprestação é abordada em demasia nos acórdãos do CARF, já o caráter da habitualidade é pouco mencionado e até muitas vezes denegado em detrimento de outros atributos tal como a álea. Não se pode, todavia, menosprezar a importância desse caráter para a caracterização da natureza remuneratória. Conforme enunciado por Godinho sobre o tema:

Do ponto de vista prático, há ainda outro aspecto que pode influenciar no enquadramento jurídico da verba: a absoluta ocasionalidade (ou não) de sua oferta. Se as stock options forem ofertadas de maneira manifestamente ocasional, sem repetição no contrato (ou com repetição muito longínqua — bianual, trianual ou similar), não atenderão à ideia de habitualidade, **que seria imprescindível para seu enquadramento nas gratificações.**

Ao revés, sendo repetidas em lapsos temporais relativamente curtos, poderão, sim, considerado estritamente esse ponto de vista, ser assimiladas às parcelas gratificatórias. P. 818
(DELGADO, 2016, p.818, g.n.)

Sobre a CLT como um todo, cabe advertir que no ano de 2017 houve alteração em suas leis introduzido pela Lei nº 13.467/2017, inclusive no artigo citado. Neste, cabe destacar o parágrafo segundo que normativa compreensão de que prêmios não constituem remuneração. Entende-se por prêmios as liberalidades concedidas em razão do desempenho superior ao ordinário. Esse artigo pode revolucionar as discussões sobre o SOP já que vê-se similitudes aos prêmios nas defesas do caráter mercantil. Se o SOP for considerado um prêmio, não lhe cabe mais a compreensão do caráter remuneratório.

Por fim, cabe ainda realçar que existe uma divergência entre o rendimento do trabalho pago e o pagamento derivados do contrato de trabalho, estes dois institutos não pode ser estabelecer uma sinonímia já que apenas aquele detêm o caráter contraprestacional. O estímulo a fidelização da mão-de-obra, comprometimento e alinhamento de incentivos não pode se confundir com rendimentos do trabalho (IBRAHIM, [2015]). De forma similar compreende a doutrinadora trabalhista supracitada¹⁸:

O regime das stock options permite que os empregadores 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 consequência, duas alternativas lhe são oferecidas: revender de imediato a mais valia ou guardar os seus títulos e se tornar um empregado acionista. A primeira alternativa tem encontrado a preferência dos empregados (cf. Pierre Hanotaux. “Poupança Salarial e Stock Options”. Revista Synthesis 37/2003, p. 93. Tradução e resumo de Eliane Pedrosa). Elas não representam um complemento da remuneração, mas um meio de estimular o empregado a fazer coincidir seus interesses com o dos acionistas.
(BARROS, 2016, p. 512)

Do caráter salarial, para o SOP, destaca-se, mormente, o princípio da indisponibilidade. Sobre este, compreende-se que a verba salarial não pode ser objeto de renúncia ou de transação lesiva no desenrolar da relação empregatícia. Um empregado não pode renunciar de seu direito ao salário, o SOP, entretanto, essencialmente, é caracterizado pela escolha – característica está presente inclusive no nome. A própria noção de irrenunciabilidade é estritamente contraditória com o ideal de opção.

Ademais, relacionado a transação lesiva, é possível compreender que a onerosidade, assim como qualquer forma de álea relacionada ao patrimônio, na relação empregatícia, deve permanecer exclusivamente com o empregador. Neste sentido, denota-se como um absurdo a

¹⁸ Apesar da afirmação de que o SOP não constitui remuneração, Alice Monteiro de Barros (2016) afirma ainda que a jurisprudência espanhola se comporta de forma oposta, atribuindo ao plano o caráter salarial.

ideia de que para receber o salário mister é o desembolso ou prestar-se em uma situação de incerteza de renda, carâteres estes, novamente, essenciais ao SOP.

Diante do exposto, é possível afirmar que ao SOP predomina caráter estranho à natureza remuneratória, pelo direito puro. Falta de habitualidade e de caráter contraprestacional além da onerosidade e dos riscos inerentes são todas características encontradas ou passíveis de serem encontradas em tal objeto, para ser caracterizado como remuneratório, todas elas não podem estar presentes simultaneamente. Não há negação de que é possível que este fato ocorra, que haja um negócio jurídico relacionado às ações que não possua nenhuma das características listas acima. Todavia, provavelmente não seria possível compreender este como um Plano de Opção de Compras de ações.

4.2.2. DA RELAÇÃO CONTRATUAL

Deixando para trás a ideia contrária à doutrina consolidada e unívoca que até aqui fora estudada – a de que o *Stock Option Plan* constitui caráter salarial –, filia-se o ânimo desta investigação à conclusão dotada por todos os autores lidos que opinaram sobre os assuntos até o momento: considerando a onerosidade, a álea, a falta de habitualidade e a falta de caráter contraprestacional, deve-se considerar o Plano de Opções de Compra como de natureza mercantil. A definição deste caráter não constitui o fim da pesquisa ora exposta, como último esforço para agigantar a completude desta, encontrar-se-á neste tópico remanescente a busca da caracterização do objeto pelo direito puro nacional ao tipificar o negócio jurídico.

O primeiro passo para tipificar o negócio jurídico¹⁹ é compreender a obrigação criada. A opção de compra é definida como do direito de compra por um preço predeterminado de ações no período futuro. Alguns podem compreender que a obrigação criada é a de dar²⁰, visto que existe, em determinado momento, a possível tradição das ações. Assim não compreendo. A obrigação instituída no contrato de opção de compra é a de fazer²¹ visto que no eventual

¹⁹ Sobre negócio jurídico, José Abreu Filho (2003, p. 16) define como a intersecção entre a ação humana e o mundo jurídico. *In verbis* “É exatamente nesta circunstância que reside a caracterização do negócio jurídico, ou seja, naquela relação de causalidade entre a vontade do homem e a obtenção dos efeitos jurídicos por ele pretendidos, efeitos estes reconhecidos pelo direito. São eles sempre atos de vontade deliberada e conscientemente emitida para a obtenção de resultados desejados”

²⁰ A obrigação de dar concede ao credor o direito pessoal, não o direito real, pois o contrato não transfere a propriedade, para tanto, mister é a tradição. De acordo com R. Limongi França (apud Maria Helena Diniz, 2007), a obrigação de dar é aquela que atrela ao devedor a promoção da tradição da coisa em benefício do credor com fim de conferir direito real sobre o bem.

²¹ A obrigação de fazer caracteriza-se pela vinculação de um ato de prestação de serviço ou ato positivo, material ou imaterial em benefício de um credor.

exercício do direito, o empregador está obrigado não a dar a ação, mas vender-lhe. A obrigação de criar um contrato e a ação de dar não podem ser confundidas.

A obrigação, deste modo apresentado, é gerada por um contrato, isto é, de acordo com Maria Helena Diniz (1995) negócio jurídico bilateral – pois a sua convenção compreende-se de mais de uma parte – regulador de interesses privados formado pelo encontro das vontades. O contrato tem força vinculante e para desempenhar sua função jurídico-econômica tem, também, força de lei, tal como se a obrigação fosse oriunda de um dispositivo legal.

A classificação que melhor se enquadra este contrato seria: unilateral, pois apenas um dos contratantes assume uma obrigação (aquela de vender)²². Em relação aos sacrifícios, o SOP classifica-se como gratuito, pois há onerosidade a apenas uma das partes. Em relação a previsão, são aleatórios; pois há indeterminação da prestação diante de evento causal, incerto e desconhecido, apesar do prazo determinado.

Essa breve descrição do negócio jurídico serve à melhor compreensão do objeto em prol de entender a eventual subsunção deste a um grupo já tipificado pela legislação, ou, trazido à existência por aptidão do jurista que, embora não tenha competência de formulação de direito, é-lhe conferido o ofício de interpretar e formular a moldura normativa.

Apresento, aqui, uma possível concepção do contrato de *Stock Option Plans*: a promessa de venda sob efeito suspensivo conforme apresentado pelo acórdão do CARF nº 2401-003.889

*A outorga das opções de compra de ações para trabalhadores se traduz em um contrato pendente de condição suspensiva, pois no momento da outorga apenas há uma expectativa de direito com relação ao exercício das opções, direito este condicionado a uma situação temporal (cumprimento do prazo de carência) e a uma situação laborativa (manutenção da prestação de serviço do trabalhador).
(g.n.)*

O contrato de venda sob o efeito suspensivo pode ser definido como negócio jurídico que concede direito pessoal sob um bem após o evento condicionante. De forma mais clara, sob esta perspectiva, a opção de compra seria um contrato que cria a obrigação de comprar ou vender caso ocorra um evento determinado previamente. Este evento, para o SOP seria o aceite (ou exercício) do plano pelo empregado, forçando ao devedor a alienação do bem ensejado pelo credor. Este contrato seria completo em si mesmo e conteria todos os caracteres necessários para o seu exercício. Se assim for, há, ao empregado, exclusivamente a expectativa de direito sobre as ações a depender do evento incerto que suspenderia a condição. Neste caso, o evento, mesmo

²² Novamente, não se deve confundir neste momento o contrato de opção com o contrato de venda. O contrato de venda, obviamente, possui caráter bilateral diante da obrigação sinalagmática.

que seja a expressão de vontade em razão do bem, não se configura como um direito, mas apenas um fato jurídico que concede um direito.

Não obstante haver uma boa defesa em prol desta modalidade contratual, este não comungaria com um caráter essencial do SOP que é sua relação dual. O fato é que o SOP apresenta dois momentos distintos: o primeiro é o acordo ditado que confere ao empregado o pleno direito a termo de exercício da opção e, concomitantemente, a expectativa de direito sobre a ação – esperado caso haja o evento, que equivale ao exercício do direito da opção, que finde a condição suspensiva para efetivar a obrigação de criar o contrato de compra deste ativo. E o segundo que ocorre após a suspensão da condição e na criação do direito pessoal sobre o ativo, caráter propriamente da compra.

Assim sendo, a opção não pode ser considerada uma compra sob condição suspensiva, mister é ter um instituto que garanta ao objeto essa essencialidade supracitada. Em que pese a especificidade do contrato necessário, o código civil prevê algo que pode vir a sanar essa imprescindibilidade conforme os artigos 462 ao 466:

Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

(BRASIL, 2002, n.p.)

O contrato preliminar²³ como descrito no artigo acima, é caracterizado por um contrato que possui como obrigação a criação de um contrato definitivo posteriormente. De acordo com Orlando Gomes (2007), nesta construção jurídica, o contrato é um *pactum de contrahendo*, ou seja, consiste numa obrigação de contratar. A amplitude das cláusulas deste contrato é variável.

²³ Há, na doutrina, diversas nomenclaturas designadas às figuras que antecedem contratos definitivos e interessadas as argumentações: contrato preliminar, promessa de contrato, compromisso, contrato preparatório, pré-contrato, etc. Em que pese haja autores, tal como Orlando Gomes (2009) e Silvio de Salvo Venoso (2014), que compreender a similitude diante dessas diversas modalidades contratuais, há quem discorde, como a doutrinadora Alice Monteiro de Barros (2016) que distingue pré-contrato de contrato preliminar ao definir aquele como ato que não constitui obrigação ou direito mas apenas parte da negociações que antecedem a elaboração do contrato enquanto este constitui um caráter contratual gerando obrigações e direitos. Para que não haja confusões, será usado o termo contrato preliminar para denominar o contrato que constitui a obrigação de no futuro celebrar um contrato definitivo.

Há quem defenda que estes devem conter apenas o mínimo para a formulação do contrato definitivo. Isto, todavia, não se pode ser considerado verdade, pois não há cabimento prover a desclassificação de um contrato pelo excesso de conteúdo.

Pela própria razão da existência do contrato preliminar – o desejo por vínculo mesmo sem o aceite por completo das condições do contrato definitivo, é comum a existência da cláusula de arrependimento, que prescreve formas de se extrair da obrigação firmada neste contrato. A própria legislação sobre o tema prevê a possibilidade de não haver essa cláusula.

Em que pese a doutrina aceite a semelhança da opção com o contrato preliminar, é destacada diferenças fundamentais que destoam ambas as formas contratuais. Orlando Gomes (2009), para enaltecer este fato, adjetiva o contrato preliminar com o vocábulo “impróprio” para destacar a distinção. Venosa, embora aceite que a opção se encontra no campo da formação de um contrato, destaca o caráter potestativo de direito e fundamenta que há divergências no que concerne à forma.

De forma bastante semelhante argumenta Orlando Gomes. Crê este autor que devido à vinculação irrevogável e o caráter potestativo da opção, não se pode negar ou dispensar que conforme o comprometimento pelo devedor seja fadado a apenas reproduzir o consentimento do credor, semelhante ao consentimento em um contrato bilateral e irrevogável de venda. *In verbis*:

Da circunstância de participar, pela criação de vínculo peculiar, da formação de futuro contrato de venda, **não se segue senão que a opção de compra é negócio precursor de outro negócio distinto. Fixado na função preparatória desse contrato, pretendem alguns escritores paragoná-lo ao contrato preliminar de promessa unilateral de vender.** A confusão deve ser repelida, porque, **com a opção, uma das partes já está vinculada irrevogavelmente, surgindo a obrigação com a aceitação da outra, que se comprometeu, pela natureza do compromisso, apenas a reproduzir o consentimento como ocorre no compromisso, bilateral e irrevogável, de venda.** Na promessa de vender, entendida e tratada como contrato preliminar propriamente dito, a vinculação de quem promete tem como conteúdo a obrigação de dar o consentimento na forma de novo contrato. Ações distintas são reproduzir e dar; quem reproduz já deu.
(Orlando Gomes, 2009 p. 289, g.n.)

A compreensão adotada pelos excelentíssimos doutrinadores corrobora com uma teoria de que a opção possui como classificação contratual um caráter *sui generis*. Embora não haver necessariamente discordância sobre o argumento apresentado, há, todavia, a possibilidade de não restar suficiente o ônus comprobatório de distinguir o caráter da opção daquele do contrato preliminar. Visto que, de fato, são características da opção, mas em momento algum fora evidenciado que estes não são ou que não podem se enquadrar às características do contrato preliminar. É muito importante refletir em casos como este não só sobre o *distinguishing* mas também a *ratio*, pois, se levado a fundo, todos os contrato seriam essencialmente *sui generis*.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa não permitiu auferir grandes conclusões e certezas sobre o tema. Cabe uma explicação. Algumas pesquisas mudam o mundo com suas qualidades descritivas e certeiras na solução de um problema, outras por meio da falta de resoluções, que, no final das contas, ainda é uma resposta.

Embora um dos objetivos principais era desenrolar uma resposta binária sobre a temática – definindo claramente o tratamento que deveria ocorrer quando se tratasse das *Stock Option Plans* –, creio que nesta pesquisa algo mais importante fora colecionado: o despreparo jurídico brasileiro no que concerne aos *hard cases*²⁴.

Com a análise descritiva e hipotética conferidas por técnicas estatísticas, pôde ser observado grandes inconsistências tanto dentro do tribunal quanto entre os órgãos do poder executivo. O teste de chi-quadrado demonstrou que há uma distribuição uniforme nos votos do CARF, algo que não deveria ocorrer em prol da segurança jurídica e a democracia. Não bastando, havia uma discrepância entre as decisões proferidas e a definição da natureza jurídica. Houve dez casos favoráveis ao contribuinte, apesar de declarado o caráter remuneratório. Em todos, houve um erro pelo auditor fiscal do fato gerador, base de cálculo ou ambos.

Ademais, seguindo à análise de *ratio decidendi* em busca de uma melhor capacidade de previsão das decisões do tribunal, concluiu-se que não há uma *ratio* por trás das decisões, mas cada voto porta-se como se houvesse uma compreensão totalmente distinta sobre todos os conceitos primordiais que circunscrevem o *stock option plan*. Diversas declarações de voto foram emitidas, mesmo que para ratificar a decisão da relatoria, isto porque apesar de ter o mesmo resultado, as motivações divergiam. As votações possuíam placares apertados, vitórias recorrentes por voto qualificado e alterações de decisões por recursos. A única forma de realmente possuir uma previsão confiável em um cenário como esse não é conhecendo as turmas e suas decisões, mas cada conselheiro e suas aceções sobre o direito.

Ainda que se abstraia da teoria realista holmeasiana e adote um pensamento normativo kelseniano, no cenário não há grande melhoria. O primeiro fato que se aprecia é que os fundamentos para caracterização de salário no CARF destoam daquela dos doutrinadores, enquanto aqueles se debruçam quase exclusivamente sobre o risco, estes adotam outros fatores como, por exemplo, a habitualidade. Seguindo, considerando a definição de salário na forma

²⁴ Conceito trazido por Ronald Dworkin (1986) para se referir aos casos que envolvem a plena criação do juiz como escritor da narrativa; casos que não estão ainda consolidados na jurisprudência.

da lei além dos princípios que regem esta natureza, vê-se que a sua caracterização como *stock option plan* e de caráter salarial é incongruente. Para caracterizar como salário, é necessário desconfigurar qualquer concepção cabível do plano, tornando-se este um negócio jurídico completamente estranho ao SOP.

Por fim, a respeito do negócio jurídico que subsume o *stock option plan*, é possível destacar três possibilidades: contrato de compra e venda sob condição suspensiva, contrato preliminar e contrato *sui generis*. E, novamente, há um impasse e nenhuma certeza sobre qual dos três melhor acolhe o SOP. Vê-se argumentos nos três que poderiam tratar o plano da forma que ele é, a maior divergência consiste em aspectos estritamente subjetivos e fundamentais relacionados ao processo e a teoria da obrigação.

Em suma, sobre o tratamento jurídico conferido ao *Stock Option Plan*, destaca-se a incerteza jurisprudencial e legislativa. Sobre o tema, resta a plena convicção de que ainda será mister muito para haver, finalmente, qualquer consistência nos conceitos empregados. Diante disso, a pesquisa não permitiu alcançar grandes conclusões ou certezas sobre a questão que se pretendia resolver, o que nos revela algo ainda mais importante: a evidência da inaptidão jurídica brasileira para solucionar casos difíceis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, José. **“O negócio jurídico e sua teoria geral”**. 5ª edição. Atualizado de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGUIAR, Adriana. **“TRF livra stock options de contribuição previdenciária”**. Valor Econômico, 2016. Disponível em: <<http://www2.valor.com.br/legislacao/4612565/trf-livra-stock-options-de-contribuicao-previdenciaria>>. Acesso em: 02 Maio 2017.

_____. **“Decisões no Carf são contrárias a empresas”**. Valor Econômico, 2016. Disponível em < <http://www2.valor.com.br/legislacao/4612567/decisoes-no-carf-sao-contrarias-empresas> >. Acesso em: 02 maio 2017.

ANDERSON, David R.; SWEENEY, Dennis J.; WILLIAMS, Thomas A. **“Essentials of Statistics for Business and Economics”**. 6th Edition: Cengage Learning, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **“Curso de Direito do Trabalho”**. 10ª edição, atualização por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: Ltr, 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm >. Acesso em 05 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm. Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em < www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4728.htm >. Acesso em 05 jan 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm >. Acesso em 11 Jun 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em 11 Jun 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752**. Relator Ministro Edson Fachin. Paraná. 04/04/2018

BEBCHUK, Lucian Arye; FRIED, Jesse M. **“Executive Compensation as an Agency Problem”**. Journal of Economic Perspectives – Volume 17, Number 3, 2003. P 71 – 92.

BOBBIO, Norberto. **“Teoria geral do direito”**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; BARBAS, Leandro Moreira Valente. **“Migração de trabalhadores para o Brasil: aspectos teóricos e práticos”**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIMENTA, Adriana Calvo. **“A Natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho – (‘employee stock option plans’)”**. Brasília, Distrito Federal: 25 ago. 2007. Disponível em: < http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=2&mPalestra_acao=mostraPalestra&pa_id=246 >. Acesso em: 20 dez. 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **“Comentários à lei de sociedades anônimas”**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARF. **“Página sobre perguntas frequentes”**. Brasília, Distrito Federal: 21 dez. 2015. Disponível em: < <https://idg.carf.fazenda.gov.br/perguntas-frequentes> >. Acesso em: 20/03/2018

COSTA, Sérgio Amad. **“‘Stock option’ é ou não é remuneração?”**. Estadão, 2013. Disponível em < <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,stock-option-e-ou-nao-e-remuneracao-imp-,1063752> >. Acesso em: 02 de Agosto de 2017.

CUNHA, Helenice Rêgo dos Santos. **Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de Projetos de pesquisa** Belo Horizonte: PUC Minas, ago. 2010.

Disponível em: < http://www.pucminas.br/documentos/normalizacao_projetos.pdf > Acesso em 01 de Agosto de 2017

DAL MAS, Viviane Castro Neves Pascoal Maldonado. “**Stock Options nas relações de emprego**”. São Paulo: Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. “**Curso de direito do trabalho**”. 16ª edição revisada e ampliada. São Paulo: LTr, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. “**Manual de introdução ao estudo do direito**”. São Paulo: RT, 2016

DINIZ, Maria Helena. “**Curso de Direito Civil brasileiro 2º volume: teoria geral das obrigações**”. 22ª ed. revisão e atualização de acordo com a reforma do CPC: São Paulo, 2007.

_____, Maria Helena. “**curso de direito civil brasileiro: 3º volume: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**”. São Paulo: Saraiva, 1995.

DWORKIN, Ronald. “**Law’s Empire**”. Cambridge: Harvard University Press, 1986

FONSECA NETO, Dilson Jatahy. “**Venda a contento – o precedente do “pactum displicentiae no Direito Romano**”. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2014.

GESING, Ana Paula; PAULA, Priscila da Costa de; BASTOS, Ricardo Victor Ferreira. “**A abordagem do CARF sobre a tributação dos ganhos decorrentes dos os planos de stock options**”. Observatório Permanente do CARF, 2016.

GOMES, Orlando. “**Contratos**”. 26ª ed. Ver. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por A. Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Coord por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. “**The concept of Law**”. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HOLMES, Oliver Wendell. **“The path of law”**. vol. 110, Nº 5 pp. 991-1009, Harvard Law Review: 1897.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **“Stock options e contribuição previdenciária”**., Rio de Janeiro: [2015]. Disponível em: <
<http://www.fabiozambitte.com.br/pt/artigos/85%ADstock%ADoptions%ADe%ADcontribuicao%ADprevidenciaria> > Acesso em 15 de maio de 2018.

IGLESIAS, Felipe Campana Padin. **“Opções de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial”**. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2011.

JENSEN, Michael C.; MURPHY, Kevin J. **“CEO incentives – it’s not how much you pay, but how”**. Harvard Business Review, 1990.

KELSEN, Hans. **“Teoria pura do direito”**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

KIMURA, Herbert; BASSO, Leonardo Fernando Cruz; PERERA, Luiz Carlos Jacob. **“Stock Options e criação de valor para o acionista”**. Ribeirão Preto, SP: Inside Books, 2009.

LARENZ, Karl. **“Metodologia da ciência do direito”**. Tradução de José Lamego. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **“Retórica e Estado de Direito”**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MOREIRA, André Mendes; QUINTELA, Guilherme Camargo; SAVASSI, Rafael França. **“Plano de Stock Options. Análise sob o Prisma da não Incidência de Contribuições Sociais”**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 214. São Paulo: Dialética, 2013. P 32 – 41

MOSQUERA, Roberto Quiroga; BUENO, Maria Isabel Tostes da Costa. **“Questões Atinentes à Remuneração de Administradores: Bônus, Participação nos Lucros e Resultados e Stock Options”**. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário volume 14. São Paulo: Dialética, 2010. P 312 – 323

NEVES, Renato Ourives. “**Estrutura do contrato de Opção e suas aplicações**”. Revista Virtu@1 (Faculdade Milton Campos. Online) volume 11, p. 01, 2013.

OLIVEIRA, Arthur Nolasco de. “**A incidência das contribuições previdenciárias sobre os planos de opção de compra de ações (stock options)**”.

OLIVON, Beatriz. “**Carf julga tributação sobre venda de ações**”. Valor Econômico, 2017. Disponível em < <http://www.valor.com.br/legislacao/4950160/carf-julga-tributacao-sobre-venda-de-acoas> >. Acesso em: 02 de Maio 2017

PEREIRA, Daniel Queiroz. SANTOS, Lorena Miranda Pereira dos. “**A natureza jurídica das stock options no direito do trabalho brasileiro**”. Revista Quaestio Iuris vol. 08, nº. 01. Rio de Janeiro, 2015. P 21 – 50.

RISTOW, Rafael Pinheiro Lucas; SILVA, Rodolfo Gregório de Paiva. “**Stock Options e a Incidência (ou Não) das Contribuições Previdenciárias**”. Revista de Estudos Tributários nº 91. Síntese, 2013. P 51 – 63

SIMÕES, Thiago Taborda. “**Stock Option Plan e a incidência previdenciária**”. São Paulo: Doutorado Pontifícia Universidade Católica, 2015.

SILVA, Andrea Gonçalves. “**Stock Options Plan como uma forma de remuneração flexível**”. São Paulo: Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. “**Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**”. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. “**Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF**”. In: Revista Direito GV, São Paulo , v. 5, n. 1, p. 21-44, junho de 2009

WANDERLEY, Thiago Barbosa. **“Stock Option: não incidência da Contribuição Previdenciária e Momento da Incidência do IRPF”**. Revista Dialética de Direito Tributário n° 238. São Paulo: Dialética, 2015. P 126 – 135

APÊNDICE

Quadro 1 – Acórdãos do CARF

Câmara/Turma	Acórdão nº	Número do Processo	Recurso	Contribuinte	Data de julgamento	Decisão	Natureza
3ªC / 1ªTO	2301-005.006	10830.720565/2012-30	Embargo	Anhanguera Educacional Participações S/A	09/mar/17	Desfavorável	Remuneratória
3ªC / 1ªTO	2301-004.137	10830.720565/2012-30	Voluntário	Anhanguera Educacional Participações S/A	10/set/14	Desfavorável	Remuneratória
3ªC / 1ªTO	2301-005.007	10830.720566/2012-84	Embargo	Anhanguera Educacional Participações S/A	09/mar/17	Desfavorável	Remuneratória
3ªC / 1ªTO	2301-004.138	10830.720566/2012-84	Voluntário	Anhanguera Educacional Participações S/A	10/set/14	Desfavorável	Remuneratória
3ªTE	2803-003.815	10925.723207/2011-49	Voluntário	Sadia S.A.	05/nov/14	Favorável	Mercantil
4ªC / 2ªTO	2402-006.051	10980.720240/2015-56	Voluntário	BRF S.A.	06/mar/18	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 1ªTO	2401-003.044	10980.724030/2011-33	Voluntário	All America Latina Logística S.A.	18/jun/13	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 1ªTO	2401-003.045	10980.724031/2011-88	Voluntário	All America Latina Logística S.A.	18/jun/13	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-005.010	10980.727432/2013-51	Voluntário	GVT Holding S.A.	17/fev/16	Desfavorável	Remuneratória
3ªC / 1ªTO	2301-004.282	10980.728541/2012-13	Voluntário	POP Internet LTDA.	20/jan/15	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-005.346	11080.732476/2013-18	Voluntário	Lojas Renner S.A.	15/jun/16	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-004.480	11624.720210/2012-49	Voluntário	Global Village Telecom LTDA	20/jan/15	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-004.481	11624.720211/2012-93	Voluntário	Global Village Telecom LTDA	20/jan/15	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-005.781	13603.720444/2013-41	Voluntário	Magnesita Refratários S/A e Outros	06/abr/17	Favorável	Remuneratória
2ªC / 1ªTO	2202-003.741	13971.723247/2014-76	Voluntário	CIA. Heiring	16/mar/17	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-005.392	15504.721024/2014-14	Voluntário	Ferrous Resources do Brasil e outro	13/jul/16	Favorável	Remuneratória
3ªC / 1ªTO	2301-003.597	15889.000245/2010-46	Voluntário	Cosan S/A Indústria e Comércio	20/jun/13	Desfavorável	Remuneratória
3ªTS	9202-005.443	16327.720085/2013-26	Especial	Unibanco-União de Bancos Brasileiros S.A.	23/mar/17	Desfavorável	Remuneratória
2ªC / 1ªTO	2201-002.685	16327.720085/2013-26	Voluntário	Unibanco-União de Bancos Brasileiros S.A.	11/fev/15	Desfavorável	Remuneratória
2ªC / 2ªTO	2202-003.367	16327.720152/2014-93	Voluntário	BM&F Bovespa S/A	10/mar/16	Favorável	Remuneratória
2ªC / 2ªTO	2202-003.436	16327.720154/2014-82	Voluntário	BM&F Bovespa S/A	14/jun/16	Favorável	Remuneratória
3ªC / 1ªTO	2301-004.973	16327.720281/2014-81	Voluntário	Tampon Investimentos S.A.	04/abr/17	Favorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-005.823	16327.720433/2015-27	Ofício e Voluntário	BM&F Bovespa S/A	10/mar/17	Favorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-006.048	16327.720596/2013-48	Voluntário	Banco Santander Brasil S.A.	07/mar/18	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 2ªTO	2402-005.011	16327.721264/2012-08	Voluntário	Unibanco-União de Bancos Brasileiros S.A.	17/fev/16	Favorável	Remuneratória
4ªC / 1ªTO	2401-003.891	16327.721267/2012-33	Voluntário	BM&F Bovespa S/A	11/fev/15	Favorável	Remuneratória
2ªC / 2ªTO	2202-003.437	16327.721268/2012-88	Voluntário	BM&F Bovespa S/A	14/jun/16	Favorável	Remuneratória
4ªC / 1ªTO	2401-003.888	16327.721356/2012-80	Voluntário	Itau Unibanco Holding S.A.	11/fev/15	Favorável	Mercantil
3ªTS	9202-005.968	16327.721356/2012-80	Especial	Itau Unibanco Holding S.A.	26/set/17	Desfavorável	Remuneratória
3ªTS	9202-006.628	16327.721357/2012-24	Especial	Itau Unibanco Holding S.A.	21/mar/18	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 1ªTO	2401-003.889	16327.721357/2012-24	Voluntário	Itau Unibanco Holding S.A.	11/fev/15	Favorável	Mercantil
2ªC / 2ªTO	2201-002.766	16327.721362/2012-37	Voluntário	Itau Unibanco Holding S.A.	26/jan/16	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 1ªTO	2401-003.890	16327.721796/2011-56	Ofício e Voluntário	Itau Unibanco Holding S.A.	11/fev/15	Favorável	Mercantil
2ªC / 2ªTO	2202-003.510	16327.721798/2011-45	Ofício e Voluntário	Itau Unibanco Holding S.A.	17/ago/16	Favorável	Remuneratória
3ªTS	9202-005.470	16561.720198/2012-78	Especial	Galisa S/A	24/mar/17	Desfavorável	Remuneratória
3ªC / 2ªTO	2302-003.536	16561.720198/2012-78	Voluntário	Galisa S/A	03/dez/14	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 1ªTO	2401-004.467	16561.720202/2012-06	Voluntário	Galisa S/A	16/ago/16	Desfavorável	Remuneratória
4ªC / 1ªTO	2401-004.861	19311.720425/2014-67	Voluntário	Natura Cosméticos S/A	06/jun/17	Desfavorável	Remuneratória

Fonte: Própria (2018) e CARF

Quadro 2 – Discriminação das decisões do CARF

Observação	Favorável	Desfavorável	Total
Quantidade	14	24	38
%	36,8%	63,2%	100,0%

Observação	Mercantil	Remuneratória	Total
Quantidade	4	34	38
%	10,5%	89,5%	100,0%

Fonte: Própria (2018)

Quadro 3 – Teste Chi-Quadrado de Pearson (Decisões dos Acórdãos do CARF)

Observação	Favorável	Desfavorável	Total
Quantidade	14	24	38

Esperado	Favorável	Desfavorável	Total
Quantidade	19	19	38

Variável	Valor
χ^2	2,632
Valor-p	10,476%
χ^2_c	2,706
α	10,000%

Fonte: Própria (2018)

Quadro 4 – Teste Chi-Quadrado de Pearson (Natureza Jurídica)

Observação	Mercantil	Remuneratória	Total
Quantidade	4	34	38

Esperado	Mercantil	Remuneratória	Total
Quantidade	19	19	38

Variável	Valor
χ^2	11,842
Valor-p	0,000%
χ^2_c	2,706
α	10,000%

Fonte: Própria (2018)

Quadro 5 – *Crosstable* de dados

	Favorável	Desfavorável
Mercantil	4	0
Remuneratória	10	24

Fonte: Própria (2018)

Tabela 1 – Divisão dos acórdãos pelas turmas do CARF

Câmara/Turma	Favorável	Desfavorável	Mercantil	Remuneratória	Total
2ªC / 1ªTO	0	1	0	1	1
2ªC / 2ªTO	4	2	0	6	6
3ªC / 1ªTO	1	6	0	7	7
3ªC / 2ªTO	0	1	0	1	1
4ªC / 1ªTO	4	4	3	5	8
4ªC / 2ªTO	4	6	0	10	10
3ªTE	1	0	1	0	1
2ªTS	0	3	0	3	3

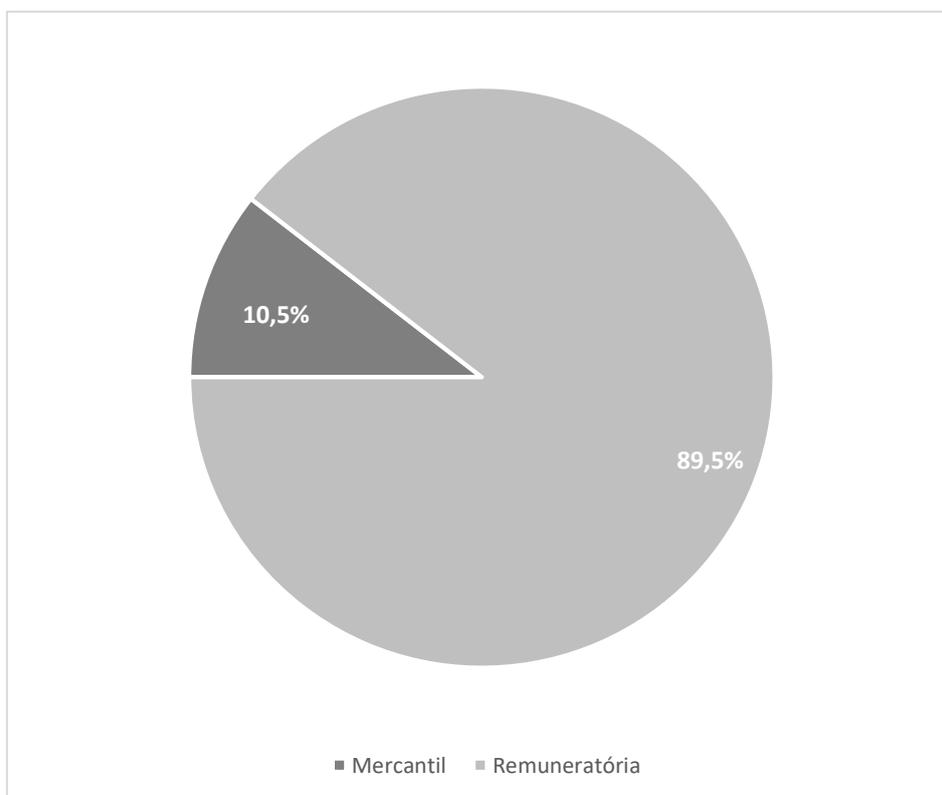
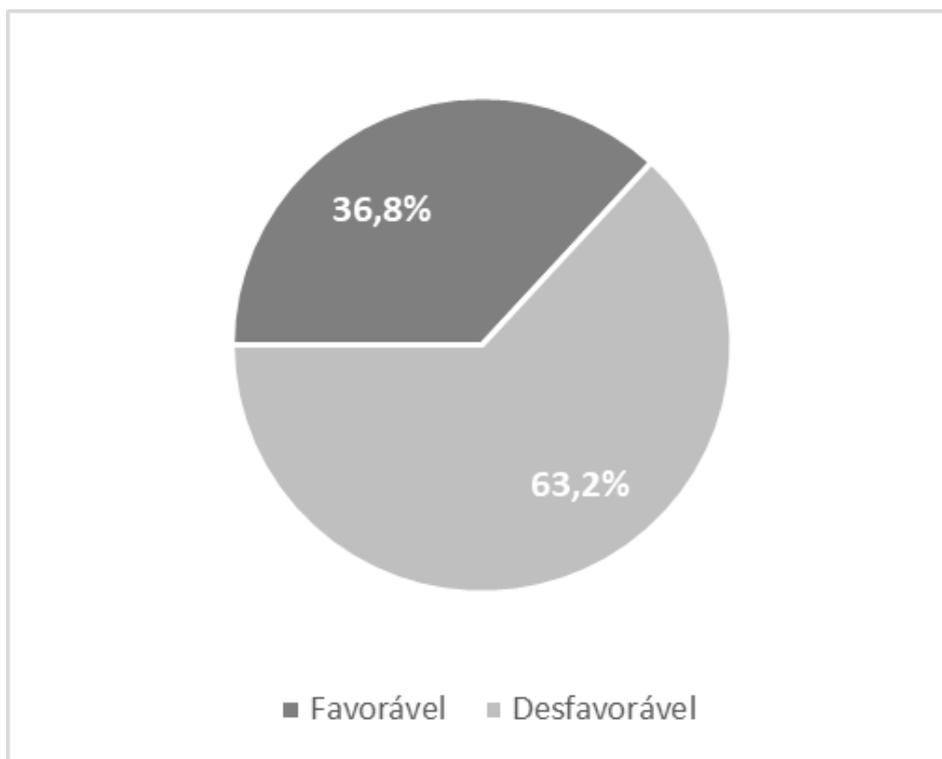
Fonte: Própria (2018)

Tabela 2 – Divisão dos acórdãos pelas empresas

Empresas	Favorável	Desfavorável	Mercantil	Remuneratória	Total
All America Latina Logística S.A.	0	2	0	2	2
Anhanguera Educacional Participações S/A	0	4	0	4	4
Banco Santander Brasil S.A.	0	1	0	1	1
BM&F Bovespa S/A	5	0	0	5	5
BRF S.A.	0	1	0	1	1
CIA. Hering	0	1	0	1	1
Cosan S/A Indústria e Comércio	0	1	0	1	1
Ferrous Resources do Brasil e outro	1	0	0	1	1
Gafisa S/A	0	3	0	3	3
Global Village Telecom LTDA	0	2	0	2	2
GVT Holding S.A.	0	1	0	1	1
Itau Unibanco Holding S.A.	4	3	3	4	7
Lojas Renner S.A.	0	1	0	1	1
Magnesita Refratários S/A e Outros	1	0	0	1	1
Natura Cosméticos S/A	0	1	0	1	1
POP Internet LTDA.	0	1	0	1	1
Sadia S.A.	1	0	1	0	1
Tarpon Investimentos S.A.	1	0	0	1	1
Unibanco-Uniao de Bancos Brasileiros S.A.	1	2	0	3	3

Fonte: Própria (2018)

Figura 1 – Representação visual das decisões do CARF



Fonte: Própria (2018)

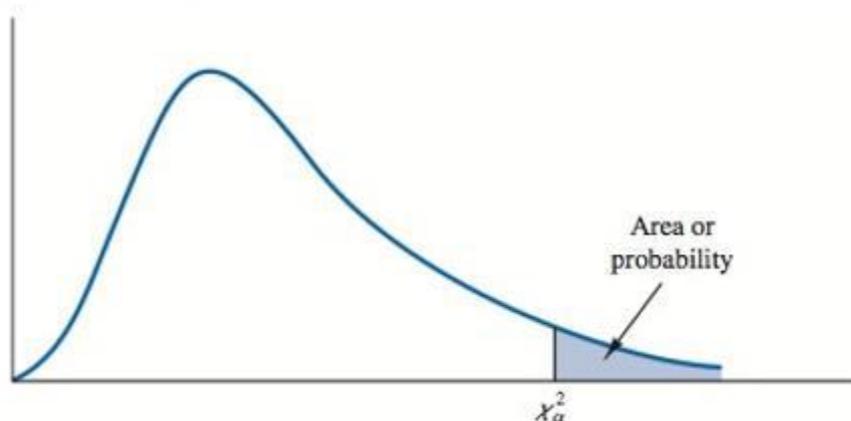
ANEXO

Quadro 4 – Acórdãos do CARF (Gesing, Paula e Bastos)

Acórdão	Data da Sessão	Câmara/Turma	Natureza
2401-003.044	18/06/2013	4ª C / 1ª TO	Remuneratória
2401-003.045	18/06/2013	4ª C / 1ª TO	Remuneratória
2301-003.597	20/06/2013	3ª C / 1ª TO	Remuneratória
2301-004.137	10/09/2014	3ª C / 1ª TO	Remuneratória
2301-004.138	10/09/2014	3ª C / 1ª TO	Remuneratória
2803-03.815	05/11/2014	3ª TE	Mercantil
2302-003.536	03/12/2014	3ª C / 2ª TO	Remuneratória
2402-004.480	20/01/2015	4ª C / 2ª TO	Remuneratória
2402-004.481	20/01/2015	4ª C / 2ª TO	Remuneratória
2201-002.685	11/02/2015	2ª C / 1ª TO	Remuneratória
2401-003.888	11/02/2015	4ª C / 1ª TO	Mercantil
2401-003.889	11/02/2015	4ª C / 1ª TO	Mercantil
2401-003.891	11/02/2015	4ª C / 1ª TO	Mercantil
2401-003.891	11/02/2015	4ª C / 1ª TO	Remuneratória
2402-005.010	17/02/2016	4ª C / 2ª TO	Remuneratória
2201-002.766	26/01/2016	2ª C / 1ª TO	Remuneratória
2401-005.011	17/02/2016	4ª C / 2ª TO	Remuneratória
2202-003.367	10/05/2016	2ª C / 2ª TO	Remuneratória
2402-005.346	15/05/2016	4ª C / 2ª TO	Remuneratória
2202-003.437	14/06/2016	2ª C / 2ª TO	Remuneratória
2202-003.436	14/06/2016	2ª C / 2ª TO	Remuneratória
2402-005.392	13/07/2016	4ª C / 2ª TO	Remuneratória

Fonte: GESING, PAULA E BASTOS (2016)

Figura 2 – Distribuição do Chi-Quadrado



Fonte: ANDERSON, SWEENEY E WILLIAMS (2012)

Tabela 5 – Tabela de Distribuição do Chi-quadrado

Graus de Liberdade	Área na calda de cima							
	0,99	0,975	0,95	0,9	0,1	0,05	0,025	0,01
1	0,000	0,001	0,004	0,016	2,706	3,841	5,024	6,635
2	0,020	0,051	0,103	0,211	4,605	5,991	7,378	9,210
3	0,115	0,216	0,352	0,584	6,251	7,815	9,348	11,345
4	0,297	0,484	0,711	1,064	7,779	9,488	11,143	13,277
5	0,554	0,831	1,145	1,610	9,236	11,070	12,833	15,086
6	0,872	1,237	1,635	2,204	10,645	12,592	14,449	16,812
7	1,239	1,690	2,167	2,833	12,017	14,067	16,013	18,475
8	1,646	2,180	2,733	3,490	13,362	15,507	17,535	20,090
9	2,088	2,700	3,325	4,168	14,684	16,919	19,023	21,666
10	2,558	3,247	3,940	4,865	15,987	18,307	20,483	23,209
11	3,053	3,816	4,575	5,578	17,275	19,675	21,920	24,725
12	3,571	4,404	5,226	6,304	18,549	21,026	23,337	26,217
13	4,107	5,009	5,892	7,042	19,812	22,362	24,736	27,688
14	4,660	5,629	6,571	7,790	21,064	23,685	26,119	29,141
15	5,229	6,262	7,261	8,547	22,307	24,996	27,488	30,578
16	5,812	6,908	7,962	9,312	23,542	26,296	28,845	32,000
17	6,408	7,564	8,672	10,085	24,769	27,587	30,191	33,409
18	7,015	8,231	9,390	10,865	25,989	28,869	31,526	34,805
19	7,633	8,907	10,117	11,651	27,204	30,144	32,852	36,191
20	8,260	9,591	10,851	12,443	28,412	31,410	34,170	37,566
21	8,897	10,283	11,591	13,240	29,615	32,671	35,479	38,932
22	9,542	10,982	12,338	14,041	30,813	33,924	36,781	40,289
23	10,196	11,689	13,091	14,848	32,007	35,172	38,076	41,638
24	10,856	12,401	13,848	15,659	33,196	36,415	39,364	42,980
25	11,524	13,120	14,611	16,473	34,382	37,652	40,646	44,314
26	12,198	13,844	15,379	17,292	35,563	38,885	41,923	45,642
27	12,879	14,573	16,151	18,114	36,741	40,113	43,195	46,963
28	13,565	15,308	16,928	18,939	37,916	41,337	44,461	48,278
29	14,256	16,047	17,708	19,768	39,087	42,557	45,722	49,588
30	14,953	16,791	18,493	20,599	40,256	43,773	46,979	50,892
40	22,164	24,433	26,509	29,051	51,805	55,758	59,342	63,691
60	37,485	40,482	43,188	46,459	74,397	79,082	83,298	88,379
80	53,540	57,153	60,391	64,278	96,578	101,879	106,629	112,329
100	70,065	74,222	77,929	82,358	118,498	124,342	129,561	135,807

Fonte: ANDERSON, SWEENEY E WILLIAMS (2012) e Propria (2018)