Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10314.723165/2017-20

Processo nº	10314.723165/2017-20
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2201-005.151 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	04 de junho de 2019
Recorrente	AMBEV S.A.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2013

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. STOCK OPTIONS. INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO.

Incidem contribuições previdenciárias sobre benefícios concedidos a colaboradores, no âmbito de Programas de stock options, quando verificada que a operação tem nítido viés remuneratório, não apresentando natureza mercantil, não evidenciando qualquer risco para o beneficiário e estando claramente relacionada à contraprestação por serviços.

O fato gerador da obrigação tem lugar no momento do exercício das opções de compra e a base de cálculo se verifica pela diferença entre o valor eventualmente pago pelos ativos e os valores praticados pelo mercado.

LANÇAMENTO. NULIDADE.

Não há nulidade do lançamento efetuado por agente competente e sem preterição do direito de defesa, sobretudo se matéria tributável foi plenamente entendida pelo contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO MULTA DE MORA. SUMULA CARF Nº 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguídas e, no mérito, também por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Relator e Presidente.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu

Kushiyama, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

O presente processo trata de Auto de Infração referente a contribuições sociais destinadas à Seguridade Social e, por sua precisão e clareza, valho-me do relatório elaborado no curso do voto condutor relativo ao julgamento de 1ª Instância:

> Trata o lançamento em questão dos seguintes autos de infração:
>
> 1 – Contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social, incluindo-se aquelas destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT, incidentes sobre valores de remuneração paga a segurados empregados e a contribuintes individuais, devidas pela empresa, no valor total de R$ 31.451.554,07, fls. 793/801;
>
> 2 – Contribuições destinadas a outras entidades e fundos: Sesi, Senai, Incra, FNDE e Sebrae. No valor total de R$ 7.422.438,29, fls. 802/813.
>
> As contribuições lançadas foram apuradas em razão do caráter remuneratório do Plano/Programa de Opções de Compra de Ações oferecido pela empresa a seus executivos e empregados.
>
> IMPUGNAÇÃO
>
> A autuada apresentou sua IMPUGNAÇÃO, fls. 909/948, asseverando, em apertada síntese, que:
>
> 1 – A auditora equivocou-se, confundindo com remuneração o Plano de Opção de Compra de Ações da Impugnante, que tem caráter mercantil, estando fora, portanto, do campo de incidência das contribuições previdenciárias.
>
> 2 – O Plano referido tinha como escopo a integração de executivos e empregados com a empresa, facilitando a sua entrada no quadro societário, como uma forma de estimular a consecução dos seus objetivos sociais, bem como a permanência desses executivos e empregados em seus cargos, na medida em que, como acionistas, passariam a participar efetivamente de eventuais ganhos que o negócio viria a ter em razão de seu esmero.
>
> 3 – O Plano previa que a outorga de opções de compra de ações dar-se-ia com base em Programas de Opção de Ações a serem criados esporadicamente pelo Conselho de Administração, que escolheria também seus beneficiários.
>
> 4 – Não havia obrigatoriedade quanto à frequência da criação dos Programas, bem como vinculação dos empregados e executivos elegíveis, de modo que os Participantes não deveriam ter qualquer expectativa com relação à criação de um novo Programa, bem como na sua participação em outros Programas que viessem a ser criados.
>
> 5 – ... o Plano possuía as seguintes características básicas:
>
> a. Era complexo, composto por três lotes de opções, com exercícios distintos, mas que devem ser analisados em conjunto, na medida em que o exercício de um lote dependia do exercício do outro e vice-versa;
>
> b. A outorga era concedida por meio de contrato bilateral de natureza mercantil;

c. As ações adquiridas dos lotes A e B não eram passíveis de negociação no mercado por um período significativo de tempo (3 e 5 anos, respectivamente), mesmo considerando que haviam sido compradas e pagas em valores equivalentes ou muito próximos aos de mercado pelos Participantes;

d. Uma vez que o preço de exercício foi fixado e pago com base em valor de mercado no momento da outorga (em relação as ações dos lotes A e B), se as ações da Impugnante não viessem a valorizar, as ações adquiridas, se vendidas, poderiam gerar perda de capital aos Participantes; e,

e. A Impugnante não realizava qualquer pagamento aos Participantes, advindo eventuais ganhos apenas quando da alienação das ações a terceiros, após o lockup period, se a diferença entre o preço de venda e o de exercício fosse positiva.

6 – De acordo com a Auditora-Fiscal, a Impugnante teria pago a seus executivos e empregados remuneração variável, por meio de um benefício, qual seja, opções de compra de ações.

7 – Sendo que o fato gerador das contribuições previdenciárias é pagar, creditar ou remunerar, nos termos do artigo 22, incisos I e III da Lei 8.212/913, e que (ii) no entendimento da fiscalização a remuneração teria sido paga por meio da outorga de opções, utilizando-se essa premissa fixada pela Agente Fiscal, conclui-se que o fato gerador da suposta obrigação tributária objeto de lançamento seria a outorga das opções em abril de 2006, 2007 e 2008, e não no exercício das opções, em 2013, como afirmou a Auditora-Fiscal. É nesse momento que deveria ter sido considerado ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, pois teriam sido verificadas as circunstâncias materiais necessárias para tanto, nos termos do artigo 116 do CTN. O suposto fato gerador das contribuições previdenciárias teria ocorrido na outorga das opções, independentemente de ter havido ou não o exercício da opção.

8 – O fato de o titular vir a exercer ou não a opção que foi adquirida não interfere na outorga da opção, momento no qual, de acordo com a fiscalização, teria havido o pagamento de remuneração por meio de utilidade, já que as opções no mercado não são oferecidas gratuitamente.

9 – Há uma incongruência entre os valores que foram escolhidos para representar a remuneração que teria sido recebida pelos participantes do Programa e a remuneração que teria sido paga. Ao mesmo tempo que a Auditora alegou que a Impugnante teria pago benefícios por meio de Outorga de Opção de Compra de Ações afirmou que a remuneração estaria "no valor do preço do exercício em relação ao preço de mercado da ação na data em que foi exercida a opção de compra".

10 – A base de cálculo não guarda qualquer relação com a outorga das opções, infirmando o fato gerador da obrigação tributária.

11 – A base de cálculo não pode ser isolada do fato gerador, servindo para confirmá-lo. A Auditora alegou que teria havido remuneração com entrega de opções de compra de ações. A base de cálculo deveria estar ligada a esse evento e não a um evento futuro e incerto sobre o qual a Impugnante não exerce qualquer controle.

12 –A base de cálculo está completamente dissociada do fato gerador, o que acaba por infirmar a própria ocorrência do fato gerador, qual seja, o pagamento de remuneração.

13 – Se a outorga de opções de compra de ações constituísse em fato gerador de contribuições previdenciárias, haveria que ser apresentado pela Auditora o valor das opções no momento de sua outorga.

14 – Os autos de infração são nulos, vez que a Auditora equivocou-se ao determinar a matéria tributável e em calcular o montante do tributo devido, nos termos do caput do artigo 142 do CTN.

15 – O fato gerador da obrigação tributária não poderia ter ocorrido no momento do exercício da opção, mas sim, no momento das outorgas, porque o real benefício dos participantes foi o valor intrínseco da outorga das opções que foram concedidas gratuitamente e que permitiam a aquisição de ações da Impugnante por valor supostamente inferior ao de mercado. Era a opção que tinha valor e, portanto, ela que representaria a suposta remuneração auferida pelos Participantes.

16 – Considerando que as outorgas ocorreram em 2006, 2007 e 2008, quando da intimação da Impugnante dos autos de infração, em 15/12/2017, já havia decaído o direito do fisco de lavrar tais autos de infração.

17 – Nos termos do parágrafo primeiro, do artigo 113, do CTN, a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador. No caso, isso teria ocorrido no momento do pagamento da suposta remuneração, o que se deu com a outorga das opções. Assim, os autos de infração são improcedentes, uma vez que decorridos mais de cinco anos entre os fatos geradores e a ciência dos lançamentos.

18 – Mesmo que se aceite como fato gerador das contribuições previdenciárias o momento do exercício das opções, já houve decadência de parte das contribuições previdenciárias em discussão, porque, de acordo com o parágrafo 1º, do artigo 52, da IN RFB nº 971/09, o fato gerador das contribuições previdenciárias ocorre no momento em que a remuneração deva ser reconhecida contabilmente pela Impugnante.

19 – Pelo regime de competência, a despesa de remuneração que se espera pagar no futuro, mas que se refira a serviços prestados no momento presente, deve ser reconhecida proporcionalmente até o momento em que há o efetivo pagamento. Assim, somente seria devido o valor correspondente a 1/5 do ganho auferido pelos Participantes que tiveram outorgas concedidas no ano de 2008. Todos os demais casos estariam decadentes.

20 – É nulo o auto de infração por carecer de liquidez e certeza do crédito tributário. Além de ter sido adotada base de cálculo dissociada do fato gerador da obrigação tributária, a Auditora equivocou-se ao calcular a base de cálculo, ainda que todas as suas premissas para a autuação fossem corretas.

21 – Embora tenham sido oferecidas opções de compra de ações em lotes distintos, com períodos de carência e indisponibilidade distintos, esses estavam interligados e compunham uma única outorga, devendo ser, portanto, obrigatoriamente analisados em conjunto. Isso, porque o lote B só poderia ser exercido se pago o preço pelo exercício do lote A, e o exercício do lote C somente era possível após ter sido pago o preço pelo exercício dos lotes A e B, de tal modo que o preço dos exercícios das opções dos lotes A e B acabam por compor obrigatoriamente o preço de exercício do lote C.

22 – Jamais poderia ter sido considerado o preço de exercício de C isoladamente, sem considerar o preço pago pelo exercício dos lotes A e B. Ainda que se pudesse adotar como base de cálculo das contribuições previdenciárias a diferença entre o valor de mercado das ações e seu respectivo custo de aquisição, à semelhança do que ocorre na apuração do ganho de capital, dever-se-ia considerar, nos termos do artigo 58 da Instrução Normativa 1.585/2015, o preço médio de aquisição das ações da Impugnante, uma vez que o custo dos lotes A e B acabam por integrar o custo de aquisição do lote C, especialmente por se tratar de ações da mesma natureza e classe. Portanto, não poderia ter sido considerado o preço do exercício do lote C isoladamente para apurar a base de cálculo dos supostos tributos devidos, ignorando que se tratou de uma outorga única, dividida em três lotes dependentes entre si, todas concedidas para aquisição de ações da Impugnante de mesma natureza e classe.

23 – É flagrante a nulidade do lançamento tributário em questão, em razão da iliquidez e incerteza do crédito tributário, uma vez que o preço de exercício foi apurado de forma incorreta, devendo ser cancelados os autos de infração lavrados.

24 – Caso não seja acatada a nulidade, que sejam recalculados os valores considerados como remuneração, levando-se em conta o custo médio das ações adquiridas nos lotes A, B e C.

25 – A Auditora-Fiscal reconhece que apenas os stock option plans de caráter remuneratório estão sujeitos à incidência de contribuições previdenciárias.

26 – Os Programas da Impugnante possuíam os elementos necessários para que os Contratos celebrados sob seus termos fossem definidos como de natureza mercantil. Há características nos contratos que os tornam até mesmo mais onerosos aos participantes do que aqueles encontrados no mercado. Todas essas características estão presentes no caso concreto, além do risco que é inerente ao mercado de ações.

27 – Diferentemente de quase a totalidade dos outros planos de opções/ações existentes no mercado e analisados pelas autoridades fiscais, no Programa da Impugnante o exercício das opções referentes ao lote C devia ser precedido, não só pelo pagamento de seu preço de exercício, mas também pelo pagamento do preço de exercício dos lotes A e B .

28 – A existência de risco é patente. Os Participantes eram obrigados a, contemporaneamente a outorga das opções dos lotes A e B, exercerem tais opções mediante pagamento de preço de mercado e ainda ficavam sujeitos a um período de indisponibilidade de 3 e 5 anos para venda, respectivamente.

29 – O risco para os participantes não estava vinculado unicamente ao prêmio. Este representa apenas parcela do valor de uma opção, devendo ser somado ao valor do exercício para que, confrontado com o valor de eventual alienação da ação, possa ser verificado algum ganho.

30 – O risco ficava ainda mais evidente na medida em que, para ter direito a exercer as opções do lote C, após cinco anos da assinatura dos Contratos, os participantes eram obrigados a exercer e pagar pelas ações referentes aos lotes A e B ficando impedidos de alienar tais ações por pelo menos 3 anos.

31 – O preço de exercício dos lotes A e B era estabelecido no momento da outorga destes lotes de acordo com o valor de mercado das ações, sendo possível que, cinco anos após a assinatura dos Contratos, as ações atingissem valor de mercado menor que o preço de exercício.

32 – A fiscalização não pode, após decorrido período significativo de tempo entre a outorga das opções e aquisição das ações, dizer que era certa a existência de ganho do Contrato celebrado. Essa alegação só é verdadeira porque a fiscalização dispõe atualmente de informações dos preços de mercado das ações da Impugnante que não estavam disponíveis aos participantes (pois referentes a períodos futuros e incertos) quando aceitaram adquirir ações por preços de mercado e ainda ficarem impossibilitados de vendê-las por prazos significativamente longos.

33 – Portanto, a Impugnante estruturou e executou o seu Plano de Opção de Compra de Ações por meio de contratos mercantis, não sujeitos, portanto, à incidência de contribuições previdenciárias.

34 – Por utilidade, entende-se a prestação fornecida gratuitamente ao empregado. No presente caso, é evidente o caráter oneroso dos contratos de stock option, o que por si já afasta o suposto caráter de utilidade, dos planos de opção de compra de ações, sendo irrelevante se as outorgas se davam de maneira habitual ou não, já que a habitualidade

de um determinado contrato mercantil não modifica sua natureza de mercantil para remuneratória.

35 – De acordo com a Auditora-Fiscal, a outorga dar-se-ia por meio de contrato que preveria a possibilidade de, passado determinado período de permanência do participante na Companhia, adquirir-se ações da Impugnante por valor abaixo do de mercado, sem qualquer risco.

36 – Houve equívoco tanto em relação ao período de permanência, como em relação ao valor de exercício. Com relação ao suposto período de permanência, trata-se, na verdade, de período estabelecido nos Programas durante o qual os participantes não poderiam alienar as ações dos lotes A e B já adquiridas, (lock-up period).

37 – Lock-up period ressalta ainda mais o caráter mercantil e de risco do Programa, na medida em que os participantes exerciam as opções dos lotes A e B sem saber qual valor suas ações atingiriam até poderem ser negociadas no volátil mercado de bolsa de valores.

38 – Os preços de exercício foram calculados com base no preço de mercado das ações no momento da outorga, momento esse que era contemporâneo ao do exercício, tendo sido concedido um desconto de 10% para as ações do lote B, apenas nos Programas de 2007 e 2008.

39 – Para exercer as opções do lote C, os Participantes eram obrigados a exercer as opções dos lotes A e B por valores correspondentes ao valor das ações da Impugnante que eram negociados no mercado por terceiros (lote A e lote B no Programa de 2006) ou a ele muito próximo (lote B nos Programas de 2007 e 2008), e permanecer com essas ações durante o período de lockup.

40 – Assim, até poderem exercer o lote C, pelo preço de mercado no momento da outorga, os Participantes corriam o risco das ações referentes aos lotes A e B "virarem pó", na hipótese de queda no valor das ações da Impugnante. Portanto, os participantes estavam sujeitos a perder todo o investimento que fizeram, para terem o direito às opções que compunham o lote C.

41 – O Plano tem como um de seus objetivos motivar e reter talentos, mas isso não lhe atribui caráter remuneratório. Pelo princípio da retributividade, determinada verba, para ser considerada remuneração, deve refletir uma contraprestação proporcional ao trabalho executado e à função desempenhada. Estimular a permanência de um empregado na sociedade, incentivando-o a ingressar em seu quadro societário, para participar diretamente dos riscos e frutos do negócio, não corresponde a pagamento por nenhum serviço prestado.

42 – A outorga das opções dá-se em momento anterior à prestação do serviço, sem observar qualquer métrica em razão do serviço que será prestado e, mais importante do que tudo, exige efetivo desembolso dos participantes (no caso, o preço de exercício das ações dos lotes A, B e C), não fazendo qualquer sentido se falar em contraprestação por serviço prestado.

43 –À luz do princípio da retributividade e em vista da necessidade de pagamento de preço, não há que se falar em configuração do caráter remuneratório dos Programas da Impugnante.

44 – Segundo a Auditora-Fiscal, não haveria risco nos Contratos celebrados, uma vez que as outorgas são gratuitas e as opções foram exercidas por serem vantajosas. No entanto, o valor de mercado das ações na data do exercício apenas indica um ganho potencial, que poderá não vir a se concretizar se, após o período de lockup, as ações forem alienadas por um valor inferior ao de mercado. O risco sempre esteve presente, na medida em que os participantes, para terem o direito de exercer as opções no ano-

calendário de 2013, além de pagarem o preço pelo seu exercício, tiveram que, antes disso, adquirir as ações dos lotes A e B pelo valor de mercado, ou até mesmo acima do mercado, e permanecer com tais ações pelo período mínimo de três anos, sujeitando-se à volatilidade do mercado.

45 – Não pode a Auditora, agora de posse de informações do mercado, que não estavam disponíveis aos participantes na época da outorga e exercício das ações dos Lotes A e B, afirmar que certamente haveria ganho decorrente dos exercícios de compra das ações da Impugnante. Imaginem que ao invés de serem Participantes de Programas de Opções da Impugnante, eles fossem participantes de programas de opções, nos mesmos moldes, mas da empresa Petrobrás S.A. Algum desses Participantes imaginaria em 2006, 2007 ou mesmo em 2008 o que aconteceria com a Petrobrás 5 anos mais tarde?

46 – No caso dos Programas da Impugnante, que é diferente da maioria dos planos de ações existentes no mercado, os participantes pagavam preços de mercado para o exercício de ações que ficavam bloqueadas para venda durante longuíssimo período de tempo. Não se pode dizer que não existiria risco para o lote C, quando o exercício das opções a ele relativas estavam condicionadas ao pagamento de preço de mercado, bem como ao exercício dos lotes A e B.

47 - A previsão para opções exercidas mediante utilização de Bônus não está presente nos Programas de 2006, 2007 e 2008. Contudo, ainda que estivesse, referida cláusula apenas demonstra o esmero da Impugnante em incentivar seus empregados e executivos a participarem de seu quadro societário, com o intuito de motivá-los a aplicarem seus melhores esforços para o regular desenvolvimento do negócio.

48 – Se tivesse havido mesmo condições diferenciadas, os valores recebidos a título de bônus teriam sido regularmente tributados e disponíveis para serem investidos onde os Participantes bem entendessem.

49 – Conforme entendimento da Auditora, o fato de os participantes do Plano poderem exercer a opção de compra integralmente, proporcionalmente ou parcialmente, em caso de saída da companhia, com vencimento antecipado das opções, indicaria seu caráter remuneratório. Na realidade, as cláusulas de caducidade e vencimento antecipado infirmam o caráter remuneratório do Plano. Como se pode notar, no caso de falecimento, por exemplo, os herdeiros poderiam exercer a integralidade das opções do lote C, independentemente de ter sido cumprido o prazo de carência pelo participante. Ora, em assim sendo, é evidente que não se trata de contraprestação por serviço prestado, uma vez que o falecido não teria prestado serviço algum para que seus herdeiros tivessem direito a exercer a integralidade das opções.

50 – Quanto às situações de vencimento antecipado, a Auditora-Fiscal não percebeu que o que ocorre é a liberação para venda das ações já adquiridas e não a antecipação das opções ainda não incorporadas. Seria absurdo imaginar que alguém que fosse demitido por justa causa, perdesse o direito de exercício das ações do lote C, e ainda continuasse a ficar com seu direito de vender as ações já adquiridas e pagas dos lotes A e B impossibilitado de ser exercido.

51 – De acordo com a Auditora, a existência da previsão de um teste de performance indicaria caráter contraprestacional. Entretanto, ela confundiu os conceitos do Programa. O teste de performance, conforme se nota pelas fórmulas e explicações constantes do anexo dos Programas, tinha relação com resultados financeiros da Impugnante e não dos Participantes. Não se tratava de um teste para comprovar se o Participante teria atingindo ou não metas individuais como empregado ou colaborador da Impugnante, mas sim de metas financeiras da própria Impugnante.

52 – Não se pode dizer que há uma relação direta entre os serviços prestados pelos participantes e o atingimento das metas da Impugnante, já que estas sofrem influência do mercado e de outras variáveis que estão desvinculadas da atuação daqueles.

53 – De acordo com a Auditora, a maior parte da remuneração dos empregados e executivos dar-se-ia com base em ações, conforme informação disponibilizada pela Impugnante no site da CVM. Entretanto, tal informação segue apenas os parâmetros estabelecidos pela CVM na Deliberação CVM nº. 371/2000 e o ofício circular CVM/SNC/SEP/nº 01/2005, que visam dar clareza aos investidores da Impugnante sobre a existência desse tipo de instrumento.

54 – No caso das opções em análise, não há qualquer referibilidade entre prestação de serviço e o exercício das opções pelos participantes; nem há desembolso por parte da Impugnante a ensejar a incidência de contribuições previdenciárias. Contudo, ainda que assim não se entenda, a ausência de tais requisitos é indiscutível quando se analisa o exercício das opções por empregados que tenham sido desligados da Impugnante antes do mês de exercício das opções, porque, nesses casos, ainda que se entenda que o fato gerador das contribuições previdenciárias ocorreu no momento do exercício das opções do lote C, não há que se falar em remuneração e pagamento de contribuições previdenciárias para quem não é mais empregado da Impugnante e nem lhe presta mais serviços.

55 – Conforme planilha elaborada pela Fiscalização, no Termo de Constatação e Intimação Fiscal 004, os seguintes participantes já não eram empregados da Impugnante quando do exercício das opções:

PARTICIPANTE	DEMISSÃO	EXERCÍCIO
Ariel Grunkraut	05/10/2010	10/03/2013
Elisabeth Barbosa Furiati Tinti	03/05/2010	17/10/2013
Graham David Staley	03/05/2010	17/10/2013
Joao Paulo Rocha Badaro	18/07/2012	30/10/2013
Leonardo Bochi Lavarda	02/04/2012	30/10/2013
Marcelo Gustavo Pera	31/12/2002	17/10/2013
Philip Francis Rene Madeleine Goris	31/07/2007	27/03/2013
Robinson Taube	02/05/2011	10/05/2013
Rodrigo Pinto de Menezes	03/06/2013	03/12/2013
Vivian Jacobsohn Serebrinic	11/01/2013	05/07/2013

56 – Se os participantes não eram mais empregados da Impugnante no momento do exercício, é evidente que a diferença entre o preço de exercício e o valor de mercado das ações não poderia compor a remuneração paga no mês a seus empregados e executivos. Ainda que se pudesse considerar que teria havido um pagamento por parte da Impugnante nos referidos meses, seria realizado a qualquer outro título a pessoas que não mais lhe prestavam serviços, não compondo seu custo mensal com pagamento de remuneração sujeita a contribuições previdenciárias.

57 – No caso de uma sociedade dar um prêmio, de maneira espontânea, a um antigo empregado, tal Participante, no mínimo, não poderia ser considerado empregado, mas apenas contribuinte individual, na medida em que, no momento do suposto pagamento, não havia qualquer vínculo de caráter empregatício entre a Impugnante e os Participantes. Deste modo, ao menos não deveria ter sido apurado crédito de GILRAT e contribuições para terceiros sobre a diferença entre o valor de mercado e o preço de exercício das opções outorgadas aos antigos empregados da Impugnante acima relacionados.

58 – Não se pode cobrar contribuições previdenciárias de participantes que não exerciam a função de empregado ou que não prestavam serviços à Impugnante, já que fora do alcance da previsão do art. 22, da Lei 8.212. É o caso dos Participantes constantes da lista de fls. 942. No ano de 2013 estavam ligados a outras empresas do grupo no exterior na condição de expatriados, razão pela qual não podem ser considerados empregados ou prestadores de serviços da Impugnante.

59 – O Senhor Gustavo Gomes de Aguiar Barros, antes de ser expatriado, trabalhava na CRBS S/A (CNPJ 56.228.356/0073-06), outra empresa do Grupo, o que reforça o fato de não serem devidas contribuições sociais sobre a diferença entre o valor de mercado e o preço do exercício das opções por ele detidas, uma vez que não detinha vínculo empregatício com a Impugnante. Ainda que assim não fosse, a CRBS S/A estava sujeita na época ao recolhimento de contribuições ao SESC/ SENAC e não ao SESI/SENAI, como está sendo exigido nos presentes autos.

60 – Em relação aos Participantes que estavam alocados nos CNPJ raiz 02.808.708 e 73.082.158 a alíquota de GILRAT foi aplicada de forma equivocada, uma vez que a alíquota correta, conforme legislação aplicável, seria a de 2% e não de 3% conforme utilizada pela Fiscalização. Suposta remuneração não poderia estar sujeita a alíquotas superiores àquelas aplicáveis à remuneração em espécie eventualmente recebida por tais Participantes. Esse erro de cálculo foi constatado em relação aos participantes relacionados às fls. 944.

61 – A fiscalização cometeu equívoco ao considerar os supostos benefícios auferidos por Horácio Elias Rosentgberg, Ivan Raul Mandolini e Martin Miguel Buompadre, como sujeitos a contribuições previdenciárias na qualidade de contribuintes individuais. Entretanto, tais pessoas nunca estiveram na folha de salários da Impugnante; sequer são residentes no Brasil e nunca prestaram serviços a Impugnante. A auditora não reuniu elementos que provassem a efetiva prestação de serviços em benefício da Impugnante para que se pudesse aventar a hipótese de cobrança de contribuições previdenciárias.

62 - No de decisão pela manutenção dos lançamentos que deram origem a este processo, deve ser cancelada a exigência de multas, em razão da existência de dúvida quanto à suposta infração, conforme artigo 112 do CTN, que permite interpretação da maneira mais favorável ao acusado. Deste modo, havendo dúvida quanto à correção das autuações que deram origem ao presente processo administrativo, requer-se seja afastada, ao menos, a exigência das multas.

63 – Caso a multa de ofício seja mantida, sobre ela não podem ser exigidos juros de mora, pelas razões que expõe às fls. 946/947.

Ao final, requer:

153 Diante de todo o exposto, requer-se seja a presente Impugnação conhecida e provida, a fim de que seja reconhecida a nulidade da autuação ou sua improcedência pelo mérito.

154 Subsidiariamente, caso seja mantida a autuação em questão, requer-se:

(i) sejam recalculados os valores das contribuições devidas em razão da (a) decadência total ou, no mínimo, parcial do direito de autuar, (b) necessidade de se ajustar o valor do benefício supostamente auferido pelos Participantes para aquele correspondente ao valor da opção outorgada gratuitamente e não da diferença entre o valor do exercício e do mercado no momento do exercício, (c) exclusão da base de cálculo do valor referente aos supostos benefícios auferidos pelos Participantes que exerceram as opções em momento posterior a seu desligamento ou que eram considerados como expatriados no momento do exercício das opções ou que NUNCA prestaram qualquer serviço à Impugnante por nunca terem estado em sua folha de salários, (d) necessidade de correção da alíquota do GILRAT para os Participantes alocados nos CNPJs raiz 02.808.708 e 73.082.158

(ii) seja afastada a cobrança de multa de ofício, se proferido voto de qualidade, e

(iii) cancelados os juros de mora sobre a multa de ofício, se mantida, em razão de sua ilegalidade.

No julgamento da impugnação, acordaram os membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande/MS, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido, nos termos que podem ser assim resumidos:

> DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA
>
> (...) Portanto, ao que se extrai do Termo de Verificação Fiscal, fls. 775/792, foi considerada a ocorrência do fato gerador no momento do exercício da opção, ou seja, durante ano de 2013.
>
> Desta forma, não há que se falar em decadência.
>
> DO CARÁTER REMUNERATÓRIO PLANO DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES
>
> (...)No caso em tela, conforme se extrai do Termo de Verificação Fiscal, fls. 775/792, a descrição dos ganhos obtidos pelos trabalhadores beneficiados pelo Plano de Opção de Compra de Ações, não deixa dúvidas de que se trata de remuneração sob a forma de utilidades, conforme dispositivo legal acima transcrito.
>
> DOS PARTICIPANTES DO PLANO DEMITIDOS ANTES DO EXERCÍCIO DAS OPÇÕES OU QUE NUNCA PRESTARAM SERVIÇOS PARA A EMPRESA
>
> (...)Desta forma, não ficando as contribuições recolhidas vinculadas a nenhum segurado beneficiário, não é importante o fato de alguns participantes do Plano de Opções de Compra de Ações não mais manterem vínculo com a Companhia no momento da ocorrência do fato gerador.
>
> Guardadas as proporções, é o mesmo que ocorre quando o empregado é desligado da empresa e promove ação judicial, reclamando verbas trabalhistas, e, posteriormente, celebrando acordo, vem a receber valores, conforme o entendimento entre as partes, gerando a incidência da contribuição sobre tais verbas no momento da celebração do respectivo acordo, mesmo não pertencendo o empregado aos quadros da empresa nessa ocasião.
>
> Frisa-se que as contribuições ora lançadas são decorrentes de obrigação da empresa e restou comprovada a natureza remuneratória do Plano de Opções de Compra de Ações em questão.
>
> DA ALÍQUOTA APLICADA. GILRAT
>
> (...) Vê-se, portanto, que a determinação da alíquota aplicável, no caso em tela, dá-se em função do grau de risco de acidentes do trabalho na atividade preponderante.
>
> (...) Portanto, tratando-se de empresa com atividade industrial preponderante, grau de risco grave, correto o enquadramento considerado pela fiscalização.
>
> JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.
>
> (...) Seja como for, o fato é que incide os juros sobre o montante do crédito tributário, aí incluída a multa de ofício.

Ciente do Acórdão da DRJ em 06 de agosto de 2018, conforme termo de ciência eletrônica de fl. 993, ainda inconformado, o contribuinte juntou o Recurso Voluntário de fl. 997 a 1036, em 04 de setembro de 2018, no qual reiterou as razões expressas em sede de impugnação.

Ciente do teor do recurso voluntário, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou as contrarrazões de fl. 1080 a 1110.

No curso do voto a seguir, serão explicitadas, por tópicos, as razões da recorrente e as da Fazenda Nacional.

É o relatório necessário.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Relator

Por ser tempestivo e por atender os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

Após breve síntese do litígio administrativo, a recorrente apresenta detalhamento de seu Plano de Opção de Compra de Ações.

Afirma que tal Plano tinha o escopo de integrar executivos e empregados, por instrumento de caráter mercantil, facilitando a entrada destes no quadro societário, participando dos riscos do negócio, como uma forma de estimular tais colaboradores, no desenvolvimento futuro de suas funções, na consecução dos objetivos sociais da Companhia.

Alega que o Plano se daria com base em Programas a serem criados esporadicamente, sem frequência definida ou mesmo vinculação de colaboradores elegíveis, com opções outorgadas mediante Contrato de Opção de Compra de Ações.

Sustenta que, para exercer as opções outorgadas, o beneficiário deveria desembolsar montante equivalente ao valor de mercado das ações da mesma espécie, do último pregão, estando impossibilitado de transferir (Lock-up) as tais ações pelo prazo previsto no programa, não inferior a 3 anos.

Aduz que uma mesma outorga compreendia lotes A, B e C, como momentos de exercício distintos, mas que dependiam um dos outros, o que leva a inequívoca conclusão de que a análise das condições e do preço para exercício dos três lotes deve ser feita de maneira conjunta, o que não teria sido feito pela Sra. Agente Fiscal. Exemplifica:

> 15.1 Exemplificativamente, às fls. 9 do TVF, a Sra. Agente Fiscal analisa o fato de ser concedida redução de 10% no valor de exercício do lote B, mas sem considerar que para o exercício do lote B, os Participantes deveriam exercer a opção do lote A, bem como **ficarem sujeitos a períodos de indisponibilidade de venda das ações** adquiridas por períodos de 3 e 5 anos, respectivamente, mesmo **tendo pago preços de mercado por elas**.

A defesa conclui o detalhamento do plano nos seguintes termos:

> 21 Em síntese, o Plano possuía as seguintes características básicas:
>
> **a.** Era complexo, composto por três lotes de opções, com exercícios distintos, mas que devem ser analisados em conjunto, na medida em que o exercício de um lote dependia do exercício do outro e vice-versa;

> **b.** A outorga era concedida por meio de contrato bilateral de natureza mercantil;
>
> **c.** As ações adquiridas dos lotes A e B não eram passíveis de negociação no mercado por um período significativo de tempo (3 e 5 anos, respectivamente), mesmo considerando que haviam sido compradas e pagas em valores equivalentes ou muito próximos aos de mercado pelos Participantes;
>
> **d.** Uma vez que o preço de exercício foi fixado e pago com base em valor de mercado no momento da outorga (em relação as ações dos lotes A e B), se as ações da Recorrente não viessem a valorizar, as ações adquiridas, se vendidas, poderiam gerar perda de capital aos Participantes; e,
>
> **e.** A Recorrente não realizava qualquer pagamento aos Participantes, advindo eventuais ganhos apenas quando da alienação das ações a terceiros, após o lock-up period, se a diferença entre o preço de venda e o de exercício fosse positiva.

A seguir, o recurso trata especificamente das razões que justificam a reforma da decisão recorrida.

PRELIMINAR

A) NULIDADE DA AUTUAÇÃO

A defesa afirma que demonstrou que o lançamento é nulo em razão de *(i)* erro quanto à matéria tributável e quanto ao cálculo do tributo, *(ii)* extinção total ou pelo menos parcial do valor do lançamento pela decadência e *(iii)* o crédito tributário não é dotado de liquidez e certeza.

A-1) Erro na eleição do fato gerador e da base de cálculo

Afirma que a Fiscalização entendeu que a recorrente teria remunerado seus colaboradores mediante a outorga de opções de compra de ações e que, neste sentido, o suposto fato gerador do tributo teria ocorrido com a própria outorga e não no momento do exercício da opção, com a ressalva de que a Fiscalização ou o Julgador de 1ª Instância não apontaram qualquer condição suspensiva capaz de deslocar o momento da ocorrência do fato gerador da suposta obrigação.

Alega que, no presente caso, a base de cálculo restou dissociada do respectivo fato gerador, evidenciando que os autos foram lavrados mediante base de cálculo criada pelo Agente Fiscal, sem amparo em lei.

Sobre o tema, a União Federal afirmou que não tem razão a defesa, já que a nulidade estaria restrita aos casos disciplinados pelo art. 59 e 60 do Decreto 70.235/72, ou seja, se restasse evidenciada a incompetência do Agente ou o cerceamento ao direito de defesa. Afirma, ainda, que constam do Auto de Infração todos os requisitos necessários à sua lavratura.

Sustenta a União que o lançamento considerou o fato gerador ocorrido na data do efetivo exercício das opções, em plena consonância com a doutrina majoritária deste Conselho Administrativo de Recurso Fiscais.

Com razão a representação da Fazenda.

Não se identifica qualquer nulidade no Auto de Infração guerreado, já que este atendeu a todos os requisitos de validade dispostos no art. 10 do Decreto 70.235/72, observando, inclusive, a competência legal do Agente.

O Termo de Verificação Fiscal de fl. 775 a 792 descreveu com clareza as razões que levaram à autuação, permitindo ao contribuinte o pleno exercício do seu direito de defesa.

Embora as questões suscitadas pela defesa quanto ao momento da ocorrência do fato gerador ou à quantificação da base de cálculo estejam mais relacionadas ao mérito da autuação, há de se destacar que o Plano de Opção de Compra de Ações instituído pela recorrente, ainda que revisado, constituiu-se em lastro para os seus Programas de Opções de Ações, e é claro ao estabelecer que os direitos e obrigações decorrentes do Plano e do Contrato não poderão ser cedidos, transferidos ou dados como garantia de obrigações sem a prévia anuência escrita da companhia instituidora.

18. CESSÃO

18.1. Os direitos e obrigações decorrentes do PLANO e do Contrato não poderão ser cedidos ou transferidos, no todo ou em parte, por qualquer das partes, nem dados como garantia de obrigações, sem a prévia anuência escrita da outra parte.

Assim, eventual vantagem, ainda que influenciada por limitações parciais ao direito de propriedade, como as restrições às transferências das ações adquiridas definidas pelo Programa, só estará disponível ao colaborador após o exercício da opção.

Neste momento, o do exercício da opção, é que ocorre a incorporação ao patrimônio do beneficiário dos reflexos decorrentes da aquisição de ações sob condições favorecidas, sendo certo que, antes desta data, existia apenas uma expectativa de direito, impossível de se mensurar em números a justificar a ocorrência do fato gerador do tributo.

Assim, definido o momento da ocorrência do fato gerador, a data do exercício da opção, inconteste que a vantagem percebida pelo beneficiário está diretamente relacionada à diferença entre o valor de mercado, nesta data, da participação adquirida, e o que se pagou por ela, ainda que tal valor tenha sido definido a partir do valor do mesmo ativo em data pretérita.

No mesmo sentido tem ocorrido reiteradas manifestações deste Conselho, conforme se verifica no Acórdão 2401-004467, de 16/08/2016:

> STOCK OPTIONS. OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. EXERCÍCIO DO DIREITO. FATO GERADOR. ASPECTO TEMPORAL. BASE DE CÁLCULO Apura-se a base de cálculo na data do exercício do direito de compra das ações, quando aperfeiçoa-se o fato gerador pela vantagem econômica, consistente na remuneração sob a forma de utilidade, oriunda da aquisição das ações. A base de cálculo das contribuições corresponde à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas, na data do exercício, e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

Portanto, rejeito a preliminar.

A-2) Da decadência do Direito Creditório.

Amparada na sua convicção de que a ocorrência do fato gerador da obrigação em discussão estaria relacionada à outorga das opções (2006, 2007 e 2008) e não ao exercício de tais

opções (2013), a defesa entende que o valor lançado estaria totalmente extinto pela decadência já que, no momento da ciência da autuação, já havia transcorrido o prazo de cinco anos para exercício, pela Fazenda, do direito de constituir o crédito tributário.

Afirma a defesa que, ainda que se entenda correta a definição do momento do exercício da opção como fato gerador, tendo em vista o previsto no § 1º do art. 52, da IN 971/09[1], a despesa decorrente dos Programas deveriam ser reconhecidas proporcionalmente ao período entre a outorga e efetivo exercício das opções, o que importaria no reconhecimento da ocorrência parcial da decadência.

A representação da União traz à balha as mesmas considerações dispostas no item anterior e afirma que, nos termos do citado art. 52 da IN 971/09, o fato gerador das contribuições em comento consideram-se ocorridos no mês em que for paga, devida ou creditada a remuneração, o que ocorrer primeiro.

Os argumentos do contribuinte em relação à decadência, integral ou parcial, do tributo lançado não têm amparo legal ou fático.

O recorrente, embora alegue que o fato gerador deveria ser apurado pelo regime de competência, considerando a remuneração, mês a mês, que deveria ser reconhecida contabilmente desde a outorga da opção até o seu exercício, nada junta aos autos para demonstrar que efetuou tal registro contábil.

Como já explicitado no item anterior do presente voto, no momento do exercício da opção é que ocorre a incorporação ao patrimônio do beneficiário dos reflexos decorrentes da aquisição de ações sob condições favorecidas, sendo certo que, antes desta data, existia apenas uma expectativa de direito, impossível de se mensurar em números a justificar a ocorrência do fato gerador do tributo.

---

[1] Art. 52. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador da obrigação previdenciária principal e existentes seus efeitos:
I - em relação ao segurado:
a) empregado, exceto o contratado para trabalho intermitente, e trabalhador avulso, quando for paga, devida ou creditada a remuneração, o que ocorrer primeiro, quando do pagamento ou crédito da última parcela do décimo terceiro salário, observado o disposto nos arts. 96 e 97, e no mês a que se referirem as férias, mesmo quando recebidas antecipadamente na forma prevista na legislação trabalhista; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1867, de 25 de janeiro de 2019)
b) contribuinte individual, no mês em que lhe for paga ou creditada remuneração;
c) empregado doméstico, quando for paga ou devida a remuneração, o que ocorrer primeiro, quando do pagamento da última parcela do décimo terceiro salário, observado o disposto nos arts. 96 e 97, e no mês a que se referirem (...)
II - em relação à empresa:
a) no mês em que for paga, devida ou creditada a remuneração, o que ocorrer primeiro, a segurado empregado ou a trabalhador avulso em decorrência da prestação de serviço;
b) no mês em que for paga ou creditada a remuneração, o que ocorrer primeiro, ao segurado contribuinte individual que lhe presta serviços;
(...)
§ 1º Considera-se creditada a remuneração na competência em que a empresa contratante for obrigada a reconhecer contabilmente a despesa ou o dispêndio ou, no caso de equiparado ou empresa legalmente dispensada da escrituração contábil regular, na data da emissão do documento comprobatório da prestação de serviços.

Assim, tendo em vista que o lançamento foi aperfeiçoado 15 de dezembro de 2017 e está relacionado a fatos geradores efetivamente ocorridos em 2013, não há que se falar em decadência.

Pelo quê, rejeito a preliminar.

A-3) Iliquidez e incerteza do crédito tributário

Sustenta a recorrente que a Fiscalização considerou, no cômputo da base de cálculo das contribuições previdenciárias, o valor individual das ações do lote C, o que resultaria na nulidade do lançamento ou, ao menos, ensejaria o recálculo do tributo devido, já que, segundo seu entendimento, o correto seria utilizar o preço médio das aquisições dos três lotes, A. B e C, já que dependentes entre si.

Afirma que a decisão recorrida não teria compreendido adequadamente a questão ao concluir que os valores já tributados devem ser comprovados pela recorrente.

Aduz que ofereceu aos participantes Opções de compra em lotes distintos, com período de carência e indisponibilidade também distintos, mas que eram interligados entre si, compondo uma única outorga.

Afirma que o lotes B só poderia ser exercido se pago o preço pelo exercício do lote A. Já o lote C só poderia ser exercido se pago o preço de exercício pelos lotes A e B.

Alega que, ainda que se pudesse adotar como base de cálculo das contribuições previdenciárias a diferença entre o valor de mercado e o valor pago pelo exercício da opção, a Autoridade lançadora deveria ter considerado o preço médio das ações, de forma semelhante ao que prevê o art. 58 da Instrução Normativa RFB nº 1.585/2015[2].

A representação da Fazenda Nacional manifesta seu entendimento de que os lotes são distintos, com períodos de carência, indisponibilidade e preços próprios, o que torna as aquisições autônomas, não havendo de se falar em preços médios das ações adquiridas nos três lotes.

Os argumentos recursais não merecem prosperar, já que o art. 58 da citada Instrução Normativa nº 1.585/2015 se aplica à apuração de ganho de capital nos mercados à vista de ações. Tal previsão deverá ser utilizada pelos beneficiários dos Programas em questão quando da alienação das participações societárias adquiridas, para fins de apuração do lucro obtido na operação e, se for o caso, tributação pelo Imposto de Renda.

No caso ora sob apreço, estamos diante da tributação previdenciária incidente sobre rendimentos pagos, devidos ou creditados, a qualquer título, destinado a retribuir o trabalho. Os valores observados em um período não se confundem com os recebidos em outros períodos, mantendo cada evento como uma ocorrência distinta.

[2] Art. 58. Nos mercados à vista, o ganho líquido será constituído pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu custo de aquisição, calculado pela média ponderada dos custos unitários.

As razões da defesa poderiam levar ao entendimento de que, em qualquer caso, e para qualquer forma de pagamento, para cada período de apuração, seria necessária a obtenção da base de cálculo média sujeita a tributação, o que não encontra amparo na legislação.

O art. 28 da Lei 8.212/91 estabelece o que deve ser entendimento por salário de contribuição, dispondo:

> Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:
>
> I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, **durante o mês**, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;
>
> II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;
>
> III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º;
>
> IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º.

Como se vê no destaque, o salário de contribuição é auferido mês a mês, não havendo nenhum amparo legal para que a base de cálculo do tributo seja calculada por preço médio, ainda que vinculada a um mesmo contrato ou operações de mesma natureza, com ou sem algum vinculo entre estes.

Assim, rejeito a preliminar.

MÉRITO

A) IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO - PRESENÇA DAS CARACTERÍSTICAS DE CONTRATO MERCANTIL

Afirma o recorrente que, ao contrário do que concluiu a Fiscalização, os Programas Opções de Compra de Ações por ele instituições não têm natureza remuneratória, e possuem as características necessárias para serem definidos como de natureza mercantil, mostrando-se até mais onerosos para os participantes do que aqueles encontrados no mercado.

A defesa coteja algumas ponderações da decisão recorrida, em particular as relacionadas no quadro abaixo, utilizado pela Fiscalização e acolhido pelo Julgador de 1ª Instância como indicativo da natureza dos planos de Stock Options:

Aspectos Determinantes da Natureza Jurídica dos Planos de Stock Options	
MERCANTIL	REMUNERATÓRIA
Não existe vínculo com o contrato de trabalho.	Concessão do benefício está vinculada ao desempenho ou metas de produtividade.
Método de exercício autorizado implica onerosidade e risco para o empregado.	Método de exercício autorizado no ato concessivo da premiação não implica ônus ou risco ao beneficiário.
É extensivo a todos os funcionários.	É a empresa quem seleciona os beneficiários.
Não objetiva fidelizar o trabalhador na empresa.	Complementação ao salário contratado, entre outras hipóteses de utilização do plano de opções como estratégia de remuneração variável.
Inexiste qualquer conotação de caráter retributivo.	As ações são custodiadas ao beneficiário de forma subsidiada pela empresa, que prefixa o preço.

Alega que é contraditória a conclusão da decisão recorrida de que nos planos de natureza mercantil não existe vínculo com o contrato de trabalho e que seria um método de exercício autorizado que implica onerosidade e risco para o empregado. Conclui que é contraditória a conclusão de que as opções de compra não poderiam ser outorgadas a empregados e ao passo que se admite que o empregado tenha onerosidade e risco.

Aduz que, nos termos do art. 481 do Código Civil[3], considerando como espécie de contrato de compra e venda, os ajustes celebrados no âmbito de seus Programas de Compra e Venda de Ações trazem algumas características essenciais como a bilateralidade, a consensualidade e a onerosidade, sintetizando-as no quadro abaixo:

Bilateralidade/Consensualidade	O participante do Programa, voluntariamente, ***(i)*** assina o contrato de outorga de opções; e, se lhe interessar, ***(ii)*** exerce as opções.
Onerosidade	O participante do programa exerce as opções mediante pagamento de preço.
Risco	O participante do programa, como condição para exercer as opções do lote C, deveria ter pago o preço do exercício dos lotes A e B, que correspondia ao valor de mercado das ações, bem como ter cumprido o período de indisponibilidade de venda das ações adquiridas.

Sustenta que é patente a onerosidade do contrato, em razão da fixação de um preço de exercício compatível com o preço de mercado e que eventual benefício só será auferido pelo beneficiário quando da alienação de tais ações por valor maior que o preço de exercício.

Afirma que, diferentemente de quase a totalidade dos outros planos de opções/ações existentes no mercado, o Programa em tela o exercício das opções do lote C devia ser precedido não só pelo pagamento de seu preço de exercício, mas também pelo preço de exercício dos lotes A e B.

Alega que a existência de risco está evidente, já que os participantes eram obrigados a exercerem tais opções mediante pagamento de preço de mercado e ainda ficavam sujeitos a um período de indisponibilidade de três e cinco anos para a venda, oportunidade em que o preço de mercado das ações poderiam atingir valor menor que o preço de exercício.

[3] Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Neste tema, a representação da Fazenda Nacional inicia suas contrarrazões com considerações conceituais sobre as Opções de Compra de Ações outorgadas a empregados, as quais não serão aqui reproduzidas por se tratar de aspectos de amplo conhecimento, concluindo que, ao contrário do que acontece nas opções de compra mercantis, em que normalmente há, por parte do lançador, uma aposta na queda do valor das ações, nos planos de outorga de opções a empregados o que se busca é a valorização da empresa e de seu valor de mercado justamente por meio de incentivo remuneratório.

Afirma que, em tais Programas, como regra, os incentivos embutidos só se implementam se houver valorização das ações da Companhia no mercado de capitais.

Conclui que, do ponto de vista financeiro, nunca há ganho para a companhia em virtude da celebração e execução do contrato de Stock Options, já que esta não recebe qualquer prêmio em contrapartida a este direito concedido. A companhia apenas experimenta uma perda, no momento do exercício da opção, consubstanciada na diferença entre o preço de mercado das apões e o preço de exercício recebido, mas que o ganho experimentado e, na verdade, não monetário e está relacionado à fidelização de executivos e empregados. alinhamento de interesses entre empresa e colaboradores e valorização da companhia pelo trabalho a ser prestado durante o período de carência.

Resumidas as ponderações do autuado e da Fazenda Nacional, não identifico nos Programas de Opção de Compra de Ações instituídos pela recorrente característica que atribuísse a tais ajustes natureza mercantil.

De início, é evidente que, ao contrário do que quer fazer crer a defesa, não há qualquer contradição na decisão recorrida em relação às características de planos de natureza mercantil e remuneratória. O julgador considerou que, como regra, Programas de Opções de Compra de Ações não se vincula com contrato de trabalho, mas isto não impede que seja celebrado com empregados. O que não pode é que os benefícios do plano estejam vinculados à manutenção do vínculo empregatício por determinado tempo.

Por outro lado, é natural que planos de natureza mercantil evidenciem alguma medida de risco para as partes contratantes, sendo este o elemento que se apresenta, neste caso, como fundamental para a diferenciação da natureza mercantil ou remuneratória do ajuste.

No caso dos autos, o contribuinte autuado tenta, por meio de boa argumentação, demonstrar que os beneficiários de seus programas assumem riscos em tais operações à medida que são obrigados a exercer a opção em lotes anteriores e, ainda, a cumprir período de indisponibilidade dos ativos adquiridos.

Ora, os riscos relacionados ao período de carência fixados em contrato relativos aos lotes A e B são anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária da qual resultou a presente autuação e não alteram a exigência fiscal dela decorrente, já que eventuais lucros ou prejuízos neste período serão oportunamente tratados na apuração do ganho de capital ou na acumulação de prejuízo a ser compensado em operações posteriores.

Nestes casos, quando se fala em risco, o que se busca é a evidencia deste entre a outorga e o exercício da opção, tal qual se verifica nas operações mercantis, em que o interessado em adquirir as ações no futuro, por determinado preço previamente estipulado, paga

por este direito (prêmio). Assim, no momento do exercício de tal opção, poderá adquirir um ativo por um preço inferior ao praticado naquela data ou poderá perder todo o valor pago de prêmio, se não for vantajoso exercer a opção, em um cenário em que o preço estipulado previamente se mostre superior ao de mercado.

Portanto, no caso dos autos, não há pagamento de qualquer prêmio no momento da outorga da opção e o preço de exercício é um valor fixado a mercado, mas em data anterior à concessão da outorga da opção, chegando-se aos resultados verificados em fls. 182 e ss, em que se pode verificar a diferença entre os valores de compra e o de mercado das ações na data da opção, com as singulares formas de pagamento, que pode ser à vista, por venda para a própria companhia de valor equivalente (preço de exercício) das ações detidas anteriormente ou mesmo pela venda integral das opões exercidas, a preço de mercado, para a própria companhia, com dedução dos valores de compra (preço de exercício).

Vejamos um desse exemplos, fl. 192:

> Confirmamos o exercício das 6.335 opções de ações preferenciais que lhe foram outorgadas em 30/04/2008, pelo preço de exercício de R$17,8642 cada uma totalizando de R$113.169,71, efetuado através do formulário "Termo de Exercício de Opção e Boletim de Subscrição de Ações".
>
> Como você optou pela forma de pagamento do valor de exercício vendendo diretamente à Companhia a quantidade de ações necessária para quitação do seu débito, inclusive oferecendo à Companhia as demais ações resultantes da operação, salientamos que estamos adquirindo a totalidade das 6.335 ações preferenciais de emissão desta Companhia, pagando-lhe o preço de R$81,50 por ação no montante de R$516.302,50, que corresponde à cotação de fechamento do pregão da BM&FBOVESPA S/A - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de 03/07/2013, data em que se deu a efetivação do exercício das opções.
>
> Em face disso, anexamos para sua assinatura e devolução o formulário "Ordem de Transferência de Ativos Escriturais/Nominativos Negociados Fora de Bolsa de Valores" devidamente preenchido, salientando que do produto da venda R$113.169,71 será retido para quitação do débito referente ao exercício das opções acima mencionadas, e o valor de R$403.132,79 será creditado em sua conta corrente constante de nosso cadastro.

Diante de tal cenário, não há como conceber que os Programas instituídos pela recorrente mostram-se até mais onerosos para os participantes do que aqueles encontrados no mercado. Não haveria justificativa lógica para se disponibilizar um Plano de Opção de Compra de Ações pelo mercado sem cobrança de prêmio.

Afinal, como regra, os instituidores de planos dessa natureza apostam no lucro pela desvalorização das ações contratadas, situação em que, naturalmente, a opção não será exercida, constituindo-se o valor do prêmio como o lucro do instituidor. Por outro lado, os optantes entram em tal ajuste objetivando ganhar com a valorização do ativo, objetivando lucrar com a aquisição de um ativo em valor inferior ao de mercado.

Portanto, não prosperam os argumentos recursais, pelo quê nego provimento ao recurso voluntário neste tema.

B) AS OPÇÕES SUPOSTAMENTE CONSTITUIRIAM REMUNERAÇÃO EM BENEFÍCIOS

G) CLÁUSULAS DE CADUCIDADE E VENCIMENTO ANTECIPADO INDICARIAM CARÁTER REMUNERATÓRIO

I) INFORMAÇÕES DISPONIBILIZADAS NO SITE DA CVM INDICARIAM O CARÁTER REMUNERATÓRIO DAS OPÇÕES

Os item "G" e "I" acima foram integrados ao presente tópico em razão de tratarem do caráter remuneratório do Plano instituído pela recorrente, sendo oportuno sua discussão conjunta com o item "B"

Insurge-se a defesa contra a afirmação da Autoridade lançadora de que as Outorga de Opções de Compra de Ações constituíram remuneração paga na forma de benefício/utilidade concedida aos empregados e executivos com habitualidade

Citando doutrina e jurisprudência, afirma que se entende por utilidade a prestação fornecida gratuitamente, o que já não corresponderia ao caso em tela, haja vista seu caráter oneroso.

Conclui que, sendo os contratos onerosos e comutativos, é patente a ausência de caráter remuneratório das outorgas, sendo irrelevante se estas ocorriam de forma habitual, já que a habitualidade não modificaria sua natureza mercantil.

Aponta que as cláusulas de caducidade e vencimento antecipado infirmam o caráter remuneratório do Plano aos disponibilizar para herdeiros, no caso de falecimento do beneficiário, o direito ao exercício integral das opções do lote C, mesmo sem cumprimento do prazo de carência. No caso de vencimento antecipado, alega a defesa que a autuação não percebeu que o que ocorre é a liberação para venda das ações já adquiridas e não a antecipação das opções.

Insurge-se contra a conclusão da Fiscalização de que as informações disponibilizadas no site da CVM indicariam o caráter remuneratório das opções.

A Fazenda Nacional, por sua vez, afirma que a oferta de Stock Options a executivos e empregados, atualmente, é uma ferramenta mundialmente conhecida de estratégia de remuneração, adotada pelas empresas para atrair e manter profissionais de alto nível em seus quadros.

Afirma que, no presente caso, o caráter retributivo é claro, já que o objetivo do Plano está expressamente relacionado à obtenção e manutenção os serviços dos executivos e empregados de alto nível, conforme excerto abaixo:

> a) estimular a expansão, o êxito e a consecução dos objetivos sociais da Companhia e dos interesses de seus acionistas, permitindo aos executivos e empregados de alto nível adquirir ações da Companhia, nos termos e condições previstos no PLANO, incentivando, dessa forma, a integração desses executivos e empregados à Companhia;
>
> b) possibilitar à Companhia obter e manter, de forma efetiva, os serviços de seus executivos e empregados de alto nível, oferecendo a eles a possibilidade tornarem-se acionistas da Companhia, nos termos e condições previstos no PLANO.

Ressalta que o plano não era estendido a todos os trabalhadores, mas tão só aos considerados elegíveis pela empresa, estes determinados de forma nominal, com possibilidade de fixação de metas de desempenho para a Companhia:

2.5. O Conselho de Administração poderá ainda estabelecer que a subscrição de sub-lotes estará condicionada ao atingimento de metas de desempenho globais da Companhia, previamente fixadas.

Relembra que as Opções eram outorgadas graciosamente e não podiam ser transferidas a terceiros, o que afasta seu caráter mercantil.

Já em relação ao Programa, afirma a Fazenda que estes são expressos em prever que as aquisições de ações se dariam em níveis cada vez mais alto em face do atingimento de metas de performance.

b) criar um ambiente em que a Companhia possa se tornar não só a maior mas também a melhor e mais eficiente companhia do setor, através da concessão, aos executivos e empregados de alto nível da Companhia, de oportunidade para a aquisição de ações da Companhia em níveis cada vez maiores em face do atingimento das metas de performance;

Indica que as Opções Suplementares tinham período de carência de cinco anos contado da outorga e prazo de validade de mais cinco anos para exercício e, ainda, que foi determinado um Teste de Performance a ser aplicado a partir do terceiro ano do prazo de carência para se apurar se foi implementada condição especificada nos contratos de outorga;

Ressalta algumas cláusulas dos contratos de outorga e afirma que os elementos em conjunto apontam claramente para a existência de uma política de remuneração diferida aos beneficiários.:

- O prazo de vesting é de cinco anos a contar da outorga;
- O preço de exercício só precisa ser pago cinco dias úteis após o exercício;
- Devem ser atendidas as metas de performance estabelecidas no Anexo II dos Programas;
- O valor dos dividendos pagos pela companhia deverá ser deduzido do preço de exercício;
- Há cláusula que prevê exercício *pro rata* das opções **em função dos meses trabalhados** nos casos de demissão ou destituição sem justa causa trabalhista ou de aposentadoria ante dos 60 anos.
- Não há cláusula de *lock up*.

Ao tratar da habitualidade, a Fazenda Nacional aponta entendimento doutrinário de que uma oferta de um bem ou serviço, se reiterada no tempo, evidencia seu caráter habitual, apontando que o Plano de Opções da autuada previa serem lançados Programas periodicamente, o que de fato aconteceu ao longo de diversos anos.

Sintetizadas as razões da defesa e da Fazenda Nacional, não há como tratar de caráter remuneratório de um benefício se não buscarmos o conceito de salário de contribuição previsto no art. 28 da Lei 8.212/91, citado alhures, que corresponderia à *remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinadas a retribuir o trabalho.*

No caso em apreço, é inequívoco que a recorrente objetivava atrair ou manter profissionais específicos, utilizando para tal a estratégia de estimular a consecução de seus objetivos sociais com a integração facilitada de executivos e empregados ao seu quadro de acionistas. É o que se depreende da leitura do item 7 do próprio recurso voluntário:

> 7 Referido Plano tinha como escopo a integração de executivos e empregados com a Recorrente, **facilitando** a sua entrada no quadro societário, como uma forma de estimular a consecução dos objetivos sociais da Recorrente, bem como a permanência dos executivos e empregados em seus cargos, na medida em que, como acionistas, passariam a participar efetivamente de eventuais ganhos que o negócio viria a ter em razão de seu esmero (assim como de suas perdas, no caso dos negócios fracassarem).

Por outro lado, nota-se que a defesa busca apontar o caráter de onerosidade da operação fixando-se no preço pago pelo colaborador no momento da exercício da opção, quando tal particularidade deve ser avaliada no momento da outorga da opção, que, sendo esta graciosa, nunca estará presente o risco que poderia equiparar as operações em tela àquelas típicas de mercado.

Em relação à habitualidade, nota-se que os Programas são instituídos de forma reiterada e, inequivocamente, a reincidência na instituição dos Programas contribui para gerar nos colaboradores uma expectativa de percepção do benefício, em particular quando o Conselho de Administração pode prorrogar o prazo final de exercício da opção dos programas em vigência, sendo evidente que tal ferramenta só seria utilizada quando as condições de fossem desfavoráveis àqueles que se pretende beneficiar com as operações (os colaboradores elegíveis).

Ou seja, não estão presentes o caráter mercantil de uma operação de outorga de opões, que, por sua natureza, como já expresso no curso do presente voto, está relacionado à expectativa de obtenção de lucro pelos contratantes relacionados à operação em si e não vinculado a objetivos institucionais estranhos à essência da própria natureza do instituto.

Neste sentido, as condições facilitadas implementadas pelo Plano de Opções de Compra de Ações e a sua reincidência no tempo são suficientes para afastar a natureza mercantil dos Programas, indicando tratarem-se de benefícios concedidos pelo trabalho, com nítida vertente remuneratória, razão pela qual não tem razão a recorrente.

Não alteram tal conclusão o fato de existirem cláusulas de caducidade ou vencimento antecipado que poderiam "infirmar" o caráter remuneratório do ajuste, já que estes representariam apenas um dos indícios avaliados pela fiscalização para concluir pelo caráter remuneratório dos Planos e Programas.

Outro indício muito bem apontado pela fiscalização é que as informações disponíveis no site da CVM indicam que a maior parte da remuneração de membros do Conselho de Administração, Diretoria Estatutária e Conselho Fiscal está baseada, dentre outros, em ações, o que evidencia com clareza que a recorrente utiliza a distribuição de ações como forma de remuneração de parte de seus colaboradores.

Neste sentido, é importante destacar que o caráter remuneratório do Plano de "stock options" está expresso na manifestação do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, por meio do Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1):

> Pagamento Baseado em Ações

> 12. Via de regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são outorgados aos empregados como parte do pacote de remuneração destes, adicionalmente aos salários e outros benefícios. Normalmente, não é possível mensurar, de forma direta, os serviços recebidos por componentes específicos do pacote de remuneração dos empregados. Pode não ser possível também mensurar o valor justo do pacote de remuneração como um todo de modo independente, sem se mensurar diretamente o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados. Ademais, ações e opções de ações são, por vezes, outorgadas como parte de acordo de pagamento de bônus, em vez de serem outorgadas como parte da remuneração básica dos empregados. Objetivamente, trata-se de incentivo para que os empregados permaneçam nos quadros da entidade ou de prêmio por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade. **Ao beneficiar os empregados com a outorga de ações ou opções de ações, adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios marginais.** Em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar como base o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados.

Quanto à comutatividade, está relacionada à existência de obrigações recíprocas equivalentes a que se submetem as partes contratantes. Não identifico tal característica no caso em comento, já que as opções só serão efetivamente exercidas quando representarem benefício aos executivos e empregados.

Quanto às conclusões doutrinárias e precedentes judiciais e administrativos trazidos à balha pelo recorrente e pela representação da Fazenda, ainda que respeitáveis e com fundamentação lógica, não vinculam o presente julgamento, já que analisam o tema diante de caso concreto diverso.

Assim, neste tema, não prosperam as alegações recursais.

C) DINÂMICA DA OUTORGA E EXERCÍCIO DAS OPÇÕES

Insurge-se a defesa contra conclusões da Autoridade lançadora sobre o período de permanência e o valor de exercício, afirmando que se trata de período estabelecido durante o qual os participantes não poderiam alienar as ações dos lotes A e B. Com relação ao preço de exercício, afirma que estes são calculados a valor de mercado no momento da outorga, tendo sido concedido apenas desconto de 10% para as ações do lote B, nos Programas de 2007 e 2008.

Sustenta que, para exercer as opções do lotes C, os participantes eram obrigados a adquirir e manter as ações dos lotes A e B, o que poderia resultar em prejuízo aos mesmos em razão da volatilidade do mercado de capitais.

Alega que os valores pagos pelas ações dos lotes A e B estariam até superiores ao valores de mercado, já que nenhum terceiro pagaria o preço disponível para adquirir ações em operações externas, ainda assim, ficando impedidos de alienar tais ativos por períodos de 3 e 5 anos. Neste sentido, a análise do Programa como um todo não se pode negar a existência de risco de perda de capital.

Por sua vez, a representação da Fazenda Nacional destaca que o fato de o beneficiário ter de exercer as opções dos notes A e B não contamina de risco as Opções Suplementares (Lote C) e que a volatilidade do preço dos ações observadas após o exercício é irrelevante, já que tais resultados estarão submetidos a outro instituto tributário.

Assevera, ainda, que, no caso em tela, o objetivo das cláusulas de lock up não é o de conferir caráter mercantil aos Programas, mas tão só preservar os incentivos ao desempenho por período adicional.

Resumidas as razões e contrarrazões, mister consignar que estamos diante de lançamento relacionado ao exercício as Opções Suplementares, em que se busca identificar se os benefícios percebidos pelos beneficiários tiveram caráter remuneratório.

O fato da empresa vincular o exercício das opções das ações do lote C à manutenção das posições adquiriras nos lotes A e B mostra-se compatível com o objetivo primário de seu Plano, que seria atrair ou manter profissionais específicos, utilizando para tal a estratégia de estimular a consecução de seus objetivos sociais com a integração facilitada executivos e empregados ao seu quadro de acionistas.

Não me parece crível que, diante de tal objetivo empresarial, pudesse a empresa agir de forma diversa, envidando esforços e recursos para inserir o colaborador em seu quadro societário aos mesmo tempo em que estes caminham em sentido inverso, desfazendo-se das posições anteriormente adquiridas.

Assim, a manutenção das posições adquiridas nos lotes A e B, como exigência para o exercício das opões do lote C, nada mais é, como bem destacou a representação da Fazenda, que a manifestação da intenção da recorrente de manutenção dos objetivos originários do plano por período adicional.

As variações decorrentes da flutuação dos valores das ações adquiridas nos lotes A e B não alteram o fato observado no momento do exercício das opções do lote C, mas é verdade que, por representarem uma limitação ao direito de propriedade daquelas ações, poderiam conferir algum valor adicional ao montante pago pelas ações do lotes C.

Contudo, caberia ao contribuinte apresentar elementos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento, já que a representação de tais valores dependeria de quantificação não disponível, sendo certo que a Autoridade fiscal, no exercício de sua atividade vinculada, agiu com correção ao quantificar a base de cálculo do tributo lançado a partir dos valores das operações informados pelo próprio contribuinte.

Como já dito alhures, ao contrário do que se verifica em operações de natureza mercantil, em que quem oferta as opções de compra objetiva ganhar com a desvalorização do ativo, no Plano instituído pela recorrente, o objetivo é impulsionar o valor da empresa e, consequentemente, de suas ações, o que demonstra que a fixação de valor de mercado em data pretérita à outorga da opção aponta para uma iniciativa voltada exatamente a conferir maior vantagem aos beneficiários do plano, já que qualquer melhoria por eles implementada na condução empresarial do empreendimento resultará em vantagens futura.

Assim, correta a fiscalização ao concluir pela inexistência de risco para o beneficiário do plano no exercício das opções, pois já tem ciência dos valores a serem pagos e não desembolsou nada pela outorga da opção. Portanto, o máximo que poderia ocorrer para estes seria o não exercício da opção. Situação em que não se ganharia, mas nada seria perdido,

inclusive em relação à restrição das ações impostas às ações dos lotes A e B, que, como visto, só ocorreria no caso do efetivo exercício das opções do lote C.

Assim, sem razão a defesa.

D) O PLANO TERIA RELAÇÃO DIRETA COM O CONTRATO DE TRABALHO

Insurge-se o contribuinte contra a conclusão da Fiscalização de que o Plano teria relação direta com o contrato de trabalho, alegando que, embora tivesse objetivo de motivar e reter talentos, não estaria presente o caráter remuneratório.

Neste tema, entendo dispensável qualquer consideração por parte desta Relator em razão do que já foi expresso item "**B) AS OPÇÕES SUPOSTAMENTE CONSTITUIRIAM REMUNERAÇÃO EM BENEFÍCIOS"**, em particular pelo teor do parágrafo que abaixo reproduzo:

"Neste sentido, as condições facilitadas implementadas pelo Plano de Opções de Compra de Ações e a sua reincidência no tempo são suficientes para afastar a natureza mercantil dos Programas, indicando tratarem-se de benefícios concedidos pelo trabalho, com nítida vertente remuneratória, razão pela qual não tem razão a recorrente."

Assim, adotando como razão de decidir as mesmas razões expressas no citado item "B", nego provimento ao recurso voluntário neste tema.

E) NÃO HAVERIA RISCO, POIS NÃO SE PAGA PRÊMIO E O VALOR DE EXERCÍCIO ERA INFERIOR AO PREÇO DA AÇÃO

F) O PLANO PREVERIA BENEFÍCIOS QUE REDUZIRIAM RISCOS

Os temas acima serão analisados em conjunto em razão de tratarem, como pano de fundo, da questão dos riscos envolvidos na operação.

A defesa questiona a conclusão da autoridade lançadora de que não haveria riscos nos contratos celebrados, uma vez que as outorgas foram gratuitas e as opções foram exercidas por serem vantajosas.

Sustenta que o valor de mercado das ações na data do exercício indica apenas um ganho potencial, que poderá não vir a se concretizar se, após o período de lock-up, as ações forem alienadas por valor inferior ao de mercado.

Reafirma a existência de risco em razão da exigência, para fins de exercício das opções do lote C, de exercício das opções dos lotes A e B e ainda a manutenção de tais ativos por período de três e cinco anos.

Alega que a Autoridade Fiscal, agora de posse das informações do mercado, que não estavam disponíveis na época da outorga aos participantes, não pode afirmar que certamente haveria ganhos.

Questiona a conclusão da Fiscalização sobre a existência de previsão de condições privilegiadas que corroboraria a ausência de risco na operação, afirmando que tal previsão não estaria presente nos Programas de 2006, 2007 e 2008 e que, ainda que estivesse, demonstraria o esmero da recorrente em incentivar seus empregados e executivos a participarem do seu quadro societário.

Resumidas as razões da defesa, vale ressaltar que o presente voto, por diversas vezes, adentrou na questão do risco envolvido nas operações resultantes do exercício das opções do lote C, como se verifica abaixo:

> Por outro lado, é natural que planos de natureza mercantil evidenciem alguma medida de risco para as partes contratantes, sendo este o elemento que se apresenta, neste caso, como fundamental para a diferenciação da natureza mercantil ou remuneratória do ajuste.
>
> No caso dos autos, o contribuinte autuado tenta, por meio de boa argumentação, demonstrar que os beneficiários de seus programas assumem riscos em tais operações à medida que são obrigados a exercer a opção em lotes anteriores e, ainda, a cumprir período de indisponibilidade dos ativos adquiridos.
>
> Ora, os riscos relacionados ao período de carência fixados em contrato são relativos aos lotes A e B são anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária da qual resultou a presente autuação e não alteram a exigência fiscal dela decorrente, já que eventuais lucros ou prejuízos neste período serão oportunamente tratados na apuração do ganho de capital ou na acumulação de prejuízo a ser compensado em operações posteriores.
>
> Nestes casos, quando se fala em risco, o que se busca é a evidencia deste entre a outorga e o exercício da opção, tal qual se verifica nas operações mercantis, em que o interessado em adquirir as ações no futuro, por determinado preço previamente estipulado, paga por este direito (prêmio). Assim, no momento do exercício de tal opção, poderá adquirir um ativo por um preço inferior ao praticado naquela data ou poderá perder todo o valor pago de prêmio, se não for vantajoso exercer a opção, em um cenário em que o preço estipulado previamente se mostre superior ao de mercado.
>
> Portanto, no caso dos autos, não há pagamento de qualquer prêmio no momento da outorga da opção e o preço de exercício é um valor fixado a mercado, mas em data anterior à concessão da outorga da opção, chegando-se aos resultados verificados em fls. 182 e ss, em que se pode verificar a diferença entre os valores de compra e o de mercado das ações na data da opção, com as singulares formas de pagamento, que pode ser à vista, por venda para a própria companhia de valor equivalente (preço de exercício) das ações detidas anteriormente ou mesmo pela venda integral das opões exercidas, a preço de mercado, para a própria companhia, com dedução dos valores de compra (preço de exercício).
>
> Vejamos um desse exemplos, fl. 192:

> Confirmamos o exercício das 6.335 opções de ações preferenciais que lhe foram outorgadas em 30/04/2008, pelo preço de exercício de R$17,8642 cada uma totalizando de R$113.169,71, efetuado através do formulário "Termo de Exercício de Opção e Boletim de Subscrição de Ações".
>
> Como você optou pela forma de pagamento do valor de exercício vendendo diretamente à Companhia a quantidade de ações necessária para quitação do seu débito, inclusive oferecendo à Companhia as demais ações resultantes da operação, salientamos que estamos adquirindo a totalidade das 6.335 ações preferenciais de emissão desta Companhia, pagando-lhe o preço de R$81,50 por ação no montante de R$516.302,50, que corresponde à cotação de fechamento do pregão da BM&FBOVESPA S/A - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de 03/07/2013, data em que se deu a efetivação do exercício das opções.
>
> Em face disso, anexamos para sua assinatura e devolução o formulário "Ordem de Transferência de Ativos Escriturais/Nominativos Negociados Fora de Bolsa de Valores" devidamente preenchido, salientando que do produto da venda R$113.169,71 será retido para quitação do débito referente ao exercício das opções acima mencionadas, e o valor de R$403.132,79 será creditado em sua conta corrente constante de nosso cadastro.

> Diante de tal cenário, não há como conceber que os Programas instituídos pela recorrente mostram-se até mais onerosos para os participantes do que aqueles encontrados no mercado. Não haveria justificativa lógica para se disponibilizar um Plano de Opção de Compra de Ações pelo mercado sem cobrança de prêmio.
>
> Afinal, como regra, os instituidores de planos dessa natureza apostam no lucro pela desvalorização das ações contratadas, situação em que, naturalmente, a opção não será exercida, constituindo-se o valor do prêmio como o lucro do instituidor. Por outro lado, os optantes entram em tal ajuste objetivando ganhar com a valorização do ativo, objetivando lucrar com a aquisição de um ativo em valor inferior ao de mercado.

Em pelos menos outros dois momentos distintos, o presente Relator tratou da questão do risco envolvido nas operações:

> Por outro lado, nota-se que a defesa busca apontar o caráter de onerosidade da operação fixando-se no preço pago pelo colaborador no momento da exercício da opção, quando tal particularidade deve ser avaliada no momento da outorga da opção, que, sendo esta graciosa, nunca estará presente o risco que poderia equiparar as operações em tela àquelas típicas de mercado.
>
> (...)
>
> Assim, correta a fiscalização ao concluir pela inexistência de para o beneficiário do plano no exercício das opções, pois já tem ciência dos valores a serem pagos e não desembolsou nada pela outorga da opção. Portanto, o máximo que poderia ocorrer para estes seria o não exercício da opção. Situação em que não se ganharia, mas nada seria perdido, inclusive em relação à restrição das ações impostas às ações dos lotes A e B, que, como visto, só ocorreria no caso do efetivo exercício das opções do lote C.

Por fim, ressalte-se que o fato da fiscalização dispor de informações de mercado não conhecidas na época das outorgas das opções em nada altera a correção de suas conclusões pela inexistência de risco, já que, qualquer que fosse o comportamento do mercado, o máximo que poderia acontecer é a opção não ser exercida pelos beneficiários, o que só confirma que eles nada arriscaram na operação.

Assim, nego provimento ao recurso voluntário neste tema.

H) EXISTÊNCIA DE TESTES DE PERFORMANCE

Insurge-se a defesa contra a conclusão da Autoridade lançadora de que a existência de performance indicaria o caráter contraprestacional do ajuste, afirmando que a referida autoridade confundiu conceitos, já que tal teste tinha relação com resultados financeiros da recorrente e não de forma individual dos participantes.

Resumidas as considerações da defesa, nota-se que estas não são compatíveis com o próprio excerto do Termo de Verificação Fiscal colacionado abaixo, já que, nele, é clara a conclusão da autoridade lançadora sobre a existência de um Teste que apura o atingimento de metas da empresa.

> (v) O fato da existência de Teste de Performance no PROGRAMA, que estabelece o cálculo de apuração de atingimento do desempenho da empresa, comprova que há uma recompensa pelos esforços despendido para o atingimento da meta, ou seja, uma clara vinculação com a contraprestação de serviços e pela fidelização ao prazo de permanência;

Por outro lado, o fato das metas serem individuais ou globais não afastariam o caráter contraprestacional, já que vinculados a resultados a serem alcançados pelo indivíduo ou pelo grupo.

Assim, sem razão a defesa.

PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS

J) EXCLUSÃO DOS VALORES RELATIVOS A PARTICIPANTES DESLIGADOS OU EXPATRIADOS ANTES DO EXERCÍCIO DA OPÇÃO E A PARTICIPANTES QUE NUNCA ESTIVERAM NA FOLHA DE PAGAMENTOS DA RECORRENTE

O recorrente pleiteia, por mera argumentação, que, mantida a autuação, sejam excluídos da base de cálculo das contribuições lançadas os valores relativos aos participantes desligados ou expatriados antes do exercício da opção.

Afirma que a DRJ limitou-se a consignar que a obrigação da autuada de contribuir para a Seguridade Social independe de quais sejam os beneficiários do Plano de Opções, uma vez que previsto que este se destina exclusivamente a executivos e empregados e alto nível.

Sustenta que este entendimento deve ser reformado, uma vez que o simples fato de o plano prever que se destina apenas a executivos e empregados não pode conduzir à presunção de que todos os valores envolvidos se referem à remuneração indireta paga aos executivos e empregados da Recorrente. Trata-se de questão que demanda a verificação da realidade dos fatos, em estrita observância à busca da verdade material.

Afirma que, inexistente prestação de serviço, não há que se falar e contribuição previdenciária, incluindo GILRAT e que tais alguns desses indivíduos sequer seriam residentes no Brasil.

Alega que a Fiscalização ou a DRJ não apresentaram quaisquer elementos que comprovassem a efetiva prestação de serviços em benefício da recorrente.

A análise do Termo de Intimação de fl. 752/755 evidencia que a fiscalização identificou beneficiários do Programa que foram desligados da empresa em datas anteriores ao

exercício da opção e cotejou informações de DIRF, GFIP e CNIS para enquadrar tais beneficiários como empregados ou contribuintes individuais, possibilitando análise e manifestação da fiscalizada. Identificou, ainda, que, para três beneficiários, não constavam recolhimentos de INSS os quais teriam sido desligados da empresa em data anterior à assinatura dos contratos.

Em resposta, a defesa apenas junta uma planilha, fl. 759/760, em que nada esclarece, a não ser o que já se sabia, classificando beneficiários na condição de empregado, empregado desligado, contribuinte individual e apontando três beneficiários que não foram empregados da empresa brasileira.

Ora, os beneficiários apontados pelo Plano de fl. 160 e ss são:

> **3. EXECUTIVOS E EMPREGADOS ELEGÍVEIS**
>
> 3.1. Os executivos e empregados de alto nível da Companhia e de suas sociedades controladas, direta ou indiretamente (incluídas no conceito de Companhia para os fins deste PLANO), estão habilitados a participar do PLANO. O Conselho de Administração escolherá, em conformidade com os PROGRAMAS e para cada PROGRAMA, aqueles que farão jus à outorga da opção ("Beneficiários").
>
> 3.2. O Conselho de Administração poderá, agregar novos Beneficiários aos PROGRAMAS em curso, determinando o número de ações que o Beneficiário terá direito de adquirir e ajustando o PREÇO DE EXERCÍCIO.

Como se vê, o Conselho de Administração escolhe, em conformidade com o Programa e para cada Programa, aqueles que fazem jus à outorga da opção, os beneficiários, sendo certo que, agindo de maneira conforme ao próprio Plano, não é crível que este mesmo Conselho tenha relacionados elegíveis que não estejam relacionados ao objeto do plano.

Assim, entendo correta a decisão recorrida e a autuação fiscal que considerou como contribuintes individuais aqueles para quem não foram identificados recolhimentos de INSS. Bem assim, para os demais, a natureza do vínculo apontado pela própria empresa, a quem competiria evidenciar o que levou à concessão às pessoas que nada tinham a ver com a citada operação.

O benefício concedido a desligados em data anterior à data do exercício da opção não altera o entendimento de que estes teriam, pelo tempo em que mantiveram vínculo com o autuado, habilitando-se ao gozo da benesse, naturalmente observando os direitos conferidos pelas já tratadas cláusulas de caducidade e vencimento antecipado previstos no ajuste.

Mesmo os beneficiários apontados como expatriados, estes poderiam ser beneficiados pelo Plano, ainda que atuando no exterior em controladas diretas ou indiretas. Assim, sendo estes considerados elegíveis pelo Conselho de Administração, é de se presumir que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o objetivo por ele estipulado.

Assim, sem razão da defesa.

K) ERRO DE CÁLCULO: APLICAÇÃO EQUIVOCADA DA ALÍQUOTA DO GILRAT.

Insurge-se o contribuinte contra a imputação da alíquota de 3% a título de GILRAT, por entender que os beneficiários alocados à matriz, em que são exercidas exclusivamente atividades administrativas, deveriam ter sido tributados à alíquota de 2%.

A decisão recorrida, por sua vez, indeferiu o pleito, por considerar que a determinação da alíquota aplicável deve considerar o grau de risco de acidentes do trabalho na atividade preponderante da empresa.

Está correta a decisão recorrida. Tal conclusão está amparada no que prevê a legislação correlata, a saber:

> Lei 8.212/91
>
> Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (...)
>
> II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (...)
>
> c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

O art. 72 da IN RFB nº 971/2009, que assim dispõe:

> "Art. 72. As contribuições sociais previdenciárias a cargo da empresa ou do equiparado, observadas as disposições especificas desta Instrução Normativa, são: (...)
>
> II - considera-se preponderante a atividade econômica que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos, observado que: (...)

Portanto, considerando que a defesa não se insurge contra a conclusão da decisão recorrida de que atividade industrial está classificada com risco grave, não há reparos a serem feitos na decisão recorrida.

Não obstante, fica a ressalva de que, da tribuna, a representação do contribuinte informa o trânsito em julgado de decisão judicial sobre a matéria em questão, cuja aplicação ao caso concreto cabe à unidade responsável pela administração do tributo.

L) IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE MULTA NO CASO DE VOTO DE QUALIDADE.

Lastreado em entendimento doutrinário, a defesa pleiteia a exclusão da multa de ofício por entender que, no caso de decisão contrária aos seus interesses por voto de qualidade, estaria evidente a existência de dúvida que justificaria a interpretação dos fatos de maneira mais favorável ao contribuinte conforme previsto no art. 112 da Lei 5.172/66 (CTN) [4].

[4] Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:
I - à capitulação legal do fato;
II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

O pleito em questão não tem amparo legal, já que a decisão por voto de qualidade não equivale necessariamente à manutenção do lançamento, podendo acontecer também pela sua desconstituição.

De um jeito ou de outro, não resta configurada qualquer dúvida a justificar a aplicação do art. 112 do CTN, razão pela qual, mesmo que considerando que a inocorrência de decisão pelo voto de qualidade resultaria na perda do objeto do presente tópico, antecipo meu juízo de negativa ao provimento do recurso voluntário neste tema.

M) INAPLICABILIDADE DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Sobre o assunto, deixo de tecer maiores considerações, pois é tema sobre o qual o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestou uniforme e reiteradamente tendo, inclusive, emitido Súmula de observância obrigatória, nos termos do art. 72 de seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 343, de 09 de junho de 2015, cujo conteúdo transcrevo abaixo:

> Súmula CARF nº 108
>
> Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Assim, nada a prover.

Conclusão:

Assim, tendo em vista tudo que consta nos autos, bem assim na descrição e fundamentos legais que integram do presente, voto por rejeitar as preliminares arguídas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Relator

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.