



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16327.720152/2014-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.367 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de maio de 2016
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, SALÁRIO INDIRETO, STOCK OPTIONS
Recorrente BM&F BOVESPA S/A - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. EMPREGADOS. PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES - STOCK OPTIONS. NATUREZA SALARIAL. DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL. CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO.

Ocorrendo o desvirtuamento do *stock options* em sua concepção inicial, tanto pela adoção de política remuneratória na forma de outorga de ações quanto pela correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Na maneira como executado o Plano, com a minimização do risco, passa a outorga de ações a representar a verdadeira intenção de ter o trabalhador a opção de ganhar com a compra das ações.

As vantagens econômicas oferecidas aos empregados na aquisição de lotes de ações da empresa, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição - base de cálculo das contribuições previdenciárias.

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

O fato gerador ocorre (aspecto temporal), na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito de compra em

relação às ações que lhe foram outorgadas. Não há como atribuir ganho se não demonstrado o efetivo exercício do direito sobre as ações.

Desnecessidade de que efetivamente realize a venda posterior, para que se verifique o fato gerador da contribuição em caso, se o direito lhe foi conferido e a vantagem foi incorporada a sua esfera patrimonial.

PLANO DE OPÇÃO PELA COMPRA DE AÇÕES - STOCK OPTIONS. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO PELA INDEVIDA INDICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo é uma ordem de grandeza própria do aspecto quantitativo do fato gerador. O ganho patrimonial, no caso, há que ser apurado na data do exercício das opções e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

O ganho patrimonial do trabalhador se realiza nas vantagens econômicas que auferir quando comparadas com as condições de aquisição concedidas ao investidor comum que compra idêntico título no mercado de valores mobiliários. Precedente: Acórdão 2302-003.536 - 2ª TO/3ª CÂM/2ª SEJUL/CARF.

Sendo declarada a improcedência do lançamento, em face de vício na indicação da base de cálculo eleita, desnecessário apreciar as demais alegações do recorrente, no que tange a nulidades e decadência.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. Os Conselheiros Junia Roberta Gouveia Sampaio, Martin da Silva Gesto e Dílson Jatahy Fonseca Neto votaram pelas conclusões.

Fez sustentação oral, pelo contribuinte, a advogada Maria Isabel Tostes da Costa Bueno, OAB/SP nº 115.127 e, pela Fazenda Nacional, a Procuradora Raquel Godoy de Miranda Araújo Aguiar.

Assinado digitalmente

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente.

Assinado digitalmente

Marcio Henrique Sales Parada - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Dílson Jatahy Fonseca Neto, Martin da Silva Gesto, Márcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado) e Márcio Henrique Sales Parada.

Em desfavor do contribuinte acima identificado foi lavrado Auto de Infração tocante às contribuições sociais e previdenciárias, período de apuração 01/2009 a 12/2010, incidentes sobre os valores resultantes de outorgas de opções de compra de ações para empregados e administradores, integrado pelos Debcad nº 51.011.151-3 (R\$ 51.056.340,47, com multa de ofício de 75% e mais juros de mora, fl. 302) referente às contribuições previdenciárias patronais e Debcad nº 51.011.152-1 (R\$ 3.095.553,60, com multa de ofício de 75% mais juros de mora, fl. 316), referente às contribuições destinadas às outras entidades ou fundos - Terceiros.

Para delinear a construção do lançamento, mencionamos e transcrevemos a seguir partes do Termo de Verificação Fiscal, que consta das folhas 243 e seguintes:

1. Regularmente intimado o contribuinte apresenta documentos e arquivos requeridos pela Fiscalização;

2. A fiscalizada é sociedade por ações, regida pelas disposições da Lei nº 6.404, de 1976;

3. No curso do procedimento fiscal, foi constatado que o contribuinte remunerou seus administradores e seus empregados em função dos serviços que lhe prestaram através da outorga de opções de compra de ações da companhia, desde que atendidas certas condições contratualmente estabelecidas. A situação foi detectada a partir da análise do Estatuto Social, consolidado em 2009. Neste sentido, grifou o Auditor Fiscal o artigo 8º, § 2º do Estatuto (fl. 246);

4. Colheu ainda das demonstrações financeiras publicadas pela Sociedade em 2009 que houve um aumento das despesas com pessoal, "*efeito gerado pelo plano de opções de compras de ações para os empregados*", e que a Companhia reconheceu como despesas as parcelas dos contratos relativos a planos e opções de compra de ações. Sublinhou que em Nota explicativa às demonstrações contábeis a Companhia "*oferece aos empregados e executivos planos de remuneração com base em ações, recebendo serviços como contraprestação e o valor justo das opções é reconhecido como despesa, durante o período no qual o direito é adquirido*" (fl. 248).

5. Em relação a 2010, também o Auditor Fiscal chama a atenção para a consideração de despesas operacionais como resultado do plano de opções de ações e a questão de que a empresa explica que "*oferece a empregados e executivos planos de remuneração com base em ações*".

6. Considerando o período da ação fiscal, o Auditor delimita que estão em análise o Programa de Opção de Compra de Ações 2008/2009 e o Programa de Opção de Compra de Ações 2009.

7. Em relação ao primeiro, destaca que a concessão de inclusão no programa busca serviços considerados estratégicos e empregados considerados "talentos" e está condicionada ao cumprimento de metas de performance e redução de custos. Nem todos os cargos são elegíveis para o programa e será firmado contrato individual com cada participante. O preço de exercício das opções será a média do preço de fechamento dos últimos 20 pregões anteriores à data de sua concessão. O prêmio a ser pago para a aquisição desse programa será zero. O exercício da opção é realizado após o vencimento de cada carência e o preço do

exercício será pago à vista. A quantidade efetiva das opções que serão outorgadas a cada beneficiário será definida em função da avaliação de seu desempenho, em cada nível hierárquico (fl. 266/7).

8. Em relação ao segundo, também existem cargos elegíveis (não é extensivo a todos os empregados), buscando serviços estratégicos e talentos, e metas de desempenho. As demais características também se repetem, em relação ao programa anterior. Destaco o prêmio igual a zero, o preço de exercício e suas condições.

9. Para concluir pela natureza salarial dessa outorga de opções de compra de ações, como espécie de remuneração a médio e longo prazo, aponta o Auditor que existe diferença entre opções de ações comuns e esta opção para trabalhadores, porque naquela o comprador deve pagar para ter direito a comprar as ações da companhia por preço pré-fixado e, se ao final do período de carência, a ação estiver com preço de mercado abaixo daquele estipulado, perderá (prejuízo) o valor pago, enquanto que na segunda o trabalhador não paga nada pelo direito de comprar ações da empresa. Assim, mesmo que o valor da ação no mercado esteja abaixo do valor pré-fixado, na data em que poderia exercer sua opção, ele nada perderia, ou seja, *"só corre o risco de ganhar, não corre o risco de perder... caso a ação esteja abaixo, o trabalhador nada perde; acima, sempre ganha"* (fl. 270).

10. Aponta ainda que os planos de opções de ações para trabalhadores estão sujeitos a regras que podem ser ajustadas às necessidades específicas da companhia, não são transacionáveis nem podem ser objeto de cessão por qualquer forma. Ainda, os planos possuem regras que visam a reforçar a ligação entre a empresa e o trabalhador.

11. Apresenta reflexão quanto a quais objetivos teria a companhia em negociar essas ações com seus empregados: motivação, retenção de talentos, vinculação de performance, redução de conflitos e critério de avaliação.

12. Destaca que os planos de opções de ações não são concedidos apenas para reter certos profissionais difíceis de substituir, mas também para proteger o investimento em capital humano e são oferecidos a trabalhadores potenciais e altamente qualificados que a companhia pretende atrair.

13. Raciocina o Auditor que a opção de compra de ações não oferece risco ao trabalhador e caracteriza uma remuneração de médio/longo prazo, pelo trabalho realizado, com lealdade, à empresa. *"Elas são outorgadas a eles, claramente, pelo trabalho realizado"* (fl. 272).

14. Trata longamente dos elementos que compõem a situação em análise, como objeto patrimonial, medida de preço, valor justo, outorga, carência, exercício da opção (fl. 277/8). Conclui porque a outorga de opções de ações, no caso, tem natureza de remuneração e não natureza mercantil e, conseqüentemente, integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias e sociais em comento.

15. Fala do momento da ocorrência do **Fato Gerador**. Entende que trata-se de um contrato pendente de condição suspensiva. Conclui, com base em doutrina e no CTN, que *"as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra, pelo beneficiário"*. (fl. 282)

16. Para definir a **Base de Cálculo**, diz o Auditor que a tributação se baseia na despesa assumida pela companhia, que se traduz "**no valor que o beneficiário deixou de pagar pela opção de compra quando da sua outorga, o qual é mensurável pelo valor justo da opção de compra**"(fl. 283). O Auditor aponta que:

	Valor justo (R\$)
Programa BMF 2007	22,60
Programa BVMF 2008	3,71
Programa BVMF 2009	2,93

17. Aponta-se o enquadramento legal da tributação em caso na Lei nº 8.212, de 1991, e no Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999.

Cientificado da autuação, o contribuinte apresentou impugnação à primeira instância (fl. 330). Diz que não efetua qualquer espécie de pagamento aos titulares do plano de opções de compra de ações, que representam expectativa de direito de adquirir, no futuro, ações e que decorrem da celebração de contrato mercantil. Diz que o mesmo Auditor Fiscal, em relação ao mesmo plano, adotara critérios diferentes para o lançamento efetuado para o período 2007/2008, no que tange ao momento da ocorrência do fato gerador e base de cálculo.

A impugnação foi analisada pela 14ª Turma da DRJ/SPO, que, em resumo, assim dispôs:

1 - Decadência - segundo a Fiscalização, o fato gerador verifica-se na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra. No presente caso, verificando ausência de apuração e ausência de recolhimento das contribuições devidas, a Fiscalização promoveu o lançamento de ofício, nos termos dos artigos 142 e 173 do CTN, e do artigo 37 da Lei nº 8212/91. Tem-se que não se aplica ao presente caso o disposto no artigo 150, parágrafo 4º do CTN. Constata-se que não há qualquer competência fulminada pela decadência, uma vez que a competência mais antiga objeto de lançamento aqui é 02/2009 e que a constituição dos créditos se deu anteriormente a tal data, mais especificamente, em 28/02/2014.

2 - Em que pese a nomenclatura da operação, resta claro que a oferta de opções de compra de ações aos segurados empregados e administradores da Impugnante teve por fundamento o trabalho prestado, pois foram ofertadas em retribuição aos serviços prestados em consequência do vínculo do trabalhador com a empresa por determinado período de tempo, e em função de sua dedicação ao cumprimento das metas que lhe foram impostas. Portanto, as parcelas resultantes destas operações devem sofrer a incidência das contribuições sociais previdenciárias e de Terceiros, posto que são oferecidas **pelo** trabalho. Desta forma, não há que se falar que a Fiscalização não evidenciou os elementos caracterizadores de salário/remuneração para as verbas em análise, nem que as autuações carecem de fundamentação e motivação.

3 - Em relação às autuações integrantes do processo nº 16327.721267/2012-33, que abrangem o período de 12/2007 a 12/2008, a situação fática encontrada pela Fiscalização, bem como os documentos e informações apresentadas pelo Contribuinte, estão sendo lá tratados, em consonância com as normas reguladoras dos processos administrativo-fiscais.

4 - A Autuada alega que os Planos/Programas para Outorga de Opções de Compra de Ações, têm nítido caráter mercantil. Entretanto aqui resta absolutamente claro o **caráter retributivo** do plano de opção de compra de ações, eis que somente se realiza em função da relação de trabalho e dos serviços prestados, nas condições que estipula. Basta que o objeto seja contraprestativo do trabalho e represente uma vantagem econômica.

5 - Também não assiste razão à Impugnante, quando aduz que a base de cálculo eleita é imprópria e que o momento indicado como sendo o da ocorrência do fato gerador está equivocada (fl. 928/9).

5 - No momento da outorga existe apenas uma expectativa de direito, direito este que só se perfaz com o cumprimento das condições contratadas. Somente com o exercício é que a aquisição das ações reputa-se perfeita e acabada.

6 - Não merece reparo o procedimento fiscal explicitado nos Tópicos e do Termo de Verificação Fiscal, cabendo ressaltar que os valores justos das opções foram fornecidos pela Companhia: *“Assim, a base de cálculo das contribuições previdenciárias é calculada multiplicando-se a quantidade de opções de compra exercidas pelos beneficiários pelo seu valor justo.”*

7 - Concluiu que os valores relativos à outorga de ações aos beneficiários eleitos pela empresa para participar do Plano de Opção de Compra de Ações, integram o salário de contribuição, eis que pagos em função do contrato de trabalho em retribuição aos serviços prestados e nas condições estipuladas pelo empregador. Em decorrência dos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007 são legítimas as contribuições destinadas a Outras Entidades - Terceiros, incidentes sobre o salário de contribuição definido pelo art. 28 da Lei 8.212/91.

8 - Reputou correta a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício.

9 - O crédito foi lançado contra a pessoa jurídica e somente dela está sendo exigido. No momento, não se fala em co-responsabilidade. O fato de constar no processo administrativo uma relação com os nomes e endereços dos representantes legais da autuada, não significa que a Administração está imputando aos dirigentes a responsabilidade pelo pagamento do crédito em questão. Trata-se apenas de uma informação que poderá ser utilizada futuramente pela própria Administração ou pelo Judiciário. Assim, esta discussão é inócua na esfera administrativa, sendo apropriada na via da execução judicial, somente na hipótese dos diretores serem convocados, por decisão judicial, para o pagamento do crédito.

Deu-se então o julgamento de 1ª instância para considerar **procedente o lançamento**, mantendo o crédito tributário exigido.

Cientificado dessa decisão em 04 de setembro de 2014, conforme AR na folha 939, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 03 de outubro de 2014, com protocolo na folha 941. Em sede de recurso, assim, resumidamente, apresenta as razões de sua inconformidade:

a) os Planos em questão necessitam da aceitação pelo titular, baseiam-se em contrato bilateral; geram a obrigação de entregar, no futuro, ações mediante o pagamento de preço pré-estabelecido; a Recorrente não efetua qualquer espécie de pagamento aos participantes; as opções decorrem da celebração de contrato mercantil que não pode ser

confundido com uma opção de mercado, na medida em que representa mera promessa de compra/venda, não sendo apreciável economicamente.

b) requer preliminarmente a proteção do sigilo fiscal de terceiros mencionados no TVF;

c) acentua que o mesmo Auditor Fiscal, em procedimento anterior, referente ao período de 2007/2008, considerou diferentes aspectos da hipótese de incidência, quais sejam: o fato gerador ao término do prazo de carência estipulado e a base de cálculo como a quantidade de ações ofertadas multiplicada pela diferença entre o preço médio da ação e o valor do exercício. Conclui que está demonstrada uma "*total falta de critério nas autuações envolvendo stock options.*" Diz que se está pretendendo a "*criação de um novo tributo.*"

d) diz que a DRJ ao analisar o auto de infração onde se exigem contribuições previdenciárias devidas nos períodos de 2007/2008 entendeu que o lançamento deveria ser integralmente mantido. A mesma DRJ, ao examinar a autuação fiscal aqui combatida, também manteve-a. Ocorre que os lançamentos são contraditórios no que tange aos fatos geradores e às bases de cálculo eleitas. Isso demonstra a inconsistência da tese fiscal.

e) comparando ainda as autuações acima mencionadas com outros casos julgados pelo CARF (*Caso ALL* e *Caso Cosan*) fica clara a completa discricionariedade da Receita Federal e reforça o fato de que nem mesmo o Fisco tem certeza sobre a tributação de *stock options*.

f) a Fiscalização considerou os "Planos" de outorga de opções de compra de ações para subsidiar a autuação. A DRJ não conseguiu demonstrar que houve o exame dos contratos, individualmente. É descabida a desconsideração do Plano, aprovado pela AGE, para a partir daí se exigir a contribuição previdenciária, sem levar em conta as especificidades de cada um dos contratos firmados entre as partes.

g) Mesmo que se tome o fato gerador como efetivamente ocorrido no exercício das opções de compra, com relação às opções exercidas até 27/02/2009, ocorreu a decadência, contado o prazo na forma do artigo 150, § 4º do CTN. Cita decisões do STJ e da CSRF.

REQUER o acolhimento da preliminar de ausência de fundamentação e de motivação da autuação lavrada ou o reconhecimento da decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, caso não seja cancelada a integralidade do auto de infração, em razão do mérito discutido.

h) No mérito, defende que, ao contrário do alegado pela Fiscalização, o que esses Planos permitem aos participantes é uma oportunidade de adquirir ações da companhia, mediante contrato oneroso e voluntário, portanto de natureza mercantil, e que, os eventuais ganhos viriam apenas após o exercício das opções outorgadas e conseqüente venda das ações eventualmente adquiridas pelos participantes. Não existe, assim, fato imponível da obrigação tributária objeto do lançamento, qual seja, remunerar por serviços prestados. A circunstância de serem todos os participantes diretores ou empregados do Recorrente decorre de expressa disposição de lei (cita a Lei nº 6.404, de 1976, artigo 168, § 3º).

i) Fala nas características de um contrato mercantil, em risco para o beneficiário; nas características da contraprestação pelo trabalho: retributividade e habitualidade.

j) Entende que a base de cálculo eleita pela Fiscalização é imprópria e que o fato gerador escolhido é incompatível. Enfim conclui que o lançamento fiscal está maculado pela incoerência/incompatibilidade do fato gerador das contribuições previdenciárias e não pode prosperar.

k) defende a ilegalidade da incidência de juros de mora sobre o valor da multa de ofício.

l) diz ser impertinente a listagem denominada "relatório de vínculos" onde são listadas todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo. Inexistindo motivação, impõe-se a supressão dos nomes dos diretores da Recorrente.

PEDE o provimento do recurso para que seja cancelado o auto de infração e extinto o crédito tributário nele consubstanciado.

Os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para análise e manifestação. A Fazenda Nacional apresenta contra-razões na folha 1080 e seguintes. Vejamos, em resumo:

a) diz que não existe qualquer nulidade no procedimento fiscal, citando o Decreto nº 70.235, de 1972; o critério material foi adequadamente descrito pela autoridade lançadora, qual seja, remunerar segurados empregados e contribuintes individuais por meio dos rendimentos proporcionados por um plano de opção de compra de ações; o critério pessoal também está correto e identificado; quanto ao critério quantitativo, foi devidamente elucidado, sendo apontada como base de cálculo o valor justo das opções de compra na data das outorgas; também o aspecto temporal, definido como a data do efetivo exercício das opções. Em suma, o auto de infração preenche todos os requisitos de validade.

b) ao defender a necessidade de norma específica para fundamentar a tributação dos benefícios auferidos, em discussão, a recorrente pretende que a tributação se dê com base em previsão taxativa. Mas não foi essa a solução adotada pelo legislador em matéria tributária. A incidência das contribuições previdenciárias demanda a caracterização da verba como remuneratória.

c) diferencia *stock options mercantis* de *employee stock options*. Diz que no caso as *stock options* para empregados e diretores não são outorgadas aos beneficiários em contrapartida do recebimento de um prêmio, como no caso das *stock options mercantis*, mas em contrapartida ao trabalho que tais beneficiários prestam e prestarão para a companhia.

d) diz que a própria recorrente trata seu Plano como "*relevante componente de sua política de remuneração para diretores, administradores e empregados de alto nível*".

e) analisa os Planos da recorrente, a partir do Estatuto e AGE. Conclui que a concessão das opções de ação possui um caráter discricionário e retributivo, vinculado ao desempenho do profissional da empresa. Como previsto nos planos e programas, a performance do executivo e o alcance de metas eram determinantes na eleição dos

beneficiários e na atribuição do número de ações em cada contrato. Não há dúvidas, portanto, de que as *Stock Options* eram ofertadas como retribuição pela prestação de serviço.

f) destaca que as opções não eram objeto de compra e venda entre a companhia e os executivos beneficiários, sendo-lhes graciousamente outorgadas, o que também atua para afastar o caráter mercantil. Aliás, as opções eram outorgadas como troca pelo trabalho a ser prestado pelos beneficiários à companhia.

g) diz que os Planos de Opções de Ações previam resgates anuais por período de quatro anos consecutivos. A repetição uniforme, por quatro anos consecutivos, é apta a caracterizar a habitualidade exigida pelo legislador e, portanto, ficam preenchidos os requisitos para que os pagamentos subsumam-se ao conceito de remuneração.

h) fala dos juros sobre a multa, e

DEFENDE a Fazenda Nacional que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada, Relator.

O recurso é tempestivo, conforme relatado, e, atendidas as demais disposições legais, dele tomo conhecimento.

NULIDADE DA AUTUAÇÃO.

O recorrente, primeiramente, diz que o Auditor Fiscal deveria ter analisado cada um dos contratos individuais, para demonstrar suas características, e delas partir para a autuação, não podendo fazê-lo o Auditor Fiscal a partir da análise geral das disposições estatutárias e de Assembléia Geral.

Entendo que caberia ao fiscalizado apontar, então, qual contrato não seguiu o Plano geral e porque não se enquadra nas descrições da autuação. Existe algum contrato, especificamente, cujas características não seguiram as diretivas e por isso excepcionaria as "regras gerais" consideradas e expostas pela fiscalização para considerar as *stock options* como de natureza retributiva pelo trabalho e portanto passíveis de contribuição previdenciária patronal?

Parece-me que essa alegação do recurso, e que já foi refutada na impugnação, apenas busca inviabilizar as conclusões da auditoria, sem demonstrar fundamento para tal.

Diz ainda que não existe uma legislação específica para a tributação de *stock options* e que a Fiscalização busca "criar um novo tributo", inclusive apontando aspectos diferentes para a hipótese de incidência, em autuações sucessivas. Entendo que essa "preliminar" se confunde com o mérito, ou seja, com a análise dos elementos que compõem a hipótese de incidência tributária e lá será devidamente analisada.

Rejeito essas preliminares, portanto.

MÉRITO

Este Conselho já vem tratando há tempos da questão da tributação das *stock options*, representadas por planos de outorga de opções de compra de ações a preços pré-fixados, pelas companhias, a seus próprios empregados, diretores e administradores.

Entendo que devam ser analisados, para resolver a questão aqui em caso, três pontos: I - a natureza do plano de opção para compra de ações (*stock options*), se salarial, como defende a Fiscalização, ou se mercantil, como defende o Recorrente; II - quando ocorre o fato gerador (aspecto temporal da hipótese de incidência) e III - qual é a base de cálculo do tributo (aspecto quantitativo da hipótese de incidência).

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

A Procuradoria da Fazenda Nacional bem destacou, em sua manifestação, a diferença entre as *stock options* mercantis das chamadas *employee stock options*. Transcrevo:

Numa definição bem simplificada, um contrato de opção de compra de ações confere ao titular o direito de comprar ações a um preço determinado (preço de exercício), em uma determinada data (data de vencimento da opção).

*Chama-se de **prêmio** o valor que a pessoa interessada em adquirir uma *stock option* **paga** por esse direito de comprar as ações no futuro por um preço pré-determinado.*

*Como já mencionado anteriormente, existe um verdadeiro mercado de negociação de *stock options*. As *stock options* mercantis podem ser negociadas tanto em bolsa de valores, quanto em mercado de balcão. Após o lançamento da opção, **comprador e lançador não interagem**, sendo a liquidação realizada por meio de uma câmara ou caixa de liquidação.*

(...)

*Com os novos tempos de globalização e concorrência cada vez mais acirrada, as empresas têm continuamente buscado mecanismos para atração e manutenção de bons profissionais em seus quadros, pois deles depende o sucesso da atividade empresarial. Nesse diapasão, inúmeras são as empresas nacionais e multinacionais que oferecem uma variada gama de benefícios aos seus empregados e prestadores como forma de se tornarem mais competitivas, sendo as *stock options* um desses mecanismos.*

*Por meio desses planos de compra de ações, as empresas **concedem** ao seu empregado ou executivo beneficiário o direito de, num determinado prazo, subscrever ações da companhia, a um preço determinado ou determinável, segundo critérios estabelecidos por ocasião da outorga, através de um plano previamente aprovado pela assembléia geral.*

O recorrente defende a natureza mercantil de seus Planos, falando que o beneficiário deve adquirir as ações com seu próprio dinheiro, ou seja, ele não "empresta dinheiro" para a aquisição, que existe voluntariedade e onerosidade e que existe risco.

Diz ainda que existe uma incompatibilidade do seu Plano com a hipótese de incidência de contribuições previdenciárias, porque não estão presentes o caráter retributivo nem a habitualidade. Arremata que a finalidade do Plano é a atração e retenção de funcionários qualificados e o compartilhamento dos riscos do negócio.

Destaca que a legislação só permite a outorga de opções a uma determinada categoria de pessoas (administradores e empregados), conforme artigo 168 da Lei nº 6.404, de 1976. Portanto, o fato de não oferecer suas ações em condições vantajosas a todo o mercado, mas apenas a seus administradores e empregados, não decorre da vontade de beneficiá-los ou retribuí-los, mas de "*expressa determinação legal*".

A isso, trago as disposições do Voto do **Acórdão 2401-003.891** – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 11 de fevereiro de 2015, que tratou da mesma companhia e de autuação análoga, porém relativa aos períodos de 2007 e 2008:

O fato da legislação das S.A ter previsto essa modalidade de pagamento, não a excluiu do conceito do salário de contribuição. Nesse ponto, entendo oportuno a indicação do auditor que a verba não está contida no rol de exclusões do art. 28, §9º, mas devemos nos aprofundar nos fatos indicados no relatório fiscal para constituição do crédito ora sob análise.

Tal fato mostra-se relevante para evitar que as empresas passem a adotar sistemáticas de remuneração indireta, passando as chamá-las de stock options.

(...)

Como defendeu a autoridade fiscal, o caráter remuneratório nasce, na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma que o mesmo veja no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta. Destaco, porém, que embora não concorde com a frase dita de forma isolada, no contexto apresentado pelo auditor, entendo que a conclusão mostra-se acertada.

Bem, o beneficiário não paga qualquer "prêmio" pelo direito à outorga de opções. Ele participa do Plano a partir do preenchimento de condições que sem dúvida estão vinculadas ao trabalho, como desempenho, metas, qualificação profissional, etc.

Se ao final do período de carência o preço da ação no mercado estiver superior ao preço fixado na outorga, ele exerce a opção e obtém uma vantagem. Se ao final do período o preço estiver inferior, ele simplesmente não exerce a opção.

Não vejo que haja "compartilhamento dos riscos do negócio". Existe a possibilidade de receber um *plus* pelo sucesso da companhia ou não. Assim, não há risco de

perder, mas apenas o risco de "não ganhar". Destaco que esse é apenas um artifício de retórica, para clarear a situação. O recorrente diz que "ou há risco, ou não há".

Mas então é preciso definir qual é o objeto do risco. Se o objeto do risco é o *plus* nas vantagens oferecidas pela companhia ao empregado ou se o objeto do risco é o resultado de mercado no preço das ações da companhia. Em relação ao primeiro, existe a possibilidade apenas de ganhar uma vantagem adicional. Em relação ao segundo, o participante do Plano, na forma como se colocou, não corre qualquer "risco", porque receberá seu salário nos termos do contrato e da legislação trabalhista. Assim, não se pode dizer que haja "compartilhamento dos riscos do negócio", mas a possibilidade de ter seus ganhos aumentados em função do sucesso da companhia, do qual participa em função de seu trabalho, seu empenho, sua fidelidade e sua capacidade.

Destaco ainda do recurso: *"uma stock option que não é exercida ou cujo valor de exercício encontra-se superior ao valor dos ativos no mercado à vista (out of money), nada mais é do que mera expectativa de direito para o beneficiário. Este nada ganhou, nada auferiu, não experimentou alteração patrimonial alguma"* (fl. 973) Mas, em sentido contrário, se exerceu a opção, porque no momento em que se preencheram as condições para o exercício a situação de mercado era vantajosa, ganhou, auferiu, teve acréscimo patrimonial!

Advirto que não se pode misturar o fato gerador de contribuições previdenciárias decorrentes do pagamento de vantagens aos empregados com o fato gerador do imposto de renda, decorrente de se auferir a disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Ao argumento do recorrente de que *"um empregado que exerça suas opções estaria sendo remunerado, mas se nunca exercer em razão de condições adversas do mercado, não estaria sendo remunerado"* (fl. 978), destaco que a opção de compra é um adicional, um *plus*, um "ganho extra", que o empregado/diretor pode vir a ter. Não significa que trabalhou sem remuneração, significa que pode participar do eventual sucesso, mas no caso desse sucesso esperado não ocorrer, continuará a ter direito à sua remuneração contratual.

Também ao argumento do participante do plano ter de usar "recursos próprios" para adquirir as ações, nesse caso ele só compra se quiser e se forem verificadas as condições vantajosas. Em se tratando de mercado de ações, é possível comprar e vender praticamente ao mesmo instante.

Diz que o titular deve "sacrificar" recursos próprios para exercer as opções. Mas não "sacrifica" porque se comprar e quando comprar, ele estará ganhando, já que compra algo sabidamente por preço vantajoso.

Aliás, essa questão da venda futura é totalmente independente das contribuições previdenciárias, em caso. Ela se alinha para verificação do ganho de capital eventualmente auferido pelo beneficiário e à incidência do imposto de renda das pessoas físicas, mas o fato de ter exercido seu direito a comprar ações com valor abaixo do preço de mercado, em evidente vantagem não oferecida ao mercado em geral, ostenta natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição – base de cálculo das contribuições previdenciárias.

O recorrente diz ainda que existe uma tentativa do Fisco de caracterizar um "negócio realizado" como se remuneração fosse. E questiona se uma empresa alienasse um

bem qualquer a seus funcionários, como um computador ou um veículo, se também estar-se-ia diante de uma remuneração.

Mas é só se analisar as condições em que foi feita essa alienação. Se foi feita em condições de vantagem (não pelo valor de mercado do bem), que não seriam observadas se o bem fosse alienado a terceiros e desde que esse funcionário lhe tivesse prestado serviços de excelência, por período de tempo, com fidelidade e a vantagem só se desse em razão de sua especialidade ou capacidade laboral e cumpridas metas de desempenho funcional, a resposta é sim.

Ou seja, o objetivo não era propriamente a alienação do bem - assim como nesse Plano em discussão, o objetivo não é propriamente a alienação de ações -, mas sim conceder vantagem ao empregado/dirigente em função de determinadas características dele e ao cumprimento de condições vinculadas ao trabalho.

Discordo, portanto, que o Plano analisado e a outorga de opções de ações tenha natureza mercantil, sendo retribuição pelo trabalho e pela manutenção do vínculo laboral de interesse da companhia. Retribui o "bom trabalho", a fidelidade e a eficiência.

Chego à mesma conclusão do **Acórdão 2401-003.891** – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, já citado acima:

Assim, ao condicionar a opção de compras de ações e o número de ações a serem outorgadas a condições relacionadas ao desempenho profissional, o recorrente acaba por desnaturar a operação mercantil do Stock options aproximando sua concessão a de um mero prêmio, demonstrando sua feição salarial (tão evidenciada pela autoridade fiscal), vez que acaba vinculando o seu pagamento ao implemento da prestação de serviços. Aqui ressalto, questão abordada no início deste voto, qual seja, não devemos nos ater apenas a nomenclatura utilizada pelo contribuinte para definição do salário de contribuição, mas identificar como, na prática dava-se o pagamento.

O que define a eventualidade não é a periodicidade do pagamento ou ter sido esse realizado uma ou duas vezes, pois se assim fosse a gratificação natalina seria eventual, pois é paga apenas uma única vez ao ano, ainda que dividida, mas esse pagamento é habitual.

A habitualidade, no caso, está presente na necessidade do vínculo laboral, no período de tempo que o empregado deve mantê-lo para receber a vantagem. Se ele trabalha ali somente um mês, um uma vez, eventualmente, não seria escolhido para a outorga das ações. De novo, do **Acórdão 2401-003.891** – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, já citado acima:

A interpretação de ausência de habitualidade não deve indicar pagamentos contínuos, mas devem ser diferenciados de pagamentos eventuais, ou seja, aqueles que não tem qualquer relação com a prestação do serviços ou pelo vínculo de emprego. Estariam excluídos pela ausência de habitualidade aqueles benefícios decorrentes de um infortúnio. A habitualidade será determinante quando buscar a definição do conceito de remuneração para reflexos em outras verbas trabalhistas, tais com férias, 13 salário. Já para incidência de contribuições previdenciárias, o fato determinante é a natureza em si da verba,

donde buscamos caracterizar a verba como salarial, ou indenizatória se a mesma vincula-se ao contrato de trabalho.

Além disso, como destacou a PFN, em sua manifestação (fl. 1105):

Os Planos de Opções de Ações previam resgates anuais por período de quatro anos consecutivos. A repetição uniforme, por quatro anos consecutivos, é apta a caracterizar a habitualidade exigida pelo legislador e, portanto, ficam preenchidos os requisitos para que os pagamentos subsumam-se ao conceito de remuneração.

Como se disse no início, este CARF já se deparou com diversos casos de *stock options*, chegando à conclusão, a partir da análise e condições dos Planos, que se desvirtua a concepção original, inclusive aquela prevista na Lei das Sociedades por Ações, para criar uma forma de retribuir alguns empregados/dirigentes 'especiais', atraindo-os e mantendo-os com a possibilidade de um *plus* ou ganho adicional decorrente e relacionado ao seu trabalho e sua fidelidade para com a companhia e ausente o risco típico do negócio mercantil. Vejamos:

Acórdão 2401-003.044 -

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS - PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES- STOCK OPTIONS - NATUREZA SALARIAL - DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL - CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO.

Em sua concepção original o stock option é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime de opção de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo inicialmente caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso do contrato de trabalho.

Em ocorrendo o desvirtuamento do stock options em sua concepção inicial, qual seja, mera operação mercantil, seja, pela concessão de empréstimos, possibilidade de venda antecipada, troca de planos, correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração.

Na maneira como executado, passa o negócio a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o empregado a opção de GANHAR COM A COMPRA DAS AÇÕES;(...)

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PARCELA INTEGRANTE. REMUNERAÇÃO. STOCK OPTIONS. INTEGRAÇÃO.

Salário de Contribuição, para o contribuinte individual, é a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês.

No presente caso a concessão de "stock options" aos segurados contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo devem integrar o salário de contribuição, pois foram concedidos pelo trabalho do segurado, integraram-se ao patrimônio do segurado e não podem ser conceituados como oriundos de negócio mercantil, pois ausente risco.

E, principalmente no Acórdão abaixo, que se refere ao mesmo contribuinte e a autuação análoga, porém relativa ao período de 2007 e 2008:

Acórdão 2401-003.891

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS - PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES- STOCK OPTIONS - NATUREZA SALARIAL - DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL - CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO

Em ocorrendo o desvirtuamento do stock options em sua concepção inicial, seja, pela adoção de política remuneratória na forma de outorga de ações, possibilidade de venda antecipada, estabelecimento do custo de R\$1,00, correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Na maneira como executado, como a minimização do risco pelo baixo custo e possibilidade de venda, sem nem mesmo ter o direito a totalidade das ações, passa a outorga de ações a transparecer, que a verdadeira intenção era ter o trabalhador a opção de GANHAR COM A COMPRA DAS AÇÕES. Não fosse essa a intenção da empresa, por qual motivo a recorrente teria estabelecido valores tão baixos. Correta a indicação de base de cálculo como o ganho real, (diferença entre o preço de exercício, previamente estipulado, e o preço de mercado no momento da compra de ações.) desde que constatado a natureza salarial da verba.

Portanto, correta a tributação das *stock options*, neste caso, como uma forma indireta de remuneração, sujeitando-se às contribuições destinadas à seguridade social.

II - QUANDO OCORRE O FATO GERADOR (ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA).

O contribuinte alega que não "subsidiar" a compra das ações, tendo o empregado que desembolsar a quantia para a compra das mesmas. Mas não se tributa o valor do desembolso, mas a diferença entre o valor real do bem e o efetivo desembolso. E, assim,

Repito que nos autos do processo 16327.721267/2012-33, o Auditor Fiscal considerara de forma diferente, entendendo que o fato gerador ocorreria no momento em que se encerra o período de carência (*vesting*), independentemente do exercício da opção, o que já foi reputado incorreto por este CARF, conforme ementa acima transcrita.

Esse momento da ocorrência do fato gerador já foi discutido também em outros Acórdãos paradigmas, neste Conselho. Cite-se:

Acórdão 2401-003.044 –

Voto vencedor

O momento da ocorrência do fato gerador, deu-se com a concretização da opção, auferindo um ganho indireto. (o direito de compra). Não podemos dizer que se dará apenas com a venda, pois poderemos nos deparar com situações em que o empregado nunca realizasse essa venda. Mas, possua o “bem” (direito a ação) direito esse concedido, como no presente caso, pela contraprestação do serviços.(grifei)

Entende-se aqui que, para a incidência das contribuições sociais em questão é necessário o efetivo exercício da opção pelo beneficiário, verificando-se que as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra, como bem determinou o Auditor Fiscal.

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

O artigo 142 do CTN dispõe que o ato de lançamento constitui-se na atividade atinente à autoridade administrativa para: verificar a ocorrência do fato gerador e determinar a matéria tributável (anteriores), calcular o montante devido e identificar o sujeito passivo (consequentes). Portanto, esses elementos constituem-se em aspectos da hipótese de incidência tributária.

Socorrendo-me na doutrina de Regina Helena Costa:

Os aspectos pessoal e quantitativo compõem o chamado “consequente” da hipótese de incidência tributária, isto é, descrita a materialidade e indicadas as coordenadas espacial e temporal do fato no antecedente da norma, exsurge uma relação jurídica mediante a qual um sujeito possui o direito de exigir o tributo e outro sujeito o dever de pagá-lo (aspecto subjetivo), apontando-se o valor da prestação correspondente (aspecto quantitativo).(COSTA. Regina Helena, Curso de Direito Tributário, 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 205)

No mesmo sentido vai Kiyoshi Harada:

***Aspecto quantitativo do Fato Gerador:* neste aspecto, destacam-se a base de cálculo e a alíquota. Na operação de lançamento tributário, após a verificação da ocorrência do fato gerador, da identificação do sujeito passivo e da determinação da matéria tributável, há que se calcular o montante do tributo devido**

aplicando-se a alíquota sobre a base de cálculo. Esta é, pois, uma ordem de grandeza própria do aspecto quantitativo do fato gerador. (HARADA. Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 23ª ed, Atlas : São Paulo, 2014, p. 544/545)

Neste lançamento em debate, definiu o Auditor Fiscal, conforme Termo de Verificação Fiscal (fl. 282) que:

No momento em que se esgota o prazo de carência, o trabalhador tem constituído o direito de exercer as opções de ações, recebendo em troca uma ação da companhia para cada opção que possui.

... a tributação ocorre sobre a parcela assumida como despesa pela empresa, que se traduz no valor que o beneficiário deixou de pagar pela opção de compra quando da sua outorga, o qual é mensurável pelo valor justo da opção de compra. (destaquei)

Essa base de cálculo definida, entretanto, não se coaduna com a descrição que fez o Auditor Fiscal para definir o momento de ocorrência do fato gerador.

Vejamos que o fato gerador, sujeito a condição suspensiva, só ocorre quando do efetivo exercício da opção pelo beneficiário, conforme se tratou no item anterior. Também, grifou o Auditor que "*não se está tributando a compra da ação*".

Mas chegou à conclusão que a base de cálculo seria o valor justo da ação, no momento da outorga, ou seja, o valor que o beneficiário teria deixado de pagar para adquirir aquela ação, caso fosse comprá-la em mercado, quando a companhia lhe incluiu no Plano de compra de ações e ele adquiriu o direito, sob condição suspensiva, de comprá-la a determinado preço, no futuro.

Mas qual seria esse preço de aquisição, pré-fixado, caso verificadas as condições suspensivas? O Termo de Verificação Fiscal não o menciona ao tratar da base de cálculo. Não seria a ele que se deveria fazer referência?

Porque a "vantagem" de natureza salarial obtida pelo beneficiário do Plano e subsidiada pela companhia, pelo todo que vimos aqui sustentando, se verifica pela diferença entre o valor da ação na data do exercício (valor do bem em mercado sob condições normais) e aquele valor (pré-fixado e favorecido) que o beneficiário vai pagar à companhia dona das ações. Essa é, efetivamente, a medida da "vantagem" auferida.

Naquele dia, do exercício, ele está ganhando a diferença entre o valor de mercado da ação e o valor pelo qual a está comprando porque, se vendê-la imediatamente (e ele tem essa disponibilidade) será esse o valor acrescido a seu patrimônio.

Vejamos jurisprudência deste CARF, no Acórdão 2302-003.536, com o qual concordo perfeitamente:

EMENTA - STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. VANTAGENS OBTIDAS NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA REMUNERATÓRIA. SALÁRIO DE

CONTRIBUIÇÃO.

As vantagens econômicas oferecidas aos empregados da empresa na aquisição de lotes de ações próprias, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando, portanto, natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição - base de cálculo das contribuições previdenciárias.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por maioria de votos em negar provimento ao recurso voluntário quanto ao mérito do lançamento, porque as vantagens econômicas oferecidas aos empregados na aquisição de lotes de ações da empresa, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição – base de cálculo das contribuições previdenciárias. (grifei)

VOTO

Nos planos em realce, o beneficiário se investe no direito de adquirir ações da Empresa, em condições vantajosas em relação à oferta de mercado. O ganho patrimonial do trabalhador se realiza nas vantagens econômicas que aufera quando comparadas com as condições de aquisição concedidas ao investidor comum que compra idêntico título no mercado de valores mobiliários.

(...)

O beneficiário tem ao seu dispor a faculdade de exercer ou não tal direito de aquisição. O exercício da faculdade de efetuar a “Contribuição para Aquisição dos Lotes Incorporados” dá-se por mero aviso à empresa, acompanhado do pagamento do “Valor da Contribuição para Aquisição” correspondente ao Lote Incorporado a que se refere.

O ganho patrimonial, portanto, há que ser apurado nesse momento histórico e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário. (sublinhei)

Com efeito. Se um investidor qualquer fosse ao mercado de valores mobiliários ou mercado de balcão adquirir ações da Companhia, iria pagar um preço de “x” Reais por ação. Por outro lado, o beneficiário do plano adquire na mesma data a mesma ação por um preço ‘y’ Reais, inferior ao preço de mercado. O ganho patrimonial “GP” desse Beneficiário corresponderá, logicamente, à diferença entre o valor “x” de mercado e o valor “y” de aquisição, multiplicada pelo número de ações adquiridas “n”

$$GP = (x - y) * n.$$

Tal montante “GP” representa exatamente a importância que o empregado Beneficiário deixou de desfaltar o seu patrimônio inercial para a aquisição do mesmo quantitativo de ações no mercado de valores mobiliários.

No caso presente, de acordo com o Relatório Fiscal, a data do fato gerador corresponde à data em que houve o exercício das opções, o qual se deu pelo pagamento do “Valor da Contribuição para Aquisição” correspondente ao Lote Incorporado a que se refere e a Base de Cálculo é, exatamente, a diferença entre o valor das “Contribuições para Aquisição das Ações” previstos nos contratos e o Valor de Mercado das Ações na data da liquidação financeira das referidas “Contribuições para Aquisição das Ações”.(sublinhei)

As vantagens motivadoras do exercício do direito de ação são apuradas e apreciadas nesse exato momento histórico, pois é aqui que o empregado investidor irá vislumbrar se será vantajosa ou não a aquisição dos lotes de ações que lhe foram destinados.

De outro canto, até que se efetive o pleno exercício do direito de opção, inexistente risco para o empregado, pois este tem a plena consciência das vantagens que está auferindo com a opção de compra, e pode se decidir, sem qualquer consequência, se exercita ou não o direito de opção em foco. A álea do negócio tem início, tão somente, a contar de então.

Também no Voto do Acórdão nº 2301-003.597, registrou o relator qual fora o critério empregado naquele lançamento que lá se analisava:

Embora essa transação se apresente, à primeira vista, como negócio jurídico típico de relação comercial, o Fisco, todavia, entende que a oferta da empresa de opção de compra de ações aos seus funcionários, constitui-se em forma de remuneração indireta que visa incentivar e estimular a produtividade.

Segundo a ótica do fisco a diferença apurada entre o valor das ações emitidas por meio do “stock options” e o seu valor real de mercado no dia em que foi exercida a opção é considerada parcela passível de contribuição previdenciária, já que se trata de remuneração diferida, a ser percebida no futuro, ou seja, no momento em que os papéis forem vendidos pelos empregados.(sublinhei)

Aí voltamos à questão da desnecessidade de que efetivamente realize a venda, para que se verifique o fato gerador da contribuição em caso. O direito lhe foi conferido e a vantagem foi incorporada a sua esfera patrimonial. Se vai vendê-la ou não, é problema seu. Quando e se vendê-la, o ganho de capital será objeto do imposto de renda.

CONCLUSÃO.

No caso, a análise efetiva do Plano de opções de compra de ações (*stock options*) oferecido a determinados empregados/dirigentes consubstancia efetiva vantagem patrimonial em razão do trabalho desenvolvido para a companhia e, portanto, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição – base de cálculo das contribuições previdenciárias.

O fato gerador ocorre (aspecto temporal), conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito em relação as ações que lhe foram outorgadas.

A base de cálculo (aspecto quantitativo) é o ganho patrimonial, e, portanto, há que ser apurado nesse momento histórico e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

Neste lançamento, verifica-se, conforme TVF, que foi empregado como base de cálculo do valor das contribuições "*a parcela assumida como despesa pela empresa, que se traduz no valor que o beneficiário deixou de pagar pela opção de compra quando da sua outorga, o qual é mensurável pelo valor justo da opção de compra*".

Ora, se houve equívoco na apuração do montante devido (aspecto quantitativo da hipótese de incidência) o lançamento encontra-se viciado e, para sanar o problema, necessário ser feito um novo lançamento.

Não entendo que se trate de mero erro de forma, de inobservância de aspectos formais, mas que esteve ferida a própria substância do lançamento, na aferição do montante devido. Porque, observando o processo tributário, forma é aquilo que existe para garantir às partes o exercício de seus direitos, como, por exemplo, a ampla defesa e o livre acesso ao judiciário. Cito:

"... porque as formalidades se justificam como garantidoras da defesa do contribuinte; não são um fim, em si mesmas, mas um instrumento para assegurar o exercício da ampla defesa. (PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário....15. ed. - Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, ESMAFE, 2013, p.1197)

É necessário um novo lançamento, porque se feriram aspectos substanciais da hipótese de incidência tributária. Nesses casos, o novo lançamento só seria possível enquanto não decaído o direito da Fazenda Pública e observadas todas as normas pertinentes, na legislação tributária.

Em face dessas conclusões, desnecessário que se analise mais profundamente questões recursais relativas à nulidade da autuação e mesmo decadência de fatos geradores ocorridos anteriormente a 28/02/2009, como propôs o recorrente, lembrando do disposto no § 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Em conclusão, rejeito as preliminares argüidas e, no mérito, VOTO por **dar provimento ao recurso**.

Assinado digitalmente

Processo nº 16327.720152/2014-93
Acórdão n.º **2202-003.367**

S2-C2T2
Fl. 1.135

CÓPIA