



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

Processo nº 16327.720432/2015-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-005.729 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de setembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente BM&F BOVESPA S.A. - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

NULIDADE POR IMPRECISÃO DO LANÇAMENTO

Não há que se falar em nulidade quando estão explicitados todos os elementos concernentes ao lançamento e claramente descritos os motivos da autuação. Se certos ou errados, serão objeto de apreciação no mérito.

PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. NATUREZA MERCANTIL CARACTERÍSTICAS DE RISCOS E ONEROSIDADE EXISTENTES

A concessão do plano tem como objetivo fomentar a visão empreendedora dos administradores, empregados e prestadores de serviços em concernência aos objetivos do empregador. Ao aderir ao programa o profissional sente-se estimulado a permanecer na empresa e trabalhar para a evolução dos resultados dos negócios, a fim de obter ganhos futuros com as vendas de ações.

Assim, conceitualmente, referidos planos de outorga de ações tem natureza de operação mercantil. Para que se verificasse alguma desvirtuação na sua concepção original, a acusação fiscal teria que ter apresentado elementos contundentes de desvirtuamento do plano que afastassem a natureza mercantil do negócio firmado pelos participantes.

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO NO LANÇAMENTO

Se a autoridade fiscal não aprofundou o trabalho delimitando o que seria passível de mudança no âmbito do lançamento tributário, não cabe agora fazer uma tentativa de salvar o lançamento anterior através de nova valoração jurídica dos fatos já conhecidos, sem trazer motivo jurídico e fático para tal fim e sem tecer os detalhes imprescindíveis para a nova forma de avaliação dos fatos. Deve ser observada a vedação contida no art. 146 do CTN.

FATO GERADOR BASE DE CÁLCULO

Diante da possibilidade de sobreposição de exigência fiscal e tendo em vista a mudança de critério jurídico adotado no lançamento, a autoridade administrativa teria que esclarecer no ato administrativo a não ocorrência de tributação do mesmo fato gerador no mesmo período.

Não há como correlacionar o fato jurídico (aspecto temporal) apontado no lançamento com a base de cálculo (aspecto quantitativo) auferida de forma dissonante do momento histórico eleito. Há nesse aspecto incerteza no lançamento. Há clara violação ao art. 142 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Votou pelas conclusões os conselheiros Cleberson Alex Friess, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro e Miriam Denise Xavier. Solicitou apresentar declaração de voto o conselheiro Cleberson Alex Friess.

(Assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Andréa Viana Arrais Egypto - Relatora.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Andréa Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em face da decisão da 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo - SP (DRJ/SPO) que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido, conforme ementa do Acórdão nº 16-69.706 (fls. 1747/1780):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS).

Para fins de apuração de contribuições destinadas à Seguridade Social, considera-se salário de contribuição 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 sob a forma de utilidades.

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.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS.

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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário deve seguir as regras previstas no Código Tributário Nacional, em face da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, declarada pela Súmula Vinculante STF nº 08.

No caso de lançamentos de ofício, conforme dispõe o Parecer PGFN/CAT nº 1.617/08, o prazo decadencial é o previsto no art. 150, § 4º do CTN se havida antecipação de pagamento da contribuição ou consoante o inciso I do art. 173 do CTN se inexistente pagamento parcial ou se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício decorrente de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal é considerada débito para com a União, sendo devidos juros de mora sobre o valor lançado inadimplido a partir de seu vencimento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

RELATÓRIO DE VÍNCULOS.

O Relatório de Vínculos não tem como escopo a inclusão de sujeitos no pólo passivo da obrigação tributária, mas apenas lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente, em especial e eventualmente, para aplicação do § 3º do art. 4º da Lei no 6.830/80.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

O presente processo é composto por dois Autos de Infração consolidados em 20/04/2015, relativos ao período de 01/2011 a 12/2012, quais sejam:

1. **DEBCAD nº 51.025.641-4** (fls. 1291/1301), relativo às contribuições devidas à Seguridade Social, parte patronal, inclusive a contribuição para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - RAT, incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados efetivada por meio de "Opções de Compra de Ações", no valor de R\$ 32.205.788,04, acrescido de R\$ 10.084.378,73 referentes aos Juros e de R\$ 24.154.341,04 referentes à Multa de Ofício, dando um valor total de R\$ 66.444.507,81;
2. **DEBCAD nº 51.025.642-2** (fls. 1302/1312), relativo às contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos (FNDE e INCRA), incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados efetivada por meio de "Opções de Compra de Ações", no valor de R\$ 3.637.905,94, acrescido de R\$ 1.136.794,94 referentes aos Juros e de R\$ 2.728.429,48 referentes à Multa de Ofício, dando um valor total de R\$ 7.503.130,36.

De acordo com Relatório Fiscal (fls. 1313/1365):

1. O Procedimento fiscal foi relativo ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 08.166.00-2013-00673-1 e teve início em 07/01/2014;
2. Constituem Fatos Geradores das Contribuições lançadas as remunerações pagas aos segurados empregados, na forma de concessão de opções de compra de ações, sobre as quais não foram recolhidas as devidas Contribuições Sociais;
3. Durante a fiscalização foram examinados a Folha de Pagamento, Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, Guias da Previdência Social – GPS, Convenções Coletivas de Trabalho, Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ,

Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte – DIRF e Escrituração Contábil Digital disponível no ambiente nacional do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED;

4. Os valores apurados de “Opções de Compra de Ações” foram obtidos através da planilha do Excel, fornecida pelo Contribuinte por meio de arquivo em DVD, e encontram-se demonstrados no Discriminativo do Débito – DD (fls. 1292/1296 e 1303/1307);
5. Traz toda uma análise das opções de compra de ações de caráter mercantil, classificando as opções concedidas aos empregados como stock options, configurando o seu caráter remuneratório;
6. Faz menção às Assembléias Gerais Extraordinárias da empresa que aprovaram os planos de 2007 e 2008 e transcreve excertos dos referidos planos;
7. A Autoridade Fiscal considerou, apesar da complexidade do tema, haver encontrado uma situação típica de remuneração-utilidade, onde as *stock options* são oferecidas em troca do serviço prestado, sem gratuidade, a empresa recebe o serviço prestado pelo trabalhador como pagamento do prêmio que é uma vantagem econômica que se perfaz na data de seu exercício. É nessa data que resta evidenciado de forma inequívoca e irrefutável o benefício concreto obtido pelo trabalhador;
8. Considera como ocorrência do fato gerador o exercício das opções de compras e que 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, mensurável pelo valor justo da opção de compra na data da outorga e estimada pelas orientações do Pronunciamento técnico CPC 10;
9. Foi aplicada Multa de Ofício de 75% sobre os valores apurados das Contribuições Previdenciárias e para outras entidades e fundos (terceiros), não declaradas e não recolhidas.

O Contribuinte tomou ciência pessoal dos Autos de Infração em 24/04/2015 (fls. 1291 e 1302), e tempestivamente, em 26/05/2015, apresentou sua Impugnação de fls. 1369 a 1492, instruída com os documentos nas fls. 1493 a 1735.

Diante da impugnação tempestiva, o processo foi encaminhado à DRJ/SPO para julgamento, onde, através do Acórdão nº 16-69.706, em 27/07/2015 a 13ª Turma, votou no sentido de se conhecer a Impugnação e no mérito, julgá-la improcedente, mantendo os Créditos Tributários exigidos nos Autos de Infração DEBCAD nº 51.025.641-4 e DEBCAD nº 51.025.642-2.

O Contribuinte tomou ciência do Acórdão, via Correio (AR - fl. 1786) em 07/08/2015.

Em 04/09/2016, tempestivamente, A empresa protocolou seu Recurso Voluntário de fls. 1788 a 1924, instruído com os documentos colacionados às fls. 1925 a 1966.

No Recurso Voluntário apresentado o Contribuinte faz um breve resumo dos fatos, traça um contorno da Autuação Fiscal, enumera e descreve os Planos de Opções de Compra de Ações autuados e segue aduzindo preliminarmente que:

1. A Autoridade Fiscal lavrou em 2012 Auto de Infração com exigência das Contribuições Previdenciárias dos períodos de 2007 e 2008, sobre um dos Planos objeto da presente Autuação Fiscal (Plano de 2007);
2. A presente Autuação Fiscal também exige as Contribuições Previdenciárias pela suposta remuneração dos diretores e empregados da Recorrente (períodos de 2011 e 2012), por meio dos Planos de Opções e Compra de Ações (Planos de 2007 e 2008);
3. Apesar dos Autos de Infração terem como objeto os mesmos Planos de Opções e Compra de Ações, os fatos geradores e bases de cálculo utilizados, em cada uma das autuações, são totalmente diferentes, utilizando critérios jurídicos distintos, o que não pode ser aceito, por violar os princípios da legalidade e tipicidade cerrada;
4. O Auto de Infração de 2012 e os ora combatidos são contraditórios no que tange aos fatos geradores e às bases de cálculo eleitas, como não se pode admitir autuações versando sobre o mesmo tributo, mas com fatos geradores e bases de cálculo diversas, impõe-se o cancelamento da presente autuação fiscal;
5. Mesmo que se assuma, apenas para fins de argumentação, que a outorga de opções se caracteriza como remuneração para fins da incidência das Contribuições Previdenciárias, a base de cálculo que vem sendo utilizada em algumas decisões do CARF é distinta da utilizada nos Autos de Infração combatidos;
6. Não existe qualquer fundamento legal que permita exigir Contribuições Previdenciárias sobre as *stock options*, tanto que se houvesse, a Receita Federal do Brasil não adotaria os mais diversos critérios e conceitos;
7. A Autoridade Fiscal não poderia ter alterado o critério jurídico adotado na autuação lavrada em 2012, quando da fundamentação do presente lançamento, em razão do disposto no artigo 146 do Código Tributário Nacional, motivo pelo qual tal lançamento é nulo;
8. A conclusão da fiscalização no sentido de que nenhum plano de *stock options* pode ter caráter mercantil está pautada em uma série de premissas contraditórias e equivocadas, além de já ter sido superada pela jurisprudência pacífica do CARF;
9. Se a fiscalização entende que o empregado paga o prêmio das opções por meio de seu trabalho, não há que se falar em cláusula suspensiva,

o que demonstra a incongruência do fato gerador eleito e seu descasamento com a base de cálculo;

10. Nos autos de infração ocorreu a desconsideração indireta dos Planos de Opções de Compra de Ações, o que é vedado pela legislação atualmente em vigor, por falta de regulamentação do art. 116, único do CTN;
11. Mesmo que fosse possível admitir a aludida desconsideração indireta dos Planos de Opções de Compra de Ações, a fiscalização não poderia atacar os Planos, objeto de deliberações das Assembléias, para exigir as Contribuições Previdenciárias, na medida em que estes não criam, por si só, qualquer vínculo entre as partes;
12. O correto seria a fiscalização desconsiderar cada um dos contratos firmados entre o Contribuinte e os seus diretores e empregados. Como isso não aconteceu, os Autos de Infração carecem de fundamentação e motivação;
13. Ainda que se considerasse válida a autuação, tal como lavrada, esta deveria ser cancelada, pois teria se operado a decadência a impedir a constituição do crédito tributário, já que os Planos do Contribuinte datam de 2007 e 2008 e o auto de infração foi lavrado em 20/04/2015, ou seja, tendo transcorrido mais de cinco anos para o lançamento de tributos, de acordo com o que estabelece o art. 150, § 4º do CTN, ou pelos critérios do art. 173, I, do CTN;

No Mérito, defendendo que a autuação não pode ser mantida, segue argumentando que:

1. Os Planos de Opção de Compra de Ações são regulamentados, no âmbito do Direito Societário, pelo art. 168 da Lei das Sociedades Anônimas e o regramento fiscal aplicável aos contratos mercantis que concretizam tais Planos é próprio de contratos dessa natureza;
2. Não há qualquer dúvida de que todos os elementos do contrato mercantil em questão estão presentes nos Planos, tais como bilateralidade, voluntariedade e onerosidade, inclusive os riscos decorrentes do contrato;
3. Os participantes dos Planos aceitaram firmar o contrato por ato de sua exclusiva vontade, tal como o exercício da opção, que lhe fará desembolsar recursos próprios para exercer o direito de adquirir as ações;
4. As outorgas de opções de compra de ações são verdadeiros contratos mercantis que não se prestam a remunerar os seus Participantes, de modo que não há que se falar em fatos geradores ou base de cálculo das Contribuições Previdenciárias;

-
5. Os Planos adotados pelo Contribuinte, concretizados por intermédio de contratos individualmente firmados, não são compatíveis com a hipótese de incidência das Contribuições Previdenciárias, pois não são oferecidos como contraprestação por serviços prestados, nem tampouco são utilidades de caráter habitual;
 6. A fiscalização, ao fazer a autuação, criou um novo tributo, com aspecto material, temporal e quantitativo totalmente diferentes daqueles próprios das Contribuições Previdenciárias, em manifesta ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada em matéria fiscal;
 7. Os Planos de 2007 e 2008 foram criados em contextos de reestruturações societárias profundas e da criação de uma nova companhia, objetivando alinhar os interesses dos empregados, colocando-os como parte do negócio e, com isso, aumentando as possibilidades de êxito tanto do novo momento societário quanto da criação da nova companhia;
 8. Os Planos foram implementados por Companhias de capital abertos e pulverizado, sem a presença de grupo controlador, o que impossibilita se alegar que os Planos teriam sido feitos por um pequeno grupo de controle com a finalidade de auto remuneração;
 9. A base de cálculo eleita impossibilita mensurar um valor para a incidência das Contribuições Previdenciárias, uma vez que:
 - a. As condições impostas para a eficácia da opção somada à restrição de negociação revelam que, antes do *vesting*, o que há é uma mera expectativa de direito que pode ser tanto materializado, como frustrado. Esta condição e, especialmente, a restrição de negociação, retiram qualquer possibilidade de apreciação econômica da opção outorgada. O prêmio, neste contexto, não tem valor de mercado e, se fosse valorado, seria igual a zero;
 - b. Eventual ganho obtido pelos Participantes dos Planos somente pode ser auferido após o exercício da própria opção e apenas na hipótese de eventual alienação posterior da ação por valor superior ao preço de exercício da opção, mas nunca antes da alienação;
 - c. Foi utilizada uma base de cálculo ficta, que não reflete o real valor dos supostos pagamentos imputados pela fiscalização ao Contribuinte;
 10. Os fatos geradores eleitos pela fiscalização também são incompatíveis com as Contribuições Previdenciárias, tendo em vista que:

-
- a. Os critérios para a ocorrência dos fatos geradores não estão presentes, uma vez que não há remuneração paga, devida ou creditada pelo Contribuinte;
 - b. O momento indicado pela fiscalização como sendo o da ocorrência do fato gerador está equivocado;
 - c. A fiscalização foi contraditória ao considerar que a remuneração é composta pelo prêmio que não foi pago pelos Participantes dos Planos no momento da outorga e, ao mesmo tempo, afirmar que o fato gerador ocorre quando do exercício das opções de compra pelos Participantes, sendo momentos e fatos distintos;
 - d. Se a contabilização fosse reveladora da característica remuneratória dos Planos em questão então a sua contabilização deveria seguir os mesmos padrões das outras verbas reconhecidamente remuneratórias, refletindo o acréscimo do patrimônio trabalhista do funcionário como, por exemplo, descanso remunerado, fundo de garantia por tempo de serviço, etc;
11. Alega que o registro da despesa como o valor justo das opções é altamente questionável até mesmo no âmbito da própria Ciência Contábil. Ademais, em nenhum momento o valor justo apurado pela companhia é negociado com o empregado para fins de definição do montante da suposta remuneração;
 12. Apresenta jurisprudência trabalhista que assevera corroborar toda a argumentação apresentada;
 13. Por fim, disserta sobre a ilegalidade da incidência de juros sobre o valor da multa.

O Contribuinte finaliza seu Recurso Voluntário requerendo o seu conhecimento e provimento para fins de reforma do Acórdão da DRJ/SPO, com o consequente cancelamento integral dos Autos de Infração combatidos, determinando-se a extinção do Crédito Tributário lançado.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em 23/11/2015, apresentou Contrarrazões ao Recurso Voluntário de fls. 1970 a 2001, onde faz um breve resumo dos fatos para em seguida dissertar acerca:

1. Das preliminares de suposta nulidade do Auto de Infração suscitada no Recurso Voluntário (fls. 1972/1977);
2. Do caráter remuneratório das Stock Options concedidas aos empregados, subdividindo seus argumentos nos seguintes tópicos:
 - a. Breves considerações acerca das Opções de Compra de Ações outorgadas a empregados (fls. 1977/1980);

-
- b. Do posicionamento institucional da recorrente acerca dos Planos de Opção de Compra de Ações (fls. 1980/1982);
 - c. Do Plano de Opção de Compra e programas de outorga de Opção de Compra de Ações (fls. 1982/1986);
 - d. Da natureza remuneratória das Stock Options ofertadas pela recorrente (fls. 1986/1995);
3. Das decisões já proferidas pelo CARF sobre o tema (fls. 1995/1997);
 4. Sobre a incidência de juros sobre a multa de ofício (fls. 1997/2000).

A Procuradoria finaliza sua Contrarrazões requerendo que seja negado provimento ao Recurso Voluntário apresentado, mantendo-se a decisão recorrida.

É o relatório

Voto

Conselheiro Andréa Viana Arrais Egypto - Relatora

Juízo de admissibilidade

O Recurso Voluntário foi apresentado dentro do prazo legal e atende aos requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Preliminares

Ao apresentar o seu Recurso Voluntário o contribuinte traz no bojo de suas alegações várias preliminares que estão, por vezes, intrinsecamente relacionadas com o mérito da presente demanda.

Assevera que diante da análise dos mesmos planos foram lavradas autuações com fatos geradores e bases tributáveis totalmente distintos e incoerentes entre si, e que não existe fundamentação legal que dê supedâneo à exigência das contribuições sociais sobre as *Stock Options*.

Disserta sobre os fundamentos do art. 146 do Código Tributário Nacional para observar que é defeso a alteração dos critérios jurídicos para um mesmo sujeito passivo, com relação a fatos geradores já ocorridos.

Afirma que a autoridade autuante partiu de premissas equivocadas para concluir que os planos de *Stock Options* teriam caráter mercantil e aduz que os lançamentos carecem de fundamentação e motivação.

Por fim, alega ainda que teria ocorrido a decadência de constituir o crédito tributário, pois os planos datam de 2007 e 2008, sendo que a maioria dos contratos individuais foram firmados em 19/04/2010 e os autos de infração lavrados em 2015, o que extrapola o lapso temporal estabelecido no art. 150, § 4º do CTN.

Nos termos consignados no Relatório Fiscal, o Auditor traz uma análise geral acerca das opções de compra de ações e o funcionamento do mercado financeiro; expõe sobre as opções de compras de ações inseridas na relação de trabalho, designadas de *Stock Options* e argumenta que essas opções foram outorgadas ao trabalhador como forma de estímulo e recompensa pelo trabalho; transcreve trechos da Lei nº 6.404/76 e destaca o Pronunciamento Técnico CPC 10; afirma que o *SO* tem caráter de contraprestação aos serviços realizados, evidenciando uma situação típica de remuneração-utilidade e indica a legislação de regência para a aferição das contribuições previdenciárias (art. 195 da Constituição Federal; arts. 12, 22 e 28 da Lei nº 8.212/91).

Notoriamente, verifica-se que o lançamento parte da premissa de que as *Stock Options* constituem remuneração diferida pelos serviços prestados pelos beneficiários e que referida “remuneração” ocorreu no momento do exercício dessas opções pelos trabalhadores e estabeleceu como base de cálculo a multiplicação da quantidade de opções de compra de ações exercidas pelo seu valor justo.

É cediço que o lançamento tributário não pode comportar inconsistências em seus aspectos intrínsecos, fato gerador (aspecto temporal) e na eleição na base de cálculo impositivo (aspecto quantitativo), sob pena de acarretar em insubsistência na própria constituição do crédito tributário, por ofensa ao disposto no art. 142 do CTN.

Não obstante todas as questões suscitadas pela Recorrente quanto à generalidade do lançamento, os critérios utilizados, as incongruências na sua perfectibilização, entendo que referida matéria deve ser reservada ao exame do mérito da demanda, pois com ele se confunde.

No que tange a falta de fundamentação e motivação, entendo que não deve prosperar a alegação da Recorrente. Isso porque, o lançamento foi fundamentado e delimitado a sua base de incidência tributária pelo conjunto das razões de fato e de direito que carream à conclusão contida na acusação fiscal. Se existem inconsistências relevantes, elas serão posteriormente analisadas no julgamento do mérito da demanda.

Assim, afasto as preliminares suscitadas.

Mérito

Inicialmente, considero importante ressaltar que a matéria objeto do Recurso Voluntário já é bastante conhecida por este Tribunal Administrativo e foi objeto de inúmeros debates no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

O Relatório Fiscal de lançamento traz em seu bojo uma distinção entre a opção de compra de ação como um negócio mercantil, através do qual se permite a compra de ação por um preço prefixado em data futura, diante do pagamento do prêmio e realizado entre partes iguais (comprador e vendedor); e a compra de ações obtidas mediante uma relação de trabalho e concedidas por uma companhia a seus trabalhadores, designadas no Relatório como *Stock Options*, que somente poderá ser exercida após um prazo de carência, asseverando ainda que a empresa não tem perda, pois ganha o serviço prestado.

A acusação fiscal traz as regras do art. 168 da Lei nº 6.404/76 e discorre sobre o Pronunciamento Técnico CPC 10, que trata do pagamento baseado em ações, destacando o Apêndice A do referido Pronunciamento, no qual estão inseridos vários conceitos relativos às opções de compras, e relatando da obrigatoriedade do Pronunciamento Técnico que caracteriza as opções como uma parcela da remuneração.

Descreve ainda o Relatório de lançamento sobre o plano de opções de compra de ações aprovado pela Assembléia Geral Extraordinária da BM&F, realizada em 20 de setembro de 2007 (Plano BM&F) e sobre o plano BM&F Bovespa, aprovado pela Assembléia Geral Extraordinária de 08 de maio de 2008, ressaltando que os documentos analisados corroboram o caráter remuneratório e não mercantil dos planos, pois: os efeitos gerados pelos planos são considerados despesas de pessoal; a outorga é uma forma de remuneração a longo prazo e trata de mecanismo de atração e retenção de funcionários considerados talentos estratégicos; o valor justo é reconhecido como despesa; não há pagamento de prêmio; a concessão do benefício é condicionada ao cumprimento de metas.

Conclui, a fiscalização, que a outorga de opções de compra de ações deve integrar o salário de contribuição por ser algo concedido aos empregados e aos administradores primeiramente pelo fato de trabalharem para o contribuinte, e em função dos serviços que prestaram, como contraprestação e sem custo, excluindo qualquer natureza mercantil dessa operação visto que possui características peculiares e vantagens oferecidas aos empregados e administradores, situações essas não disponibilizadas ao investidor comum. Assim, os planos de *SO* são na verdade remuneração utilidade e se caracterizam como de natureza remuneratória, subsumindo-se às regras do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

Pois bem. Cabe, inicialmente, trazer algumas colocações acerca da matéria em discussão.

Os planos de opções de compra de ações de uma determinada empresa permitem aos empregados, administradores ou prestadores de serviços a possibilidade de aquisição de ações da empresa a qual estão vinculados, ou de empresas do mesmo grupo. Nesses planos são ofertadas, a determinados profissionais, a opção de compra de ações por um preço pré-determinado, cujo exercício poderá ser realizado a partir de uma data futura previamente determinada.

A concessão do plano tem como objetivo fomentar a visão empreendedora dos administradores, empregados e prestadores de serviços em concernência aos objetivos do empregador. Ao aderir ao programa o profissional sente-se estimulado a permanecer na empresa e trabalhar para a evolução dos resultados dos negócios, a fim de obter ganhos futuros com as vendas de ações, sem, contudo, evitar as perdas em virtude dos riscos inerentes ao negócio.

Dessa forma, o objetivo dos planos de *SOs* é possibilitar a participação dos profissionais no crescimento da empresa, alinhando os interesses da companhia aos dos beneficiários dos planos, na medida em que o sucesso do empreendimento tem reflexo na valorização de suas ações no mercado.

Assim, conceitualmente, referidos planos de outorga de ações tem natureza de operação mercantil, conforme se constata em diversas doutrinas e jurisprudência. O próprio Auditor Fiscal disserta nesse sentido no lançamento (itens 5.5, 5.6, 5.7, 5.8 e demais - fls. 631 e seguintes).

No ordenamento jurídico brasileiro a normatização da outorga encontra-se positivada no § 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404/76:

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

Parágrafo 3º. O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite do capital autorizado, e de acordo com o plano aprovado pela assembléia geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou à sociedade sob seu controle. (Grifamos).

Conforme se destaca, a norma acima mencionada prevê a outorga da opção de compra de ações para administradores, empregados e prestadores de serviços da companhia. Ou seja, a própria lei restringe a *SO* a determinada categoria de pessoas relacionadas à companhia.

Ressalte-se que o Auditor Fiscal traz uma diferenciação no item 5.15 do Relatório, entre as opções de compra de ações por meio de operações realizadas entre partes iguais (comprador e vendedor), que entende ser decorrente de uma relação mercantil, e as opções de compra de ações decorrentes de uma relação de trabalho, que denomina de *Stock Options*, para ao final concluir que é a *SO* uma forma de remuneração pelos serviços prestados à empresa, sendo parte do pacote de remuneração, pois constitui uma vantagem econômica que se perfaz na data de seu exercício, quando ocorre o benefício concreto obtido pelo trabalhador.

Ocorre que, o fato de serem oferecidas opções de compra de ações aos empregados, não tem como consequência inflexível a sua caracterização como remuneração, tanto porque, a própria Lei nº 6.404/76 permite essa outorga, até como uma oportunidade de investimento e também parceria nos riscos, como também pela razão de se revestirem em ajuste de vontades celebrado através de negócio jurídico que gera obrigações e direitos, tendo o adquirente como objetivo obter um benefício econômico, com todos os riscos advindos da volatilidade do mercado.

Partindo do pressuposto de que os planos de opções de compra de ações (*Stock Options*) possuem natureza mercantil, caberia à autoridade fiscal demonstrar que houve desvirtuamento dos referidos planos, caracterizando-os como remuneração para fins de incidência da contribuição previdenciária.

Com efeito, é da natureza dos planos estimular os participantes a serem acionistas da companhia, com todos os direitos e deveres a ele inerentes, harmonizando as relações entre colaboradores e empresa, estimulando a produção, e reforçando o compromisso

entre as partes envolvidas. Assim, a relevância que se deu no lançamento fiscal ao fato de serem oferecidos planos aos empregados da empresa, não traz a imediata conclusão de que se trata de natureza remuneratória.

Conforme mencionado anteriormente, este Tribunal administrativo já analisou diversos casos de *Stock Options* com conclusões diversas, mas sempre a partir da análise e condições dos Planos, para que se verificasse alguma desvirtuação na sua concepção original. Não verifico no lançamento a análise de forma minuciosa da descaracterização do caráter mercantil dos planos. Discordo, portanto, da conclusão a que se chegou a fiscalização, diante dos fundamentos em que foram consubstanciados a acusação fiscal.

Ocorre que no presente caso, além da questão da natureza mercantil ou remuneratória dos planos, imprescindível se faz também a análise de outros aspectos fundamentais para o deslinde da controvérsia, colocados pelo contribuinte tanto na impugnação, quanto no Recurso Voluntário, e que estão relacionados à própria materialidade do lançamento em seus aspectos intrínsecos, pois, diante dos argumentos recursais, existindo ou não o caráter salarial dos planos, os critérios adotados pelo fiscal para a realização do lançamento não poderiam subsistir.

Afirma o contribuinte que foi lavrado auto de infração, que deu origem ao Processo Administrativo nº 16327.721267/2012-33, através do qual se exige a contribuição previdenciária sobre os mesmos fatos, porém com adoção de critério jurídico diverso. Aduz que é defeso à autoridade administrativa alterar os critérios jurídicos consubstanciados nos lançamentos de ofício, para um mesmo sujeito passivo e com relação a fatos geradores já ocorridos. Disserta ainda sobre a incongruência da base de cálculo no presente lançamento.

Como visto nos presentes autos, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração com base em opções de compras de ações relativas aos Planos de 2007 e 2008, considerando como aspecto temporal do fato gerador o momento do exercício do direito oriundo da opção de compra de ações, e como base de cálculo o produto da quantidade de ações exercidas com o valor justo estimado pela aplicação de modelo de precificação de opções conforme orientações do Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1).

Notoriamente, verifico que foi lavrado auto de infração anterior, relativo ao Processo nº 16327.721267/2012-33, em que também foi exigida a contribuição previdenciária em razão dos mesmos planos de opções de compra de ações, no entanto, tomando-se em consideração como data da ocorrência do fato gerador, o término do prazo de carência, independentemente do fato de os participantes terem exercido ou não as opções de compra de ações. A autuação se deu com relação a fatos geradores ocorridos nos anos de 2007 e 2008.

Referido processo foi submetido a julgamento por este CARF, tendo a Primeira Turma da 4ª Câmara julgado procedente o recurso do contribuinte por considerar que o lançamento incorreu em erro essencial no tocante ao momento da ocorrência do fato gerador.

Assim, com relação aos mesmos planos foi procedido ao lançamento ora analisado, referente a fatos geradores ocorridos nos períodos de 2011 e 2012, sendo que foi considerado como momento da ocorrência do fato gerador um outro critério jurídico, qual seja, o exercício da opção. O mesmo fato jurídico está sendo avaliado de forma diferente, com outra valoração.

A partir de tal verificação, há necessidade da análise do aspecto temporal do fato gerador e do aspecto quantitativo de sua base de cálculo.

O Código Tributário Nacional determina que a mudança de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no lançamento, somente pode ocorrer, em relação a um mesmo sujeito passivo, com relação a fato gerador realizado posteriormente à sua introdução, vejamos a letra da lei:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Acerca da imodificabilidade dos critérios jurídicos adotados no lançamento, o professor Hugo de Brito Machado traz os seguintes ensinamentos:

A imodificabilidade do critério jurídico na atividade de lançamento tributário é um requisito para a preservação da segurança jurídica. Na verdade a atividade de apuração do valor do tributo devido é sempre uma atividade vinculada. A possibilidade de mudança de critério jurídico, seja pela mudança de interpretação, seja pela mudança do critério de escolha de uma das alternativas legalmente permitidas, transformaria a atividade de lançamento em atividade discricionária, o que não se pode admitir em face da própria natureza do tributo, que há de ser cobrado, por definição mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (Comentários ao Código Tributário Nacional, Volume III, São Paulo, Editora Atlas, 2005, página 125/126)

Diante da regra posta do art. 146 do CTN que tem como objetivo reforçar o princípio da segurança jurídica aos lançamentos é necessário a verificação da existência de conflito positivo com relação ao lançamento, haja vista a existência de dois lançamentos decorrentes dos mesmos planos em que o fiscal configurou a sua natureza remuneratória e procedeu a exigência das contribuições previdenciárias.

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio permite que, em períodos de apuração diferentes, ocorram mudanças nos fundamentos da autuação, até porque no Direito podem ocorrer mudanças interpretativas em virtude da sua construção dialética.

O próprio artigo 144 do CTN em seu § 1º determina que a autoridade fiscal atue de forma compatível com o ordenamento jurídico, tendo, dessa maneira, o dever de proceder ao lançamento da forma estabelecida pelo art. 142 do CTN.

Ocorre que no caso em debate, temos uma situação peculiar em que, decorrente dos mesmos fatos e em face do mesmo sujeito passivo, ocorreram lançamentos do mesmo tributo, sob fundamentos distintos. Se as autuações se referem ao mesmo período, a mudança de critério jurídico que atinja fatos já tributados não pode prevalecer.

Em um primeiro lançamento o fiscal entendeu que os *SOs* eram na realidade remuneração e exigiu a contribuição previdenciária em razão dos planos de opções de compra de ações, considerando como data da ocorrência do fato gerador o término do prazo de carência, independentemente do fato de os participantes terem exercido ou não as opções de compra de ações.

Em um segundo momento, o fiscal, da mesma forma, entendeu ter os *SOs* natureza remuneratória e considerou como aspecto temporal do fato gerador o momento do exercício do direito oriundo da opção de compra de ações.

Conforme análise dos documentos adunados aos autos, com a mudança do critério jurídico adotado, existe a possibilidade de sobreposição de fatos geradores, ou seja, é provável que se esteja tributando o mesmo período relativo aos mesmos fatos jurídicos (item 4.3 do programa constante à fl. 329; item 5.1.1 do programa fl. 1601).

Ora, considerando-se que após o vencimento do período de carência os participantes do plano teriam até 7(sete) anos de prazo para exercer a opção, e utilizando-se do novo critério de lançamento estabelecido nos presentes autos, qual seja, o momento do exercício, pode ter ocorrido nova autuação dos fatos decorrentes das opções outorgadas em 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012.

Com efeito, os empregados que cumpriram o *vesting* no período do lançamento anterior, tinham o prazo posterior ao período do segundo lançamento para exercer suas opções, fazendo com que o mesmo tributo pudesse incidir mais de uma vez sobre os mesmos fatos geradores com momentos de ocorrência distintos em função da mudança de critério jurídico: o primeiro, após cumprido o *vesting*; o segundo, pela opção ter sido exercida em 2011 ou 2012, o que extrapola os limites inseridos nas normas de incidência tributária.

Trata-se nitidamente de afronta à vedação de alteração de critério jurídico de forma retroativa no bojo de lançamento tributário contra o mesmo sujeito passivo, estampada no artigo 146 do próprio CTN.

Diante da possibilidade de sobreposição de exigência fiscal e tendo em vista a mudança de critério jurídico adotado no lançamento, a autoridade administrativa teria que esclarecer no ato administrativo a não ocorrência de tributação do mesmo fato gerador no mesmo período. Em não agindo dessa forma há clara violação ao art. 142 do CTN.

Se a autoridade fiscal não aprofundou o trabalho delimitando o que seria passível de mudança no âmbito do lançamento tributário, não cabe agora fazer uma tentativa de salvar o lançamento anterior através de nova valoração jurídica dos fatos já conhecidos, sem trazer motivo jurídico e fático para tal fim e sem tecer os detalhes imprescindíveis para a nova forma de avaliação dos fatos.

Não é demais lembrar que o art. 142 determina que “compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Nesse contexto da efetiva constituição do crédito tributário, também cabe a análise da base de cálculo adotada na acusação fiscal.

Nos itens 5.7 e seguintes do Relatório de lançamento, o fiscal determina a base de cálculo tributável e, para tanto, assevera que em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, deve ser mensurada de forma indireta, tomando como base o valor justo das opções outorgadas **na data da outorga**, baseando-se nos preços de mercado se disponíveis. Como na maioria dos casos não existe preço de mercado para as opções de compras de ações outorgadas a empregados, a entidade deve estimar o valor justo dessas opções utilizando técnica de avaliação pela aplicação de modelo de precificação de opções conforme orientações do Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1). Assim, apurou a base de cálculo multiplicando-se a quantidade de opções de compra de ações exercidas pelos beneficiários pelo seu valor justo.

Conforme se vê, o lançamento fiscal tomou como base de cálculo o valor da outorga, mas considera a ocorrência do fato gerador momento diverso. Ou seja, a base de cálculo eleita é relativa a fato impositivo diverso, não tendo qualquer relação com o fato gerador escolhido pela autoridade fiscal.

Em conformidade aos fundamentos estabelecidos no Relatório Fiscal para a efetiva ocorrência do fato gerador, o “ganho patrimonial” que representaria o critério quantitativo do lançamento seria a diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago. E nem poderia ser diferente, pois de acordo com o lançamento, a data do fato gerador foi aquela em que ocorreu o exercício das opções e, por conseguinte, o pagamento do valor para aquisição.

Naturalmente, como consequência lógica, a base de cálculo deveria ser a diferença entre valor de aquisição e valor de mercado das ações. Não há como correlacionar o fato jurídico (aspecto temporal) apontado no lançamento com a base de cálculo (aspecto quantitativo) auferida de forma dissonante do momento histórico eleito. Há nesse aspecto incerteza no lançamento.

Destaco ainda que nos autos do Processo Administrativo nº 16327.720152/2014-93 da mesma empresa, também referente a opções de compra de ações, foi declarada a improcedência do lançamento, em face de vício na indicação da base de cálculo eleita.

Dessa forma, entendo que a autoridade fiscal não fez a correta apuração do crédito tributário, nos termos do art. 142 do CTN, razão pela qual considero ser insubsistente o lançamento, devendo ser afastada a exigência nele contida.

Em face do entendimento supra, tenho por prejudicados os demais argumentos trazidos no Recurso Voluntário pelo contribuinte.

Conclusão

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, afastando a exigência contida no lançamento.

(Assinado digitalmente)

Andréa Viana Arrais Egypto.

Declaração de Voto

Conselheiro Cleberson Alex Friess

Cuida-se de explicitar as razões pelas quais uma parte do colegiado acompanhou a I. Relatora pelas conclusões. Em que pese os fundamentos deduzidos pela I. Relatora, o provimento do recurso voluntário justifica-se pela incorreção na base de cálculo do tributo utilizada pelo agente fazendário. E nada mais.

Em outros acórdãos, como relator e/ou redator do voto vencedor, já tive a oportunidade de afirmar que é possível atribuir ao Stock Options Plan (SOP) uma natureza de operação mercantil, desde que presentes, na situação concreta, as características que afastam a natureza remuneratória para as opções de compra de ações ofertadas aos segurados empregados e contribuintes individuais.

Entretanto, via de regra o que se observa é que as empresas estabelecidas no país utilizam os planos de outorga de opções de compra de ações como uma ferramenta de remuneração variável, cujos aspectos essenciais da modelagem escolhida pela companhia encontram subsunção na regra de incidência das contribuições previdenciárias e reflexas devidas a terceiros. A situação dos autos não destoia dessa realidade, porque os planos não apontam para um caráter mercantil.

O ativo concedido pela pessoa jurídica refere-se às opções de compra das ações, e não às ações subjacentes a essas opções. As opções de compra de ações correspondem a um direito concedido pela companhia, que poderá ser exercido em certo lapso temporal, e permite a aquisição de um determinado número de ações da empresa a um preço individual fixado previamente, atualizado monetariamente, denominado de preço de subscrição ou compra das ações.

A condição para o exercício das opções de compra das ações está atrelada ao cumprimento pelo beneficiário de um período de carência ou "vesting", em inglês, chamado também de "período de maturação", pelo qual o trabalhador deve permanecer prestando serviços à empresa.

Constata-se, nessas hipóteses, a natureza contraprestacional da vantagem oferecida em forma de opções de compra de ações, evidenciada pelo período de "vesting", em que o trabalhador contratado deve persistir vinculado à companhia, oferecendo a sua força de trabalho.

Além do mais, configura uma política de remuneração não concedida a todos os colaboradores, pois a eleição dos beneficiários e a forma da distribuição no número de ações entre os participantes consideram uma análise prévia e criteriosa da performance e relevância do profissional, avaliados segundo os parâmetros definidos pela própria empresa.

As condições ofertadas pela empresa para aquisição pelos beneficiários do direito de comprar as suas ações no futuro são diferenciadas daquelas oferecidas a interessados externos, o que implica, desde logo, afastar a ideia da natureza mercantil das operações no âmbito da companhia.

Os programas estabelecidos pela empresa não se submetem às regras comuns de mercado, não havendo extensão a todos colaboradores e tampouco ao público em geral. O direito de opção de compra de ações é conferido em caráter personalíssimo, de maneira que o beneficiário não pode ceder ou transferi-lo a qualquer título a terceiros, salvo alguma hipótese peculiar.

Há uma relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço pelo empregado ou administrador. Por um lado, a empresa proporciona uma vantagem ao trabalhador; de outro, o colaborador deve continuar vinculado à contratante, prestando serviços pelo lapso de tempo mínimo estabelecido até adquirir o direito ao exercício das opções de compra das ações (opções maduras).

Por óbvio, não faço alusão à relação jurídica de natureza mercantil que se estabelece posteriormente entre as partes, no momento do exercício das opções de compra, aliás uma operação facultativa, de livre escolha do trabalhador. Como visto, a natureza retributiva das opções de compra de ações, que caracteriza a natureza remuneratória, não diz respeito ao negócio jurídico da aquisição das ações subjacentes aos planos.

No que tange às opções de compra das ações, não há que se falar em onerosidade, pois o beneficiário não é obrigado a pagar para adquirir o direito de opção, que lhe é concedido de forma gratuita, como retribuição pelo trabalho prestado à empresa ao longo do prazo ajustado.

No tocante à ação fiscal anterior, consubstanciada no Processo nº 16327.721267/2012-33, a fiscalização, diferentemente do atual lançamento tributário, tomou como data da ocorrência do fato gerador o término do prazo de carência, independentemente do exercício pelos participantes das opções de compra de ações. Contudo, a alteração do critério jurídico não tem o condão de invalidar, necessariamente, o presente auto de infração, se não demonstrada a exigência sobre o mesmo fato impositivo com respeito ao mesmo trabalhador.

Com efeito, a I. Relatora cogita da possibilidade de incidência da tributação duas vezes sobre os mesmos fatos geradores, ante a alteração do critério jurídico utilizado pela fiscalização tributária. No procedimento fiscal anterior, o agente fazendário considerou ocorrido o fato gerador após cumprido o "vesting", cujo auto de infração acabou invalidado; neste lançamento tributário, a fiscalização adotou outro momento para o fato gerador, quando da opção pela compra das ações nos anos de 2011 ou 2012.

Com a devida vênia, a existência de irregularidade no lançamento é uma mera suposição, desprovida da efetiva demonstração nos autos. De acordo com a tradicional distribuição do ônus probatório, cabe a quem alega, no caso a empresa recorrente, provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito ao lançamento pela administração tributária.

Por fim, chega-se ao último aspecto do voto da I. Relatora, que é a irregularidade na base de cálculo adotada pela autoridade fiscal. De fato, aqui não há como prosperar o presente lançamento tributário.

De maneira equivocada, o lançamento fiscal considerou como base de cálculo o valor justo na data da outorga às opções de compra das ações, em vez da diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas, no momento do exercício da opção, e o valor efetivamente pago.

Quanto ao fato gerador, aperfeiçoa-se no momento no qual há o exercício das opções de compra das ações, pois configurada a remuneração sob a forma de utilidade, a partir do qual o beneficiário pode fruir as vantagens advindas da aquisição do ativo financeiro. Até então, não se identifica o ganho econômico ao beneficiário das opções, dadas as restrições contratuais.

Em consequência, a base de cálculo deve se aproximar da importância que o beneficiário deixou de desembolsar caso tivesse adquirido o mesmo ativo, na mesma quantidade, no mercado de valores mobiliários, nas condições de um terceiro sem vínculo com a empresa.

Por tal motivo, a autoridade fiscal não fez a correta apuração da base de cálculo, nos termos do art. 142 do CTN, razão pela qual é insubsistente o lançamento tributário.

(assinado digitalmente)

Cleber Alex Friess