



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

Processo nº	16327.720433/2015-27
Recurso nº	De Ofício e Voluntário
Acórdão nº	2402-005.823 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	10 de maio de 2017
Matéria	IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF) - STOCK OPTIONS
Recorrentes	BM&F BOVESPA S.A. - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2011, 2012

RECURSO DE OFÍCIO. *STOCK OPTIONS*. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. DIFERENÇA POSITIVA ENTRE O VALOR DE VENDA A VISTA DA AÇÃO E O PREÇO DE EXERCÍCIO DA OPÇÃO. RECURSO DE OFÍCIO NEGADO.

Tendo em vista que, diferentemente do que entendeu a autoridade autuante, no caso de pagamento de remuneração sob a forma de *stock options*, a base de cálculo do imposto é a diferença positiva entre o valor de venda à vista da ação na data do exercício da operação e o preço de exercício da opção multiplicado pelo número de opções exercidas, deve-se negar provimento ao recurso de ofício.

MULTA ISOLADA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento da multa isolada por falta de retenção de tributos e contribuições extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do ano seguinte ao de ocorrência do fato gerador da retenção.

Assim, como os fatos geradores objeto do lançamento ocorreram no período de 01/2011 a 12/2012, e o contribuinte foi regularmente notificado do lançamento em 05/05/2015, não há que se falar em decadência, independentemente de a contagem do prazo para tal seja efetuada com base art. 173, I ou 150, § 4º do CTN.

***STOCK OPTIONS*. INEXISTÊNCIA DE RISCOS. DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL. NATUREZA SALARIAL.**

O desvirtuamento dos planos *stock options*, com o afastamento dos riscos inerentes às operações do mercado de renda variável retira desses planos a

natureza mercantil convertendo-os em remuneração indireta, cujo intuito é atrair novos talentos e retribuir o trabalho de colaboradores estratégicos, na medida de seu desempenho.

BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPÇÃO NO MOMENTO DA OUTORGA. EQUÍVOCO. CANCELAMENTO DA EXIGÊNCIA.

O entendimento do Fisco no sentido de mensurar a base de cálculo do tributo levando em conta o valor justo da opção no momento da outorga, em incompatibilidade com o momento por ela eleito para aferição do fato gerador, o de exercício das opções, traduz-se em equívoco da autoridade lançadora cuja correção extrapola os limites do julgamento administrativo, devendo ser cancelado o respectivo lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos e negar provimento ao recurso de ofício; e, por maioria, dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho (Relator) e Túlio Teotônio de Melo Pereira.

(assinado digitalmente)

Kleber Ferreira De Araújo - Presidente

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Relator

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Kleber Ferreira de Araújo, Ronnie Soares Anderson, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Túlio Teotônio de Melo Pereira, Theodoro Vicente Agostinho, Mário Pereira de Pinho Filho, Bianca Felícia Rothschild e João Victor Ribeiro Aldinucci.

Relatório

Tratam-se de recursos de ofício e voluntário interpostos contra acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – DRJ/SPO (fls. 1063/1117), que julgou parcialmente procedente impugnação apresentada em face de Auto de Infração de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF (fls. 620/635), relativo a fatos geradores ocorridos em 2011 e 2012, o qual resultou em multa regulamentar no montante de R\$ 27.789.559,40, por falta de retenção e recolhimento do imposto, incidente sobre remuneração indireta paga a administradores e empregados no período fiscalizado.

Por bem retratar as razões trazidas pela Fiscalização e alegações consignadas pela contribuinte na peça impugnatória (fls. 694/827), reproduzem-se os trechos correspondente do Acórdão nº 16-71.450, da 5^a Turma da DRJ/SPO:

DA AUTUAÇÃO

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 636 a 686, a Auditora-Fiscal autuante relata em síntese que:

A presente fiscalização concerne, exclusivamente, à verificação da retenção do imposto de renda sobre as remunerações pagas por meio de opções de compra de ações, no período de 01/2011 a 12/2012.

Uma opção de compra de ação para trabalhador (stock option) é um instrumento concedido mediante um plano/contrato por uma companhia a seu trabalhador na chamada data de outorga, durante a relação de trabalho, que confere a este o direito (não a obrigação) de comprar ação da própria companhia para a qual presta serviço, por um preço preestabelecido (chamado de preço de exercício da opção), a partir de uma data também preestabelecida (que se denomina data de exercício da opção e é uma data futura).

Em geral, os planos de stock options beneficiam os membros dos escalões superiores de gestão, estabelecem que as stock options não são transacionáveis nem podem ser objeto de cessão por qualquer outra forma, fixam preço de exercício muito abaixo do preço de mercado da ação e, na maioria dos casos, o trabalhador nada paga pela opção.

A não cobrança de um preço pela stock option faz parecer num primeiro momento que se trata de concessão "gratuita" do bem, porém a empresa não tem perda e a concessão das stock options não se dá de forma gratuita: a empresa ganha o serviço prestado pelo trabalhador como pagamento do prêmio, sendo assim, a concessão não é gratuita e dá-se como forma de pagamento pelo serviço prestado. O trabalhador presta serviço e é remunerado com bens (as stock options).

Há previsão das stock options na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), que dispõe em seu art. 168, §3º:

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

administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.

Em 03 de dezembro de 2010, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) aprovou o Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1), que trata do Pagamento Baseado em Ações. Reproduzimos a seguir, com grifos nossos, trechos de seu conteúdo:

Objetivo 1. O objetivo do presente Pronunciamento é estabelecer procedimentos para reconhecimento e divulgação, nas demonstrações contábeis, das transações com pagamento baseado em ações realizadas pela entidade. Especificamente, exige-se que os efeitos das transações com pagamento baseado em ações estejam refletidos no resultado e no balanço patrimonial da entidade, incluindo despesas associadas com transações por meio das quais opções de ações são outorgadas a empregados.

Alcance

2. A entidade deve aplicar este Pronunciamento para contabilizar todas as transações com pagamento baseado em ações, incluindo:

(a) transações com pagamento baseado em ações liquidadas pela entrega de instrumentos patrimoniais;

(b) transações com pagamento baseado em ações liquidadas em caixa;...

(...)

Transação com pagamento baseado em ações liquidada com instrumentos patrimoniais

Visão geral

10. Para transações com pagamento baseado em ações liquidadas pela entrega de instrumentos patrimoniais, a entidade deve mensurar os produtos ou serviços recebidos, e o aumento correspondente no patrimônio líquido, de forma direta, pelo valor justo dos produtos ou serviços recebidos, a menos que o valor justo não possa ser estimado com confiabilidade. Se a entidade não consegue mensurar com confiabilidade o valor justo dos produtos e serviços recebidos, ela deve mensurar os seus respectivos valores justos, e o correspondente aumento no patrimônio líquido, de forma indireta, tomando como base o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados.

11. Para fins de aplicação do item 10 às transações com empregados e outros prestadores de serviços similares, a entidade deve mensurar o valor justo dos serviços recebidos tomando como base o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados, uma vez que normalmente não é possível estimar com confiabilidade o valor justo dos serviços recebidos, conforme explicado no Ítem 12. O valor justo desses instrumentos patrimoniais deve ser mensurado na data de outorga.

12. Via de regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são outorgados aos empregados como parte do pacote de remuneração destes, adicionalmente aos salários e outros benefícios. Normalmente, não é possível mensurar, de forma direta, os

serviços recebidos por componentes específicos do pacote de remuneração dos empregados. Pode não ser possível também mensurar o valor justo do pacote de remuneração como um todo de modo independente, sem se mensurar diretamente o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados.

Ademais, ações e opções de ações são, por vezes, outorgadas como parte de acordo de pagamento de bônus, em vez de serem outorgadas como parte da remuneração básica dos empregados. Objetivamente, trata-se de incentivo para que os empregados permaneçam nos quadros da entidade ou de prémio por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade.

Ao beneficiar os empregados com a outorga de ações ou opções de ações, adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios marginais. Em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar como base o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados.

(...)

Transação por meio da qual serviços são recebidos

14. Se o direito aos instrumentos patrimoniais outorgados for, de imediato, adquirido (*vest immediately*), então a contraparte não é exigida a completar um período de tempo específico de prestação de serviços antes de se tornar titular incondicional desses instrumentos patrimoniais. Na ausência de evidência em contrário, a entidade deve presumir que os serviços prestados pela contraparte são a contrapartida pelos instrumentos patrimoniais outorgados. Nesse caso, na data da outorga, a entidade deve reconhecer a totalidade dos serviços recebidos, com o correspondente aumento do patrimônio líquido.

15. Se o direito aos instrumentos patrimoniais outorgadas não for adquirido (*do not vest*) até que a contraparte complete um período de tempo específico de prestação de serviços, a entidade deve presumir que os serviços a serem prestados pela contraparte em contrapartida aos instrumentos patrimoniais outorgados, serão recebidos no futuro, ao longo do período de aquisição de direito (*vesting period*). A entidade deve contabilizar os serviços prestados pela contraparte à medida que são prestados, ao longo do período de aquisição de direito (*vesting period*), com o correspondente aumento do patrimônio líquido. Por exemplo:

(a) se a um empregado forem outorgadas opções de ações condicionadas ao cumprimento de três anos de serviços, então a entidade deve presumir que os serviços a serem prestados pelo empregado, em contrapartida às opções de ações, serão recebidos no futuro ao longo dos três anos estabelecidos como período de aquisição de direito (*vesting period*);

(b) se a um empregado forem outorgadas opções de ações condicionadas ao alcance de metas de desempenho (*performance condition*) e à sua permanência nos quadros funcionais da entidade até que as metas de desempenho sejam alcançadas (*performance condition is satisfied*), e a duração do período de aquisição de direito (*vesting period*) variar dependendo de quando as metas de desempenho (*performance condition*) forem alcançadas, a entidade deve

presumir que os serviços a serem prestados pelo empregado, em contrapartida às opções de ações outorgadas, serão recebidos no futuro, ao longo do período esperado de aquisição de direito (vesting period). A entidade deve, na data da outorga, estimar a duração do período de aquisição de direito (vesting period), com base no resultado mais provável da condição de desempenho...

(...)

Transação mensurada com base no valor justo do instrumento patrimonial outorgado

Determinação do valor justo do instrumento patrimonial outorgado

16. Para transações mensuradas com base no valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados, a entidade deve mensurar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados na data da mensuração, baseando-se nos preços de mercado se disponíveis, levando em consideração os termos e condições sob os quais os instrumentos patrimoniais foram outorgados...

17. Se os preços de mercado não estiverem disponíveis, a entidade deve estimar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados utilizando técnica de avaliação para estimar a que preço os respectivos instrumentos patrimoniais poderiam ser negociados, na data da mensuração, em uma transação sem favorecimentos, entre partes conhecedoras do assunto e dispostas a negociar. A técnica de avaliação deve ser consistente com as metodologias de avaliação generalizadamente aceitas para especificar instrumentos financeiros, e deve incorporar todos os fatores e premissas que participantes do mercado, conhecedores do assunto e dispostos a negociar, levariam em consideração no estabelecimento da preço...

18. O Apêndice B contém orientações adicionais para a mensuração do valor justo de ações e de opções de ações com foco nos termos e condições específicos que são características comuns da outorga de ações ou de opções a empregados.

19. A outorga de instrumentos patrimoniais pode ser condicional, sujeitando-se ao cumprimento de condições de aquisição de direito especificadas (vesting conditions). Por exemplo, a outorga de ações ou opções de ações ao empregado está normalmente condicionada à permanência do empregado na entidade por determinado período de tempo. Além disso, podem existir condições de desempenho a serem atendidas, tais como o alcance de determinado crescimento nos lucros ou de determinado aumento no preço das ações da entidade. As condições de aquisição, desde que não sejam condições de mercado, não devem ser levadas em conta quando da estimativa do valor justo das ações ou das opções de ações na data da mensuração. Por outro lado, as condições de aquisição de direito devem ser consideradas no ajuste do número de instrumentos patrimoniais incluídos na mensuração do valor da transação, de tal forma que o montante reconhecido dos produtos ou serviços, recebidos em contrapartida aos instrumentos patrimoniais outorgados,

seja estimado com base na quantidade de instrumentos patrimoniais para os quais o direito seja eventualmente adquirido (*eventually vest*)...

20. Para fins de aplicação do disposto no item 19, a entidade deve reconhecer o montante relativo aos produtos ou serviços recebidos durante o período de aquisição de direito (*vesting period*), baseando-se na melhor estimativa disponível sobre a quantidade de instrumentos patrimoniais dos quais se espera a aquisição de direito (*expected to vest*). devendo revisar tal estimativa sempre que informações subsequentes indicarem que o número esperado de instrumentos patrimoniais que irão proporcionar a aquisição de direito será diferente da estimativa anterior.-

21. As condições de mercado, como por exemplo, o preço alvo a partir do qual o direito de aquisição (ou o direito de exercício) das ações está condicionado, devem ser consideradas quando da estimativa do valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados. Portanto, para a outorga de instrumentos patrimoniais com condições de mercado, a entidade deve reconhecer os produtos ou serviços recebidos da contraparte que satisfaça todas as demais condições de aquisição de direito (por exemplo, serviços recebidos de empregado que prestou serviços ao longo do período especificado), independentemente de as condições de mercado terem sido satisfeitas.

(...)

APÊNDICE B

Guia de aplicação

(...)

Opções de ações

B4. Para as opções de ações outorgadas a empregados, em muitos casos não existe preço de mercado disponível, em decorrência de as opções outorgadas estarem sujeitas a termos e condições que não são aplicáveis às opções negociadas no mercado. Se opções negociadas com termos e condições similares não existem, o valor justo das opções outorgadas deve ser estimado pela aplicação de modelo de precificação de opções.

B5. A entidade deve considerar fatores que participantes do mercado, conhecedores do assunto e predispostos a negociar, considerariam na seleção do modelo a ser aplicado na precificação de opções. Por exemplo, muitas opções outorgadas a empregados têm vida longa e são usualmente exercíveis durante o período entre a data da aquisição de direito e o término da vida da opção, e são frequentemente exercidas antecipadamente. Esses fatores devem ser considerados quando da estimativa do valor justo das opções na data da outorga. Para muitas entidades, isso pode inviabilizar o uso da fórmula Black-Scholes-Merton, a qual não permite admitir o exercício da opção antes do fim da vida da opção e pode não refletir adequadamente os efeitos do exercício antecipado esperado. Essa fórmula também não permite admitir que a volatilidade esperada ou outros dados de entrada do modelo possam variar ao longo da vida da opção. Contudo, para as opções de ações com vida contratual relativamente curta, ou que tenham de ser exercidas dentro de um período curto de tempo após a data da aquisição do direito, os fatores acima identificados podem

não ser aplicáveis. Nesses casos, a fórmula Black-Scholes-Merton pode produzir um valor que seja substancialmente o mesmo produzido por modelo mais flexível de precificação de opções.

B6. Todos os modelos de precificação de opções levam em consideração, no mínimo, os seguintes fatores:

- (a) o preço de exercício da opção;*
- (b) a vida da opção;*
- (c) o preço corrente das ações subjacentes;*
- (d) a volatilidade esperada do preço da ação;*
- (e) os dividendos esperados sobre as ações (se apropriado); e*
- (f) a taxa de juros livre de risco para a vida da opção.*

B7. Outros fatores que participantes do mercado, conhecedores do assunto e predispostos a negociar, considerariam na determinação do preço também devem ser levados em conta...

B8. Por exemplo, uma opção de ação outorgada a empregado normalmente não pode ser exercida durante períodos especificados (por exemplo, durante o período de aquisição de direito ou durante períodos especificados pelos reguladores do mercado de valores mobiliários). Esse fator deve ser levado em conta se o modelo de precificação de opções aplicado assumir, de outro modo, que a opção possa ser exercida em qualquer momento ao longo de sua vida. Contudo, se a entidade utilizar modelo de precificação de opções que avalie opções que possam ser exercidas tão-somente ao término de sua vida, nenhum ajuste será requerido pela impossibilidade de exercê-las durante o período de aquisição de direito (ou outros períodos durante a vida da opção), em decorrência de o modelo assumir que as opções não podem ser exercidas durante tais períodos.

B9. Similarmente, outro fator comum em opções de ações outorgadas a empregados é a possibilidade de exercício antecipado da opção, por exemplo, porque a opção não é livremente transferível, ou porque o empregado tem de exercer todas as opções cujos direitos foram adquiridos (vested options) até o encerramento de seu contrato de trabalho...

B10. Fatores que participantes do mercado, conhecedores do assunto e predispostos a negociar, não considerariam na determinação do preço de uma opção de ação (ou outro instrumento patrimonial) não devem ser levados em conta quando da estimativa do valor justo das opções de ações outorgadas (ou outro instrumento patrimonial). Por exemplo, para opções de ações outorgadas a empregados, fatores que afetam o valor das opções apenas a partir da perspectiva individual dos empregados não são relevantes na estimativa do preço que seria calculado por participante do mercado, conhecedor do assunto e predisposto a negociar.

O Apêndice A do Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1) traz os termos nele utilizados, dos quais destacamos:

- a) Empregados e outros provedores de serviços similares são indivíduos que prestam serviços personalizados à*

entidade e também (a) são considerados como empregados para fins legais ou tributários, ou (b) trabalham para a entidade sob sua direção, da mesma forma que os indivíduos que são considerados como empregados para fins legais ou tributários, ou (c) cujos serviços prestados são similares àqueles prestados pelos empregados. Por exemplo, o termo abrange todo o pessoal da administração, isto é, aquelas pessoas que têm autoridade e responsabilidade para planejamento, direção e controle das atividades da entidade, incluindo diretores não executivos.

b) **Instrumento patrimonial outorgado** é o direito (condicional ou incondicional) a um instrumento patrimonial da entidade, conferido pela entidade a outra parte mediante acordo com pagamento baseado em ações.

c) **Transação com pagamento baseado em ações liquidada com instrumentos patrimoniais** é a transação com pagamento baseado em ações segundo a qual a entidade recebe produtos ou serviços em contrapartida a seus próprios instrumentos patrimoniais (incluindo ações e opções de ações).

d) **Valor justo** é o valor pelo qual um ativo poderia ser trocado, um passivo liquidado, ou um instrumento patrimonial outorgado poderia ser trocado, entre partes conhecedoras do assunto e interessadas, em uma transação sem favorecimentos.

e) **Data da outorga** é a data na qual a entidade e a contraparte (incluindo empregado) firmam um acordo com pagamento baseado em ações, ou seja, quando a entidade e a contraparte têm um entendimento compartilhado dos termos e condições do acordo. Na data da outorga, a entidade confere à contraparte o direito de receber caixa, outros ativos ou instrumentos patrimoniais da entidade, desde que condições de aquisição de direito especificadas, caso existentes, sejam cumpridas. Se o acordo estiver sujeito a um processo de aprovação (por exemplo, pelos acionistas), a data da outorga será a data em que a aprovação for obtida.

f) **Data da mensuração** é a data na qual o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados é mensurado para os propósitos do Pronunciamento. Para transações com empregados e outros provedores de serviços similares, a data da mensuração é a data da outorga.

g) **Acordo com pagamento baseado em ações** é o acordo entre a entidade e a contraparte (incluindo empregado), que confere à contraparte o direito de receber:

(i) caixa ou outros ativos da entidade em montantes baseados no preço (ou no valor) dos instrumentos patrimoniais (incluindo ações e opções de ações) da entidade; ou

(ii) instrumentos patrimoniais (incluindo ações ou opções de ações) da entidade, desde que sejam atendidas condições de aquisição de direito especificadas.

h) **Opcão de ações** é um contrato que confere ao seu detentor o direito, porém não a obrigação, de subscrever as ações da entidade a um preço fixo ou determinável, por um período de tempo especificado.

i) **Aquisição de direito** é passar a ter o direito. Conforme acordo com pagamento baseado em ações, o direito de a contraparte receber caixa, outros ativos ou instrumentos

patrimoniais da entidade é adquirido quando o direito da contraparte não estiver mais condicionado ao cumprimento de quaisquer condições de aquisição de direito.

*j) **Condições de aquisição de direito** são as condições que determinam se a entidade recebe os serviços que habilitam a contraparte a receber caixa, outros ativos ou instrumentos patrimoniais da entidade, por força de acordo com pagamento baseado em ações. As condições de aquisição de direito são condições de serviço ou são condições de desempenho. Condições de serviço exigem que a contraparte complete um período de tempo especificado na prestação dos serviços. Condições de desempenho exigem que a contraparte complete um período de tempo especificado na prestação dos serviços e alcance metas especificadas de desempenho (como, por exemplo, um aumento especificado nos lucros da entidade ao longo de um período de tempo especificado). Uma condição de desempenho pode incluir uma condição de mercado.*

*k) **Período de aquisição** é o período ao longo do qual todas as condições de aquisição de direito de um acordo com pagamento baseado em ações devem ser cumpridas.*

Lembramos que o Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1) é obrigatório para as companhias abertas, caso da empresa ora auditada, conforme determinação da Deliberação CVM nº 650, de 16 de dezembro de 2010, da Comissão de Valores Mobiliários, que aprovou tal Pronunciamento nos seguintes moldes:

O Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1) também foi aprovado pelo Conselho Federal de Contabilidade - CFC, em 09 de dezembro de 2010 – Resolução CFC nº 1.314/2010.

Em 2008, a empresa incorporou a Bolsa de Mercadorias & Futuros-BM&F S.A. (BM&F) - CNPJ: 08.936.812/0001-55, tendo recepcionado de forma integral o Plano de Opção de Compra de Ações aprovado pela Assembléia Geral Extraordinária da BM&F, realizada em 20 de setembro de 2007 (Plano BM&F).

Com base no Plano BM&FBovespa, foram instituídos os seguintes programas, os quais foram objeto da presente autuação:

- a) Programa de Opção de Compra de Ações 2008/2009 BM&FBOVESPA S.A.;*
- b) Programa de Opção de Compra de Ações 2009 BM&FBOVESPA S.A. e;*
- c) Programa de Opção de Compra de Ações 2010 BM&FBOVESPA S.A.*

Após analisar todos os documentos apresentados, com especial atenção aos Planos para Outorga de Opções de Ações e o Relatório da Administração - 2011, vale ressaltar os seguintes pontos que corroboram o caráter remuneratório, e não mercantil, das opções de compra de ações outorgadas pela empresa:

- a) Os efeitos gerados pelos planos de opções de compras de ações para os empregados (stock options) são considerados Despesas de Pessoal (Operacional);
- b) A outorga de opções de compra de ações é uma forma de remuneração a longo prazo, funcionando como um mecanismo de reconhecimento de desempenho dos beneficiários, bem como de atração e retenção de funcionários considerados talentos ou estratégicos;
- c) Em retribuição aos planos de remuneração com base em ações, o contribuinte recebe serviços dos beneficiários como contraprestação das opções de compra de ações outorgadas;
- d) O valor justo das opções outorgadas relativos a serviços a serem prestados é reconhecido como despesa durante o período no qual o direito é adquirido, que geralmente representa o período no qual o serviço é prestado;
- e) Não há pagamento de prêmio pelo beneficiário na aquisição das opções de compra de ações;
- f) As opções outorgadas são pessoais e intransferíveis, não podendo o beneficiário, em hipótese alguma, ceder, transferir ou de qualquer modo alienar a quaisquer terceiros as opções, nem os direitos e obrigações a ela inerentes;
- g) As opções de compra de ações outorgadas possuem prazos de carência mínimos definidos (média de 4 anos), escalonados anualmente;
- h) A concessão do benefício implícito no programa estará, sempre, condicionada ao cumprimento de metas de performance e de redução de custos, aplicáveis a todos os beneficiários, bem como à permanência destes no quadro funcional da empresa;
- i) Na administração dos Planos/ Programas, o Conselho de Administração da companhia tem o poder de estabelecer metas relacionadas ao desempenho dos administradores e empregados, de forma a estabelecer critérios objetivos para a eleição dos beneficiários, podendo tratá-los de maneira diferenciada, não estando obrigado, por qualquer regra de isonomia ou analogia, a estender a todos as condições que entenda aplicável apenas a algum ou alguns;
- j) Se o beneficiário desligar-se da companhia por vontade própria os direitos ainda não exercíveis na data do seu desligamento restarão automaticamente extintos, e os direitos já exercíveis na data do seu desligamento poderão ser exercidos em curtos períodos de prazo contados da data de desligamento, após o que tais direitos restarão automaticamente extintos; e
- k) Se o beneficiário for desligado da Companhia por vontade desta, mediante demissão ou rescisão do contrato de prestação de serviços por justa causa ou destituição de seu cargo por violar ou deveres e atribuições de administrador, todos os direitos já exercíveis ou ainda não exercíveis na data do seu desligamento restarão automaticamente extintos, de pleno direito.

Verifica-se, assim, que o próprio sujeito passivo, em diversos documentos societários e informativos, reconhece o caráter remuneratório que norteia a outorga de opções de compra de ações aos seus administradores e empregados. Adicionalmente, o Pronunciamento Técnico CPC 10 (RI), de observância obrigatória para o autuado, em diversos momentos caracteriza a

outorga de opções de compra de ações como sendo uma parcela da remuneração, um acordo para pagamento de bônus, sendo mensurada em função dos serviços prestados pelos beneficiários.

Além dos fatos mencionados, a outorga de opções de compra de ações integra a remuneração, por ser algo concedido aos empregados pelo fato de trabalharem para o contribuinte e também em função dos serviços que prestaram e como contraprestação a eles, e, ainda, sem custo. Exclui-se, portanto, qualquer natureza mercantil dessa operação, visto que possui características peculiares e também vantagens delas decorrentes oferecidas aos empregados, situações essas não disponibilizadas ao investidor comum.

Vale lembrar que, considera-se remuneração a parcela referente à contraprestação dos serviços prestados havida pelo trabalhador independentemente do título que se lhe atribua ou da forma como se revista no mundo jurídico, tanto em relação ao tomador do serviço (empresa), quanto ao trabalhador.

Sendo assim, e diante de tudo o que foi exposto, constata-se que a outorga de opções de compra de ações para empregados, tem caráter salarial, sendo uma espécie de remuneração a longo prazo, devendo, portanto, integrar os rendimentos do trabalhador (base de cálculo) para fins de incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF).

Cabe mencionar que a outorga de opções de compra de ações para trabalhadores trata-se de um contrato pendente de condição suspensiva, pois no momento da outorga apenas há uma expectativa de direito com relação ao exercício das opções, direito este que só se perfaz com o cumprimento das condições impostas pela empresa. Dentre tais condições, a mais comum é a exigência da manutenção da prestação dos serviços por um determinado lapso temporal. Assim, como regra geral, só poderão ser exercidas as opções cujos detentores, ao final do prazo de carência, ainda estejam prestando serviços à companhia. Exceções a essa regra geral são os casos nos quais há a possibilidade de exercício antecipado das opções, conforme já descrito anteriormente. Trata-se, portanto, de uma verdadeira remuneração diferida.

Como resultado do exercício das opções de compra, o trabalhador adquire ações da companhia, que são bens economicamente apreciáveis e que se integram ao seu patrimônio.

Desse modo, as outorgas de opções de compra de ações para trabalhadores (stock options) reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra. Ou seja, as obrigações tributárias principal e acessória somente se iniciam no momento em que o beneficiário (trabalhador) exercer o seu direito oriundo das stock options, mediante a assunção dos custos previstos em contrato (pagamento do preço de exercício).

Cumpre esclarecer nesse momento que, em hipótese alguma a compra da ação, efetivada através do exercício da opção de compra, está sendo tributada. 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, conforme explicitado mais adiante ao tratarmos da base de cálculo.

Portanto, a data da ocorrência do fato gerador do IRRF incidente sobre as remunerações por meio de opções de compra de ações para trabalhadores é definida como sendo a data do exercício dessas opções pelo beneficiário (trabalhador).

Uma vez definido o momento da ocorrência do fato gerador do IRRF, passemos agora à determinação da base de cálculo sujeita à incidência desse imposto.

Como já vimos, para transações com pagamento baseado em ações liquidadas pela entrega de instrumentos patrimoniais (situação em que se enquadra as stock options), a entidade deve mensurar os serviços recebidos de forma direta, pelo valor justo dos serviços recebidos, a menos que o valor justo não possa ser estimado com confiabilidade; caso em que a mensuração dos serviços recebidos deve-se dar de forma indireta, ou seja, a entidade deve mensurar o valor justo dos serviços recebidos tomando como base o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados.

No caso das opções de compra de ações outorgadas a empregados, em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, tomando como base o valor justo das opções outorgadas na data da mensuração (outorga), baseando-se nos preços de mercado se disponíveis.

Ocorre que, na maioria dos casos não existe preço de mercado disponível para as opções de compra de ações outorgadas a empregados, em decorrência dessas opções estarem sujeitas a termos e condições que não são aplicáveis às opções negociadas no mercado e, se opções negociadas com termos e condições similares não existem, a entidade deve estimar o valor justo dessas opções outorgadas utilizando técnica de avaliação para estimar a que preço elas poderiam ser negociadas, na data da mensuração, em uma transação sem favorecimentos, entre partes conhecedoras do assunto e dispostas a negociar. Em suma, o valor justo das stock options deve ser estimado pela aplicação de modelo de precificação de opções conforme orientações do Pronunciamento Técnico CPC 10 (RI).

Levando-se em conta esses fatores, a empresa informou na Carta 011/2014-DF-DJU de 17/02/2014, entregue nessa mesma data, que foi empregado o modelo Binomial para a determinação do valor justo das opções concedidas. Tal informação também consta das Demonstrações Financeiras referentes aos exercícios de 2011 e 2012 (já detalhadas anteriormente).

Na planilha apresentada pela empresa em 20/02/2015 temos os seguintes valores justos das stock options outorgadas conforme o Plano e/ou Programa a que se referem:

Plano/Programa	Valor Justo das Stock Options
Plano de Opção de Compra de Ações BM&F SA - BMF 2007	R\$ 22,60
Programa de Opção de Compra de Ações 2008/2009 BM&FBOVESPA S A - BVMF	R\$ 3,71

2008	
Programa de Opção de Compra de Ações 2009 BM&FBOVESPA S A - BVMF 2009	R\$ 2,93
Programa de Opção de Compra de Ações 2010 BM&FBOVESPA S A - BVMF 2010	R\$ 4,50

Destarte, a auditoria apurou a base de cálculo do IRRF devido pelo sujeito passivo, a qual foi obtida multiplicando-se a quantidade de opções de compra de ações exercidas pelos beneficiários pelo seu valor justo. A apuração da base de cálculo consta do Demonstrativo - Remuneração por Meio de Opções de Compra de Ações, em anexo, cujos dados foram extraídos da planilha fornecida pelo contribuinte em 20/02/2015.

A partir de tudo o que foi exposto e em razão da empresa não ter efetuado a retenção do Imposto de Renda na Fonte (IRF) sobre os valores das remunerações pagas por meio de opções de compra de units, foi aplicada a multa isolada, prevista no artigo 9º da Lei nº 10.426/2002, à proporção de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do imposto que deixou de ser retido, da forma explicada a seguir.

Sobre a base de cálculo apurada, foi calculado o IRF que deveria ter sido retido à alíquota de 27,50% (vinte e sete inteiros e cinco décimos por cento), e então, sobre o valor do imposto obtido, foi aplicada a multa de 75% (setenta e cinco por cento).

DA IMPUGNAÇÃO

Tendo sido científica do Auto de Infração em 05/05/2015, conforme fl. 6885, a Autuada apresentou, tempestivamente, em 03/06/2015, a impugnação de fls. 694 a 827, acompanhada de Procuração e Substabelecimento, documentos societários e de identificação, às fls. 828 a 844, apresentando, em apertada síntese, as seguintes alegações:

DOS FATOS

Apresenta um breve relato dos fatos e dos elementos nos quais baseou-se a autuação fiscal, por meio da qual foi constituído crédito tributário relativo à multa regulamentar isolada.

Afirma que os Planos de Opção de Compra de Ações oferecidos pela Impugnante:

- *Implicam a necessidade da Impugnante submeter aos beneficiários a aceitação ou não da outorga das opções de compra de ações. Esta outorga implica firmar contrato bilateral que traduz, para o titular, a expectativa do direito de adquirir, no futuro, se assim desejar, uma vez atendidas as condições predeterminadas e ponderados os riscos econômicos envolvidos, ações de emissão da Impugnante (voluntariedade);*
- *Geram, para a Impugnante, a obrigação de entregar ao titular, quando do exercício da opção de compra, no futuro, mediante pagamento do preço pré-estabelecido, ações de sua emissão, desde que o titular (i) possua/possuisse relação de trabalho com a empresa numa determinada data (outorga), (ii) manifeste seu interesse pela aquisição das ações, o que se dará pelo*

exercício das opções, e (iii) realize o pagamento das ações adquiridas em função do exercício das opções;

- *A Impugnante não efetua qualquer espécie de pagamento aos Participantes do Plano. Ao contrário, são eles que efetuam pagamento à Impugnante. Os ganhos eventualmente auferidos pelos Participantes em razão da alienação das ações resultantes do exercício das opções de compra advêm de fonte totalmente diversa e desvinculada da Impugnante. Ou seja, eventual ganho somente se concretizará caso o titular aliene suas ações a terceiros por valor superior ao preço de exercício de sua opção, evento incerto e sujeito às variações do preço de mercado das ações por ele adquiridas (com recursos próprios).*

Requer a extensão da proteção pelo sigilo fiscal das informações dos terceiros mencionados no Termo de Verificação Fiscal e nesta peça impugnatória.

INDISPENSÁVEIS CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

PRIMEIRA PRELIMINAR - Critérios Adotados pela Autoridade Fiscal em Autuação Anteriores, do Mesmo Contribuinte e Envolvendo os Mesmos Planos

No presente caso, a fiscalização entendeu que o fato gerador do IR/Fonte teria ocorrido no momento em que os titulares exerceram as opções de compra, e a base de cálculo seria composta pelo valor correspondente à despesa contabilizada pela Companhia (valor justo da opção de compra).

No entanto, em novembro de 2012, a Impugnante foi autuada sobre os mesmos fatos ocorridos nos anos calendários de 2007 e 2008 (processo nº 16327.721268/2012-88). Na ocasião o agente fiscal concluiu que o fato gerador do IR/Fonte teria ocorrido ao término do prazo de carência estipulado (denominado "vesting"), independentemente se os seus titulares exerceram ou não as opções (momento do implemento da condição suspensiva contratual). Já a base de cálculo, seria composta pela multiplicação do número de opções concedidas, e cujo prazo de carência já tivesse se completado, pela diferença entre o valor de mercado da ação naquele dia e o preço de exercício.

A divergência em tela comprova que a própria autoridade fiscal não tem segurança jurídica acerca de quais seriam os critérios jurídicos adequados a serem aplicados em relação aos contratos de stock options.

Observa-se, ainda, que a referida falta de critério pode levar a verdadeiro bis in idem, pois, os diferentes fatos geradores eleitos fazem com que o imposto de renda possa incidir duas vezes sobre a mesma suposta remuneração paga por meio da outorga de plano de opção de compra de ações, (i) em um primeiro momento por terem sido cumpridas as condições do vesting e, após, (ii) pela opção ter sido exercida pelo empregado em 2011 ou 2012, o que não pode ser admitido por esta E. DRJ.

I - Acórdão DRJ que Analisou a Autuação Lavrada em Face da Impugnante e Outros Casos Similares Examinados pelo CARF

Como se pode perceber da comparação feita no subitem anterior os autos de infração que deram origem ao processo nº 16327.721268/2012-88 e ao presente processo são

contraditórios no que tange aos fatos geradores e às bases de cálculo.

Deste modo, 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, em observância aos princípios da legalidade, tipicidade cerrada, moralidade e finalidade do ato administrativo.

Não fosse suficiente, o E. CARF já analisou alguns casos envolvendo a tributação incidente sobre Planos de Stock Options, por meio dos quais também se evidencia a falta de critério da d. autoridade fiscal para a determinação do fato gerador e da base de cálculo do IR/ Fonte sobre os planos de stock options que não teria sido recolhido pela Impugnante.

Deveras, comparando-se os casos julgados pelo E. CARF com os autos de infração lavrados contra a Impugnante, fica clara a completa discricionariedade da Receita Federal, o que somente reforça o fato de que nem mesmo o Fisco tem certeza acerca da tributação das stock options.

Mesmo se assumirmos, apenas para fins de argumentação, que a outorga de opções se caracterizaria como remuneração para fins da incidência de tributos, teremos que, segundo o entendimento do E. CARF (i) o fato gerador de tais tributos ocorre no momento do exercício das opções; e (ii) a base de cálculo é constituída pela diferença entre o valor da ação no mercado, no dia do exercício, e do valor de exercício da opção.

Sendo esses os elementos eleitos para a incidência de tributos, quaisquer lançamentos realizados com base em fato gerador ou em base de cálculo diversa, ainda que para apuração de multa isolada pela não retenção do tributo, como foi feito nos presentes autos, precisam ser considerados nulos por afrontarem o art. 142 do Código Tributário Nacional.

2 - Da Comprovada Ausência de Fundamentação Legal

A falta de um posicionamento coeso e seguro da Receita Federal sobre a incidência do de IR/fonte sobre as opções outorgadas, reforça a tese de que o auto de infração que deu origem ao presente processo é nulo por ausência de fundamentação legal.

Mencione-se, ainda, que apesar de a d. autoridade fiscal alegar no TVF que citou "as principais normas relativas às 'stock options'" (fls. 20 do TVF), na realidade só mencionou uma única norma que trata do tema, qual seja, a Lei nº 6.404/76 (Lei das S/As) que prevê a outorga das opções, mas, obviamente, não traz qualquer previsão sobre reflexos fiscais.

Com efeito, as demais "normas" referidas pela d. autoridade fiscal são o CPC 10 e a Deliberação CVM nº 650/2010, as quais, se restringem ao âmbito societário/contábil, não tendo a competência para legislar sobre a incidência de um tributo.

3 - Impossibilidade de Alteração do Critério Jurídico para Fatos Geradores Pretéritos – Art. 146 do CTN

De maneira surpreendente e contraditória, ao fundamentar os autos de infração que originaram o presente processo, a d. autoridade fiscal adotou critérios jurídicos totalmente diversos

daqueles utilizados para lavrar os autos de infração que abrangem o período de 2007 e 2008.

Nota-se, assim, que um mesmo ato foi avaliado pela d. autoridade fiscal em diferentes momentos (2012 e 2015), tendo-se chegado a diferentes conclusões a respeito desse ato em um e outro momento.

Muito embora, em resumo, em ambas as autuações a d. autoridade fiscal tenha entendido pela tributação das stock options outorgadas pela Impugnante, é certo que o fez com base em diferentes fundamentos, o que implica dizer que as repercussões tributárias foram valoradas de acordo com diferentes critérios jurídicos. O que não pode ser aceito por esta c. Turma Julgadora.

Apenas para relembrar, nos autos do processo nº 16327.721268/2012-88 a Autoridade Fiscal considerou como (i) fato gerador: o momento do término do prazo do vesting; e (ii) base de cálculo: a diferença entre o valor de mercado da ação naquele dia e o preço de exercício. Porém, no presente caso, considerou-se como (i) fato gerador: a momento em que ocorre o exercício e (ii) base de cálculo: valor justo das opções.

Assim sendo, é necessário que se reconheça que o procedimento adotado pela d. autoridade fiscal no presente caso se mostra inaceitável, uma vez que se encontra eivado de ilegalidade.

Isto porque é defeso à Autoridade Administrativa alterar os critérios jurídicos consubstanciados nos lançamentos de ofício, para um mesmo sujeito passivo, com relação a fatos geradores já ocorridos, nos estritos termos do que dispõe o artigo 146 do Código Tributário Nacional.

SEGUNDA PRELIMINAR - Flagrante Incoerência nas Premissas do Lançamento Fiscal

A d. autoridade fiscal partiu de uma série de premissas equivocadas e que se contradizem entre si para tentar descharacterizar a natureza mercantil das opções em questão e, assim, lavrar o auto de infração, como se passará a demonstrar.

1 - Contradição na Afirmação de que "Stock Option Plans" Nunca Teriam Caráter Mercantil

De acordo com John Hull, professor de Finanças da Universidade de Toronto, por meio do contrato de opção de compra, o titular da opção tem o direito, a faculdade, de comprar uma ação até ou em certa data (data de exercício), por um determinado preço (preço de exercício).

A definição de contrato de opção de compra negociado em bolsa dada por John Hull é a mesma que a própria autoridade fiscal confere à opção de compra de ações outorgada por sociedades a seus empregados (e nem poderia ser diferente, pois ambas possuem a mesma natureza mercantil!), verbis.

3.17 Uma opção de compra de ação para trabalhador é um instrumento

concedido mediante um plano/contrato por uma companhia a seu trabalhador na chamada data de outorga, durante a relação de trabalho, que confere a este o direito (não a obrigação) de comprar ação da própria companhia e para a qual presta serviço, por um preço preestabelecido (chamado de preço de exercício da opção), a partir de uma data

também preestabelecida (que se denomina data de exercício da opção e é uma data futura).

De fato, conforme se observa do excerto do TVF supratranscrito, a própria d. autoridade fiscal reconhece que, na opção de compra outorgada para trabalhador, o empregado também passa a ser titular de um direito a adquirir, em certa data, por um determinado preço, ações da companhia onde trabalha, como ocorreria se adquirisse as opções no mercado.

Neste sentido, vale salientar que o próprio E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é unânime em reconhecer a possibilidade de que planos de stock options tenham caráter mercantil, conforme se verifica, exemplificativamente, da ementa do acórdão proferido nos autos do processo administrativo nº 10925.723207/2011-49, vertíss:

STOCK OPTION PLANS. PLANO OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES SEM PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA DA EMPREGADORA. NATUREZA NÃO REMUNERATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. Nos casos de opção de compra de ações das empregadoras pelos empregados ou diretores sem apoio financeiro daquelas, mediante preço representativo ao de mercado, não considera-se remuneração, nem fato gerador de contribuições previdenciárias, pois representam apenas um ato negocial da esfera civil/empresarial". (Acórdão nº 2803-03.815)

Outro não foi o entendimento recentemente proferido nos autos dos processos administrativos nº 16327.721356/2012-80 e 16327.721796/2011-56, assim ementados:

STOCK OPTIONS. CARÁTER MERCANTIL PARCELA NÃO INTEGRANTE DO SALÁRIO REMUNERAÇÃO. No presente caso, o plano de stock options é marcado pela onerosidade, pois o preço de exercício da opção de compra das ações é estabelecido a valor de mercado, pela liberalidade da adesão e pelo risco decorrente do exercício da opção de compra das ações, de modo que resta manifesto o seu caráter mercantil, não devendo os montantes pagos em decorrência do referido plano integrarem o salário de contribuição." (Acórdãos nº 2401-003.888 e 2401-003.890)

2 - Argumentos para Demonstrar a Contraprestação não Possuem Substrato Lógico (v.g. Falecimento de Empregado e Demissão sem Justa Causa)

É um absurdo afirmar que o plano de opção de compra de ações da Impugnante foi instituído como forma de remuneração por serviço prestado, quando a própria d. autoridade fiscal reconhece, por exemplo, ao transcrever trecho do Plano de 2007, que, no caso de falecimento do empregado, a opção de compra de ações objeto do Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra de Ações poderá ser integralmente exercida, ainda que não cumprido o período de vesting.

No caso, a inexistência de qualquer caráter contraprestacional é evidenciado pela possibilidade de os herdeiros exercerem a integralidade das opções sem o de cujos ter prestado serviços à Impugnante. O mesmo ocorre na demissão sem justa causa.

Patente, portanto, também por este ângulo, que o plano de opção de compra de ações outorgado pela Impugnante para seus empregados não possui caráter remuneratório.

3 - Caso se Tratasse de Contraprestação por Prestação de Serviço, a Premissa da Existência de "Cláusula Suspensiva" Seria Falsa (o Pagamento da Remuneração seria Obrigatório em Razão da Prestação do Serviço)

Como já mencionado, de acordo com a d. autoridade fiscal, o contrato pelo qual se outorga a opção de compra de ações para trabalhadores possuiria condição suspensiva, pois a opção se tornaria perfeita e acabada apenas quando de seu exercício, mediante o cumprimento de condições previamente estabelecidas pelo empregador, verbis:

Ocorre que, se a d. autoridade fiscal entende que o contrato de opção de compra de ações tem caráter remuneratório, não há condição suspensiva alguma, seus efeitos irradiariam desde o momento de sua outorga.

Um contrato de opções, de caráter mercantil, outorgado a empregados constituiu uma obrigação jurídica em que não se exige o trabalho como forma de contraprestação, mas que não deixa de sujeitar o empregado aos riscos de mercado, na qual o empregador outorga opções a seus empregados, para que sejam exercidas no futuro (terminado o vesting period), mediante o pagamento de um preço pré-ajustado.

Caso o contrato, com característica mercantil, preveja a necessidade de que o empregado permaneça vinculado à sociedade durante o vesting period, o que não é regra no caso concreto, aí sim estará configurada uma condição suspensiva, pois o vínculo empregatício por determinado tempo constituirá uma condição para que o empregado venha a poder exercer a sua opção e não uma forma de pagar o prêmio correspondente à opção.

Em outras palavras, como a opção não serve para remunerar o empregado, não há que se falar em contraprestação por meio da prestação de serviços ao empregador.

TERCEIRA PRELIMINAR – Vício de Fundamentação/Motivação do Lançamento (Ausência de Análise dos Contratos Individuais Celebrados com os Empregados)

No auto de infração houve a desconsideração indireta dos Planos, o que é vedado pela legislação atualmente em vigor, por falta de regulamentação do art. 116, § único do CTN.

Além disso, mesmo que fosse possível admitir a aludida desconsideração indireta - o que se admite para argumentar - o fato é que não poderia a fiscalização atacar os Planos (deliberações das Assembléias) para exigir o IR/Fonte, uma vez que estes não criam, por si só, qualquer vínculo entre as partes. O correto seria, analisar cada um dos contratos firmados entre a Impugnante e os Participantes do Plano e, se fosse o caso, desconsiderar cada um desses contratos.

Como isso não foi feito, o auto de infração carece de fundamentação e motivação.

Ainda que a Fiscalização tivesse contestado cada um dos contratos, jamais poderia ter provado a ocorrência do fato gerador de IR/Fonte, na medida em que os referidos contratos

são mercantis, verdadeira oportunidade de investimento, que de modo algum se confunde com remuneração por serviços prestados.

Além disso, mesmo que fosse válida a autuação ora atacada tal como lavrada - com o que não se concorda, mas se admite ad argumentandum -, já teria se operado a decadência a impedir a constituição do crédito tributário, uma vez que os Planos da Impugnante datam de 2007 e 2008, operando-se a decadência mesmo se contada nos termos do artigo 173, indso I do CTN.

Da Incompatibilidade do Plano de Opção de Compra de Ações com a Hipótese de Incidência de Contribuições Previdenciárias

Esclarece que o lançamento da contribuição previdenciária cobrada em razão da descaracterização das opções outorgadas pela Impugnante constitui o objeto do processo nº 16327.720432/2015-82, e aduz que é conveniente trazer esclarecimentos sobre este tema nos presentes autos.

Cita jurisprudência do CARF (processos nº 10925.723207/2011-49, 16327.721356/2012-80 e 16327.721796/2011-56). Ressalta que a Justiça Federal de São Paulo também já proferiu decisão que afastou o recolhimento das contribuições previdenciárias sobre plano de opção de compra de ações celebrado entre a empresa Skanska Brasil Ltda. E seus empregados (Doc. 08).

DO DIREITO

1 - Da Inexistência de Previsão Legal para a Exigência de Multa Isolada no Presente Caso

O lançamento de multa isolada ora em análise deverá ser cancelado de plano em razão da ausência de previsão legal para sua constituição.

Mediante a análise do Termo de Verificação Fiscal, verifica-se que a multa isolada cobrada pela Fiscalização, em razão da suposta ausência de retenção do IR/Fonte pela Impugnante, foi fundamentada no artigo 9º da Lei nº 10.426/2002. Contudo, pela simples análise do conteúdo do citado artigo 9º, da Lei nº 10.426/2002, verifica-se que a possibilidade de cobrança dessa multa isolada foi expressamente revogada após as alterações promovidas a este dispositivo legal pela Lei nº 11.488/2007.

Pela leitura da redação original do artigo 44, incisos I e II, da Lei nº 9.430/96, constata-se que havia a previsão de cobrança das multas de 75% e de 150%, que poderiam ser cobradas:

- *juntamente com o tributo que não foi pago (nos termos do § 1º inciso I); ou*
- *isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto (nos termos do § 1º, inciso II).*

Especificamente para os casos de ausência de retenção na fonte de tributos ou contribuições, o tratamento legal próprio das sanções a serem aplicadas nessa situação foi conferido pelo artigo 9º da Lei nº 10.426/2002. Observa-se que em sua redação original, o dispositivo legal em questão determinava que a fonte pagadora estaria sujeita às multas de que tratavam os incisos I e

II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, nos termos explanados (ou seja, 75% ou 150%; junto com o tributo ou isoladamente).

Contudo, as hipóteses de cobrança de multa de ofício, seus percentuais e sua sistemática (isoladamente ou não) foram alteradas com o advento da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que introduziu substancial modificação no texto do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 e, por consequência, no artigo 9º da Lei nº 10.426/2002.

Pela análise de toda a evolução legislativa abordada até o presente momento, pode-se chegar as seguintes conclusões:

- *a atual redação do artigo 9º da Lei nº 10.426/2002, estabelecida pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, excluiu a possibilidade de cobrança da multa prevista no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, limitando-se apenas a possibilidade de aplicação da multa prevista no inciso I desse mesmo dispositivo legal;*
- *a multa prevista no inciso I, do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, apenas pode ser cobrada juntamente com o imposto ou contribuição devida;*
- *isso porque, as situações eleitas pelo legislador para possibilitar a cobrança de multa isolada foram estabelecidas no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96;*
- *a hipótese de cobrança de multa isolada nos termos do inciso II, do dispositivo legal em comento, foi expressamente excluída do artigo 9º, da Lei nº 10.426/2002;*

Cita o Acórdão nº 9202-02.288, de 08/08/2012 da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, bem como outros julgados administrativos, verbis:

FONTE PAGADORA. AUSÊNCIA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. SUPERVENIENCIA DA LEI Nº 11.188/2007. RETROATIVIDADE BENIGNA. EXCLUSÃO DA MULTA PREVISTA NO INCISO II DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 9430/96.

A multa isolada prevista no inciso II, do artigo 44. da Lei nº 9430/96, foi expressamente excluída, relativamente à fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, com fundamento na Lei nº 11.483/2007. Aplicação do artigo 106, inciso II, "c", do CTN.

FONTE PAGADORA. NÃO EXIGIBILIDADE DO IMPOSTO. PARECER NORMATIVO COSIT nº 01/2002. CONSEQUENTE NÃO INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 44, INCISO I, DA LEI Nº 9.430/96.

Não mais sendo exigível da fonte pagadora a imposto não recolhido, não há respaldo para incidência, consequentemente, da respectiva multa.

Recurso especial negado." (Acórdão CSRF nº 9202-02.288 - g.n.)

Deste modo, resta demonstrada a evidente falta de previsão legal para a cobrança da multa de ofício isolada no que tange à falta de recolhimento do IR/Fonte, após a data da entrega da

declaração pelo efetivo beneficiário do rendimento, motivo pelo qual se espera seja determinado o cancelamento do presente auto de infração.

2 - Não Incidência do IR/Fonte Quando da Opção ou do Exercício do Direito de Compra das Ações pelos Titulares do Plano

Segundo a Fiscalização, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que daria causa à retenção do IR/Fonte seria no momento em que o beneficiário (trabalhador) exercesse o seu direito, mediante o pagamento do preço de exercício. O Agente Fiscal alegou, ainda, que a base de cálculo corresponde ao valor justo da opção quando de sua outorga, ou seja, aquilo que o titular supostamente teria deixado de pagar.

Entretanto, tal fundamentação é equivocada, devendo o auto de infração ser cancelado.

Nos termos do artigo 43 do RIR/99 são tributáveis pelo imposto de renda os "rendimentos provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou vantagens percebidos".

Ao tratar do regime de tributação na fonte, o artigo 620, § 1º do RIR/99 não deixa dúvidas que o IR/Fonte incide sobre os rendimentos "efetivamente recebidos" pelo beneficiário, ao passo que o § 2º daquele dispositivo dá os contornos temporais da obrigação tributária determinando que o imposto seja "retido por ocasião de cada pagamento" (transcreve).

O efetivo pagamento e efetivo recebimento (ou efetiva percepção) são as duas faces de um mesmo comando norteador do IR/Fonte que pressupõe, por óbvio, uma fonte de pagamento e um beneficiário. Esta noção de efetivo pagamento / recebimento também está incorporada nos artigos 624 e seguintes do RIR/99. Mesmo ao tratar da remuneração indireta, em seu artigo 622, o RIR/99 não dispensa a existência de um pagamento efetivo e de uma vantagem a um beneficiário (reproduz os dispositivos legais).

Não é, porém, o que ocorre na aquisição das ações no âmbito do plano de opções da Impugnante. Isso porque, somente após a alienação do ativo que lhe é subjacente (as ações da Impugnante) é que poderá ser gerado um acréscimo patrimonial ao seu titular.

A única transferência de capital que ocorre na data de aquisição das ações é dos adquirentes para a Impugnante e não o inverso.

Verifica-se, também, que o fundamento das autuações está em total desacordo com (i) a Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010, que dispõe sobre o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiros e de capitais; (ii) o conceito de renda, bem como (iii) o regime de caixa, que deve nortear a tributação do IR/Fonte para as pessoas físicas.

3 - O Regramento Fiscal dos Ganhos Líquidos nas Operações com Opções IN / RFB nº 1.022/2010

O artigo 49 da Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010 trata sobre a tributação pelo imposto sobre os ganhos líquidos auferidos nas operações envolvendo o mercado de opções.

Da análise do citado artigo verifica-se que a tributação pelo imposto sobre a renda nas operações envolvendo opções de ações incide sobre os ganhos líquidos, que serão constituídos, no caso do titular de opção de compra, pela "diferença positiva entre o valor da venda à vista do ativo na data do exercício da opção e o preço de exercício da opção, acrescido do valor do prêmio".

Mesmo na sistemática de ganhos líquidos a incidência do imposto de renda pressupõe, não apenas o exercício, mas também a alienação do ativo subjacente à opção. Nos termos do parágrafo 1º acima mencionado, não ocorrendo a venda do ativo subjacente no mercado à vista na data do exercício, este ativo terá como custo de aquisição o preço de exercício da opção (strike), que será utilizado para o cálculo de eventual ganho ou de uma perda (a depender da oscilação de preço) na data da eventual alienação.

Percebe-se que a legislação jamais define momento diferente daquele em que os ativos são efetivamente alienados para a geração dos efeitos tributários.

Ao contrário do entendimento do Sr. Agente Fiscal, a opção de compra de ações não é um fim em si mesmo, no que tange ao aferimento de renda. A opção de ações configura-se justamente um meio para a obtenção de eventual futura renda, mediante seu exercício com posterior venda de ações.

A doutrina referente à tributação nos mercados financeiro e de capitais leciona de maneira clara que a forma de tributação das operações de opções de ações ocorre pela apuração de ganhos líquidos, não se aplicando a tributação pelo IR/Fonte às operações de renda variável.

Qualquer interpretação em sentido contrário (repita-se, na ótica do Fisco) seria permitir a bitributação do valor justo das opções, na medida em que estes seriam considerados (i) remuneração para fins da contribuição previdenciária e do imposto de renda fonte, mas (ii) não seriam custo de aquisição para fins da apuração do ganho líquido quando do exercício da opção e alienação das ações.

Conforme descrito, a tributação pelo IR/Fonte das operações de renda variável implicaria em desrespeitar a materialidade do Imposto sobre a Renda, motivo pelo qual se observa que não merecem qualquer guarida as alegações feitas pela Fiscalização.

4 - O Conceito de Renda e o Regime de Caixa Informador do IR/Fonte

Ao contrário do que defende a Fiscalização, o fato de o titular possuir uma opção e simplesmente adquirir as ações correspondentes (efetuar o exercício), podendo vendê-las ou não no futuro, não será apto para o indivíduo auferir renda. No momento do exercício, o titular somente paga pela aquisição, não há disponibilidade passível de ser tributada.

No Sistema Tributário Brasileiro, o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza.

De modo geral, entende-se que a disponibilidade econômica corresponde ao rendimento ou proveito realizado, assim entendido como dinheiro em caixa, enquanto a disponibilidade jurídica corresponde ao rendimento ou proveito adquirido, como, por exemplo, ao título jurídico que permite ao seu titular obter a respectiva realização por certa quantia em dinheiro.

Um exemplo de disponibilidade jurídica seria o direito de um titular de uma sociedade de receber a respectiva distribuição, após a apuração do lucro; a disponibilidade econômica seria representada pela distribuição efetiva de tais lucros.

O artigo 43 do CTN faz referência à disponibilidade econômica ou jurídica da renda como requisito à sua tributação, mas caberá ao legislador ordinário definir se, para que ocorra a imposição do Imposto de Renda, a mera disponibilidade jurídica seria suficiente, ou se apenas diante da disponibilidade econômica poderá incidir a referida exação.

Reconhece-se, assim, a existência de conceitos diferenciados de renda utilizados na tributação das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, ambos abrangidos, a um só tempo, pelo texto do artigo 43 do CTN.

No que concerne às pessoas físicas, por específica disposição legal, aplica-se o chamado “regime de caixa”, pelo qual somente se pode impor o Imposto de Renda no momento em que há efetiva disponibilidade de recursos financeiros (ou “disponibilidade econômica”) para o seu pagamento. Nesse sentido, o teor do parágrafo único, do artigo 38 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99 – “RIR/99”).

Assim, se não houve a realização da renda de modo que o numerário tenha sido efetivamente recebido pelo seu titular, não poderá haver a incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos das pessoas físicas.

Qualquer tentativa de exação nesse sentido consistirá em afronta ao princípio da capacidade contributiva, na medida em que se exigirá que o contribuinte desfaça-se de seu patrimônio, sacrificando-o, para que possa arcar com o ônus do tributo.

Ainda que se admitisse a incidência do IR/Fonte no presente caso, o que se alega apenas a título argumentativo, verifica-se que não existe disponibilidade para a retenção na fonte, uma vez que não existe pagamento ou crédito de uma quantia economicamente apreciável.

Verifica-se o acerto do artigo 49 da Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010, ao determinar que a tributação nos mercados de opções será feita pelo ganho líquido (apurado no exercício da opção e desde que haja alienação do ativo que lhe é subjacente), não merecendo qualquer guarida a alegação da Fiscalização no sentido de que no momento da aquisição das ações ocorreria a incidência do IR/Fonte.

Admitir o raciocínio do Auditor Fiscal implica em desrespeito não só ao disposto na Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010, mas ao próprio conceito de renda e ao regime de caixa, cuja observância é imprescindível para a tributação das pessoas físicas.

Está claramente demonstrado que a Impugnante não efetua qualquer espécie de pagamento aos titulares dos Planos de Opção de Compra de Ações. Como exposto, se os titulares optarem por exercer as opções e adquirir as ações, o fluxo financeiro é dos próprios titulares, que dispõem de seus recursos financeiros para a Impugnante. E as ações eventualmente adquiridas pelos Outorgados foram/são/serão alienadas para terceiros, no mercado de ações, em um evento futuro e incerto e por um valor também incerto.

5 – Das Opções de Compra de Ações de Caráter Mercantil

De acordo com a própria d. autoridade fiscal, as outorgas das opções de compra em questão têm como objetivo atrair, motivar e reter executivos qualificados; promover os interesses da Companhia e de seus acionistas (fl. 07 do TVF):

Tais objetivos, reconhecidos pela própria d. autoridade fiscal, em nada se assemelham a remunerar tais pessoas pelos serviços prestados, pelo contrato de trabalho firmado, até porque, é possível que haja a outorga para terceiros que não têm qualquer vínculo empregatício com a Impugnante.

Entretanto, mesmo expondo esse entendimento, que deixa claro que os Planos são políticas de desenvolvimento de recursos humanos, a d. autoridade fiscal, sem qualquer digressão sobre as especificidades dos Planos de Opção de Compra de Ações da Impugnante, concluiu, de maneira contraditória, desconexa e desarrazoada, que qualquer plano outorgado por sociedades a seus empregados se diferenciam das opções de natureza mercantil.

Essa afirmação da d. autoridade fiscal decorreria, principalmente, do seguinte:

- a) As opções não são ofertadas a terceiros ou negociadas pela Impugnante no mercado;
- b) É estabelecido um prazo de carência para que a opção seja exercida, o que diferiria das condições de mercado, pois só a partir desse momento o empregado seria titular da opção;
- c) Sempre integrariam sistema de remuneração variável;
- d) Tratar-se-ia de exemplo típico de remuneração-utilidade, pela qual o empregado receberia a opção como pagamento pelo serviço prestado; e,
- e) A concessão da outorga estaria condicionada ao cumprimento de metas.

Ocorre que referidas afirmações da autoridade fiscal não se sustentam e decorrem de uma análise superficial (i) do mercado de opções, (ii) das especificidades dos Planos de Opção de Compra de Ações da Impugnante, (iii) dos mecanismos de remuneração variável e com utilidades, bem como (iv) da aplicação e finalidade do CPC 10, como se passará a discorrer, item a item.

a) As opções não são ofertadas a terceiros ou negociadas pela Impugnante no mercado;

Uma das premissas adotadas pela d. autoridade fiscal para chegar à conclusão de que não existiriam stock options de caráter mercantil é a de que somente são outorgadas opções a empregados da Impugnante.

A Lei nº 6.404/76, em seu artigo 168, § 3º, só permite a outorga de opções de compra de ações a uma determinada categoria de pessoas. São elas: os administradores, os empregados e as pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob o controle da companhia (que não são nem seus administradores, nem seus empregados).

Outrossim, conforme disposto no art. 30 da Lei das S.A., é vedado às companhias abertas a realização de negócios com ações de sua própria emissão, sendo exceções a esta regra os programas de recompra e a alienação de ações em tesouraria, como ocorre no âmbito de programas de outorga de opções de compra de ações.

Ademais, da leitura do dispositivo legal supra se verifica que podem ser eleitos para a outorga em questão pessoas que não são nem administradores, nem empregados da sociedade outorgante, em clara demonstração de que não se trata de meio para pagamento de remuneração por serviços prestados à própria sociedade outorgante.

O intuito do legislador foi possibilitar que as companhias ofertassem a seus empregados e prestadores de serviço uma oportunidade de investimento e parceria nos riscos.

No caso presente, os Planos e Programas da Impugnante contêm essa exata previsão: permitem a outorga àquelas pessoas que foram eleitas pelo legislador como aptas a firmar contratos de opção de compra de ações.

Assim, a premissa de que se trataria de meio de pagar remuneração aos seus empregados não se sustenta, até porque, como visto, era possível a outorga para prestadores de serviço que não têm qualquer vínculo empregatício com a Impugnante.

b) É estabelecido um prazo de carência para que a opção seja exercida, o que diferiria das condições de mercado, pois só a partir desse momento o empregado seria titular da opção;

De acordo com a d. autoridade fiscal, um dos pontos que distanciaria as "operações comerciais" das "stock options" seria a existência de um período de carência para que a opção seja adquirida pelo empregado.

Ao fazer esta afirmação, a d. autoridade fiscal aparenta não conhecer com profundidade dois modelos diferentes de opção de compra de ações que existem no mercado.

Conforme ensina John Hull, existem dois modelos de opção, o americano, mais difundido no mercado, no qual a opção pode ser exercida a qualquer momento até o seu vencimento, e o europeu, no qual a opção só pode ser exercida na data de vencimento.

À semelhança do modelo europeu, na opção de compra de ações outorgada a empregados, a opção é efetivamente outorgada ao empregado, que só poderá exercê-la depois de decorrido determinado período de tempo (vesting period).

Como se observa, diferentemente do que afirma a autoridade fiscal e se comprova dos Instrumentos Particulares de Outorga de Opção de Compra de Ações apresentados durante o procedimento de fiscalização, não há prazo de carência para que

a opção seja adquirida, mas sim para que o empregado adquira o direito de exercício da opção que lhe foi outorgada no passado.

Deste modo, a suposta diferença levantada pela d. autoridade fiscal entre as chamadas "opções comerciais" e "stock options" ao pretender propiciar ao julgador um entendimento completo sobre o tema, "evitando assim uma apreciação equivocada diante de argumentos imprecisos ou confusos que, porventura, venham a ser trazidos" (fls. 2 do TVF), acaba apenas demonstrando uma imprecisão nos termos e conceitos aplicados no TVF.

c) Sempre integrariam sistema de remuneração variável;

De acordo com a d. autoridade fiscal, os planos de stock options constituiriam uma das mais importantes estratégias do sistema de remuneração variável.

Ocorre que, ao afirmar que a outorga de plano de opção de compra de ações consiste em espécie de remuneração variável, a d. autoridade fiscal incorreu em grave imprecisão técnica.

Por meio da remuneração variável, o empregador paga ao empregado pelo serviço por ele prestado de acordo com o seu desempenho, ou seja, a depender do atingimento de metas, por meio de comissões e etc, vinculado, às vezes, aos resultados auferidos pela sociedade como um todo.

Assim, jamais o prêmio que, frise-se, inexiste nas opções outorgadas aos empregados, por não serem apreciáveis economicamente, poderia se tratar de remuneração variável, pois o exercício das opções não depende do empenho dos empregados ou dos resultados da Impugnante, mas unicamente das condições de mercado.

Explica-se. Como já mencionado, de acordo com a d. autoridade fiscal, a remuneração paga pela Impugnante aos seus empregados consistiria no valor que o beneficiário das opções de compra de ações teria deixado de pagar no momento de sua outorga ("prêmio"), mensurável pelo valor justo da opção, quando e se o beneficiário exercesse a opção.

Ocorre que a própria d. autoridade fiscal também concorda que o beneficiário apenas exerce sua opção quando o valor de mercado das ações for superior ao seu custo, ou seja, o efetivo recebimento da suposta remuneração está condicionado à valorização das ações no mercado, de modo a propiciar o exercício da opção, o que independe do desempenho do empregado ou da sociedade.

Sendo, assim, resta demonstrada mais uma imprecisão cometida pela d. autoridade fiscal ao lavrar o auto de infração em questão, por pretender dar tratamento de remuneração variável a suposto ganho que independe do desempenho do beneficiário ou da Impugnante.

d) Tratar-se-ia de exemplo típico de remuneração-utilidade, pela qual o empregado receberia a opção como pagamento pelo serviço prestado;

A d. autoridade fiscal também se equivoca ao tratar as opções de compra de ações como remuneração-utilidade, termo impropriamente utilizado pela d. autoridade fiscal para se referir ao que a doutrina chama de salário-utilidade. De fato,

entende-se por utilidade a prestação fornecida (i) gratuitamente ao empregado e (ii) com habitualidade.

Pois bem, de acordo com a d. autoridade fiscal, as opções de compra de ações outorgadas para trabalhadores se reputam perfeitas no momento do exercício das opções de compra, mediante o pagamento do preço do exercício, (fls. 46 e 47 do TVF).

Na linha do próprio entendimento da d. autoridade fiscal, para que o empregado aufera efetivamente o suposto rendimento na forma de plano de opção de compra de ações, é necessário o prévio desembolso do preço de exercício, de modo que não se trata de uma prestação gratuita, mas sim onerosa (o exercício seria uma condição para que o empregado recebesse uma suposta remuneração).

Ocorre que a onerosidade afasta o suposto caráter de utilidade dos planos de opção de compra de ações.

Corroborando a natureza mercantil dos referidos planos, vale mencionar novamente que, seguindo o raciocínio da própria autoridade fiscal, o recebimento das opções está vinculado ao comportamento do mercado e não ao empenho do trabalhador.

Por outro lado, ainda que superada a questão da gratuidade, o que se admite adargumentandum, não é possível superar a ausência de habitualidade.

As outorgas ocorrem sem nenhuma periodicidade, sem nenhuma frequência, não há qualquer garantia de que a Impugnante vá efetivar novas outorgas, e que se vier a fazer, contemplará os mesmos participantes que um dia foram contemplados e tampouco que as condições serão as mesmas.

Portanto, não há dúvidas de que, nessa hipótese, não está presente a característica da habitualidade, uma das condições necessárias à configuração de uma utilidade recebida como de caráter remuneratório.

É evidente que esse instrumento é outorgado, no máximo, com a expectativa de, indiretamente, estimular o trabalho, antecedendo-o, e não pelo trabalho efetivamente prestado pelo empregado, inclusive porque, como anteriormente mencionado, o exercício do direito depende de desembolso do preço do exercício e pode não gerar qualquer ganho para o empregado.

e) A concessão da outorga está condicionada ao cumprimento de metas;

A d. Autoridade fiscal defende que o fato do Conselho de Administração da Impugnante supostamente ter o poder de estabelecer metas aos empregados atreladas aos planos de opção de compra de ações, corroboraria o alegado caráter remuneratório dos planos de stock option.

Ocorre que tais metas não existem! Tanto é verdade que não existem metas atreladas aos planos de opção de compra de ações, que a d. autoridade fiscal em momento algum menciona durante o TVF quais seriam tais metas ou sobre existência de instrumentos para aferição de seu cumprimento.

Ademais, se a autoridade fiscal tivesse comparado a quantidade base de ações objeto dos Instrumentos Particulares de Outorga de Opção de Compra de Ações com a planilha apresentada durante o procedimento de fiscalização, teria verificado que não há variação na quantidade de opções outorgadas para nenhum beneficiário, o que evidencia a inexistência de metas, embora fosse facultado ao Conselho Administrativo estabelecê-las.

É um absurdo presumir que todos os beneficiários teriam cumprido igualmente suas metas durante o vesting period e nenhum deles teria se destacado, de modo a receberem o mesmo número de opções inicialmente previsto nos referidos instrumentos.

Aliás, é um absurdo afirmar que o plano de opção de compra de ações da Impugnante está atrelado ao cumprimento de metas, quando a própria d. autoridade fiscal reconhece, por exemplo, ao transcrever trecho do Plano de 2007, que, no caso de falecimento do empregado, a opção de compra de ações objeto do Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra de Ações poderá ser integralmente exercida, ainda que não cumprido o período de vesting.

Ora, como seria possível o empregado ter cumprido qualquer meta nessa hipótese?

Diante de todo o acima exposto, conclui-se que a conclusão da d. autoridade fiscal no sentido de que existiriam duas espécies de opções de compra de ações, (i) as "opções comerciais", de caráter mercantil, e (ii) as "stock options", outorgadas por empregadores a empregados, que não possuiriam caráter mercantil, está pautada em uma série de entendimentos equivocados e contraditórios.

6 - A Impossibilidade de se Remunerar por meio de Plano de Opção de Compra de Ações

O valor justo de opções em nada afere os serviços prestados: é apenas uma forma encontrada pela contabilidade para a valoração de despesa dos acionistas, não dos serviços tomados, como é a tese fiscal.

Tanto isso é verdade que se a premissa de que o valor justo é capaz de mensurar a remuneração é verdadeira, o Participante do Plano também teria que adicionar ao seu patrimônio, mês a mês, o valor que foi considerado como despesa pela sociedade a título de "remuneração" nos termos do CPC 10.

Se o lançamento contábil é capaz de atribuir a natureza de remuneração às stock options, o mais correto seria que a remuneração fosse adicionada pelos beneficiários na medida em que é contabilizada pela sociedade. Isto é, sendo despesa para um, também será ganho para o outro. No entanto, isso não reflete a realidade patrimonial dos contribuintes pessoas físicas.

A qualquer trabalhador é garantido o direito à remuneração pelo serviço prestado, irredutível, e a Impugnante remunera, pelos meios próprios (e não pelos Planos em questão), seus empregados pelos serviços que eles lhes prestam, o que em momento algum foi contestado pela d. autoridade fiscal.

Ao contrário do alegado pela d. autoridade fiscal, o que os Planos de Opções de Compra de Ações da Impugnante de fato permitem aos Participantes é uma oportunidade de adquirir ações da sociedade, mediante o exercício de sua voluntariedade

e por um contrato oneroso, expondo-se a risco de oscilação de valores inerentes ao mercado bursátil.

Ou seja, se está diante de um verdadeiro contrato mercantil, de um negócio com características claras de investimento, em total contraponto à remuneração, que é oferecido pela Impugnante aos Participantes.

A outorga das opções em nada remunera, pois estas são desprovidas de valor econômico (não podem ser negociadas em hipótese alguma e tampouco oneradas pelos Participantes) e sequer passam a integrar o patrimônio do titular, na medida em que refletem não mais que uma promessa, uma expectativa de direito que pode nunca vir a se efetivar.

Com efeito, os ganhos advindos desse contrato mercantil se verificam apenas após o exercício das opções outorgadas e consequente venda das ações eventualmente adquiridas pelos seus Participantes, e em nada se confundem com remuneração, por não se tratarem de retribuição habitual pelos serviços prestados (trata-se de relação jurídica totalmente distinta e com partes que não se confundem).

Deve-se saber diferenciar a outorga de opções de compra de ações, caracterizadas como um contrato mercantil firmado entre as partes e com execução futura, da concessão gratuita de um bem ou ativo financeiro. Esta poderia ser remuneração, aquela nunca.

Ou seja, não há fato gerador e tampouco base de cálculo passíveis de tributação pelo imposto de renda, o que evidencia que a d. autoridade fiscal constituiu multa isolada pela não retenção de um novo tributo, em ofensa ao princípio da tipicidade cerrada que impera em matéria tributária.

O único fluxo financeiro existente é inverso: não é a Impugnante quem paga ou concede os ganhos ao Participante, mas é ele quem entrega recursos para a Impugnante, com o intuito de exercer a opção e adquirir as ações.

Seria diferente a situação em que a Impugnante concedesse ações - ou qualquer outro ativo financeiro - em retribuição dos serviços prestados, como parte da remuneração. Mas, a situação de fato e de direito analisada no caso não é essa e não há sustentação jurídica para a tese defendida pela d. autoridade fiscal.

7 - Características Essenciais de Um Contrato Mercantil – Presença dos Elementos no Caso Concreto

As opções são contratos nos quais invariavelmente existe um fator de risco agregado, uma vez ser este inerente a tal modalidade de investimento. Assim, o titular de uma opção de compra está sempre apostando na valorização do ativo objeto de suas opções no mercado a vista e certamente perderá caso essas venham a se desvalorizar.

O risco para os beneficiários não é vinculado, como erroneamente supôs a d. autoridade fiscal, exclusivamente ao não pagamento do prêmio. O prêmio representa apenas parcela do valor de uma opção, devendo ser somado ao valor do exercício para que se possa constituir o investimento realizado.

A supressão do risco ocorreria apenas se a empresa interferisse ativa e diretamente no Plano de Opções com o objetivo de garantir sempre que seus empregados obtivessem ganho, o que não acontece no presente caso, na medida em que não há qualquer interferência da Impugnante ao longo da vigência de seus Planos, razão pela qual há que se reconhecer desde já tal risco.

Os contratos firmados em razão dos Planos da Impugnante possuem natureza mercantil, o que leva mais uma vez à improcedência do auto de infração que deu origem ao presente processo administrativo.

Os contratos de compra e venda, previstos nos artigos 481 e seguintes do Código Civil, trazem consigo algumas características essenciais, quais sejam: (i) bilateralidade; (ii) consensualidade; e (iii) onerosidade.

Não há dúvida de que todos os elementos do contrato mercantil em questão estão presentes nos Planos analisados pela d. autoridade fiscal, inclusive os riscos decorrentes do objeto que foi contratado (opção de compra de ações).

É importante deixar claro que risco é incerteza e no mercado financeiro a incerteza é representada pela oscilação do ativo que se pretende investir.

Para não deixar dúvidas acerca dos riscos enfrentados pelos Participantes do Plano em questão, a Impugnante elaborou o gráfico abaixo, o qual mostra a oscilação das ações relacionadas às opções outorgadas a partir do ano de 2010, ou seja, abarcando o período do presente auto de infração:



Note-se do gráfico que a ação da Impugnante é extremamente volátil no mercado secundário, com mínima, no período, abaixo dos R\$8,00 e máxima próxima dos R\$16,00, ou seja, uma variação de quase 100%. Como negar a existência de risco em se tratando de um ativo sujeito a tamanha variação de preço (volatilidade)?

Do exposto fica claro que, nos exatos termos da legislação aplicável, a Impugnante estruturou e executou o seu Plano de Opção de Compra de Ações, firmando contratos mercantis com os Participantes.

8 - Procedimento para o Exercício da Opção de Compra - Demonstração da Existência de Risco

O exercício é um negócio jurídico complexo, i.e., formado por sucessivos atos, que tem como objetivo transferir a titularidade

dos títulos mobiliários aos empregados, mediante o pagamento de preço, para que se possa negociar as ações livremente no mercado.

No caso do empregado desejar exercer a sua opção, ele deverá comunicar à sociedade emissora das ações, por escrito e em caráter irretratável e irrevogável, sobre a sua intenção, conforme carta apresentada à d. autoridade fiscal e reproduzida abaixo:

Após receber a comunicação escrita e ser comprovado o pagamento do exercício, a titularidade do ativo é transferida ao empregado (Doc. 10).

Assim, há um lapso temporal entre o comprometimento irrevogável e irretratável do empregado em exercer a opção de compra lhe outorgada e a efetiva transferência da titularidade do ativo ao empregado, para que possa alienar as ações no mercado.

Deste modo, o empregado também corre risco de, no dia seguinte ao da manifestação de sua vontade em exercer as opções, as ações da sociedade se desvalorizarem, tornando o preço de exercício superior ao de mercado, gerando inesperado e Irretratável prejuízo.

Como se vê, o empregado está sujeito às oscilações mercado mesmo durante o aperfeiçoamento do exercício, não havendo dúvidas quanto à existência de risco.

9 - Inaplicabilidade do CPC 10 (R1) - Tentativa de Criação de um "Novo Tributo" não Previsto em Lei

Em observância ao quanto dispõe a Deliberação CVM nº. 371/2000 e o ofício circular CVM/SNC/SEP/nº 01/2005, é obrigatória a divulgação, pelas companhias de capital aberto, de "nota explicativa" acerca de Plano de Opção Compra de Ações adotados pelas companhias.

Tais notas explicativas são elaboradas de acordo com orientações contidas em pronunciamentos contábeis, de modo que todas as supostas evidências levantadas pela d. autoridade fiscal (os denominados "documentos societários informativos") não têm qualquer relevância para fins de investigação da natureza jurídica das opções de compra de ações.

Já com relação aos efeitos contábeis, vale destacar que, antes da entrada em vigor do CPC 10, a outorga de opções sequer era considerada, para fins contábeis, como despesa, sendo a referida outorga tratada pelo regramento anterior como uma alienação de ações quando do exercício dessas, afetando apenas o patrimônio líquido da companhia.

A partir da entrada em vigor do CPC 10, a outorga de opções passou a ser considerada, para fins estritamente contábeis, como uma despesa, a fim de garantir transparéncia aos acionistas acerca da quantidade de opções outorgadas, na medida em que o exercício pode afetar diretamente os acionistas, como nos casos de diluição do capital, mas não possui nenhuma correlação com hipóteses de incidência tributária.

O que a d. autoridade fiscal faz parecer é que a entrada em vigor de urna norma contábil teria afetado a hipótese de incidência do

imposto de renda da pessoa física. Caso assim fosse, seria possível admitir que o CPC possuiria competência tributária, em nítida subversão de nosso sistema tributário, perpetrado por normas contábeis.

Como se sabe, as novas regras contábeis não podem afetar a apuração dos tributos no período fiscalizado (exercício de 2011 e 2012), tendo em vista que o art. 15 da Lei nº 11.941/09 instituiu o Regime Tributário de Transição ("RTT"), desvinculando o balanço para fins fiscais e estabelecendo a neutralidade tributária.

Deste modo, conforme se verifica, as disposições contidas no CPC nº 10 não se prestam a fundamentar a autuação fiscal dos valores relativos ao Plano de Opção de Compra de Ações da Impugnante, por total falta de subsídio legal nesse sentido.

10 - Finalidade dos Planos: Atração, Retenção e Compartilhamento dos Riscos do Negócio

O Plano de Opção de Compra de Ações 2007 foi aprovado justamente no contexto de transição e desmutualização e abertura de capital da BM&F, objetivando engajar os seus empregados nos objetivos da nova companhia.

Visando à concretização do fortalecimento das bolsas de valores, mercadorias e futuros no país, em 08.05.2008, foram aprovadas as incorporações da BM&F S.A. e da totalidade das ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A.

Na mesma data em que houve a unificação da BM&F S.A. e da Bovespa Holding, foi aprovado novo Plano de Opção de Compra de Ações (Plano de 2008), que foi aprovado no contexto da criação de uma nova companhia, objetivando incentivar os empregados que passaram a atuar em conjunto, de modo a aumentar as chances de êxito do novo empreendimento.

Os Planos e as outorgas foram aprovados por centenas de acionistas, os quais, não tiveram qualquer retorno a eles relacionados, salvo o aumento do comprometimento dos empregados (já que estes passaram a compartilhar os riscos do negócio), o que implicou em uma gestão mais profissional e comprometida com os objetivos da Companhia (pois, por se tratar de Planos de longo prazo, estes obrigam os envolvidos a se comprometerem com a sustentabilidade do negócio durante esse período).

É descabida a afirmação feita pela d. autoridade fiscal de que as Opções de Compra de Ações seriam meios hábeis a remunerar. A verdade é que se trata de instrumento bastante eficaz para o alinhamento entre a Companhia e os seus colaboradores, para uma gestão sustentável e mais responsável (o que é de suma importância em companhias de capital aberto, já que há diversos exemplos de gestões que visavam apenas ganhos imediatos e que acabaram por prejudicar a continuidade da companhia).

Não há dúvidas de que a d. autoridade fiscal presumiu, sem fundamento, que todo e qualquer negócio jurídico realizado entre empregador e seus trabalhadores tratar-se-ia de remuneração para fins de incidência de tributos, o que, como se evidencia à exaustão, não é verdade.

Insta frisar que as opções nem sempre são exercidas e que o ganho não é certo, na medida em que diversos Participantes

exerceram suas opções muito tempo depois do fim do vestíng e outros sequer exerceram o seu direito até o momento.

Isso desmonta completamente o argumento aventureiro pela d. autoridade fiscal de que não seria um contrato mercantil e sim uma forma de remuneração. Ora, se remuneração fosse, todos os Participantes do Plano teriam exercido as suas opções imediatamente e não aguardariam tanto tempo para fazê-lo, como ocorreu em vários casos.

Essa descrição, inerente à natureza dos planos de stock options, só reforça o caráter de investimento sob o ponto de vista do Participante e de uma ferramenta de compartilhamento de riscos e de retenção e atração de talentos sob a ótica da Impugnante, na medida em que não há qualquer retribuição por serviços prestados, mas a possibilidade de que o titular colha os frutos do rendimento da companhia no futuro, como um verdadeiro investidor.

Tanto é assim que os Planos da Impugnante permitem que um empregado que tenha se desligado venha, em até 90 dias a contar do término da relação empregatícia, exercer as opções que já tenham cumprido o prazo de carência.

Ora, considerando-se que, na visão da d. autoridade fiscal exercício das opções é o momento da ocorrência do fato gerador, poderemos nos deparar com uma situação absurda na qual a Impugnante estaria remunerando um ex-empregado e seria instada a efetuar recolhimentos previdenciários em nome de uma pessoa com quem não possui mais qualquer relação trabalhista.

Desta forma, se o raciocínio da d. autoridade fiscal estivesse correto e a outorga das opções estivesse diretamente vinculada à retribuição pelo trabalho prestado, para fazer jus às suas opções os Participantes deveriam ter atingido metas e trabalhado de forma mais intensa quando de sua demissão, falecimento, ou em caso de invalidez permanente, para, somente então, fazer jus ao recebimento da totalidade de suas opções de ações.

Logo, não há qualquer liame cognitivo entre o Plano de Opção de Compra de Ações e a retribuição paga ao Participante em decorrência da relação de trabalho eventualmente existente.

11 - A Impropriedade da Base de Cálculo Eleita pela Fiscalização

Fundamentos do Mercado de Opções x Planos de Outorga de Opções

A outorga de opções de compra de ações não pode ser tratada como remuneração.

Isso porque, trata-se de contrato firmado entre a Impugnante e os Participantes dos Planos, os quais se traduzem, inicialmente, em meras expectativas de direito, que possuem três características marcantes, reitere-se, a voluntariedade (aceitação pelo titular das opções e decisão exclusivamente sua sobre exercer ou não as opções), onerosidade (para exercer as opções o titular deve dispor de recursos próprios, bem por isso é que é um contrato marcado pela voluntariedade) e risco do investimento por eles realizado.

Adicionalmente a isso, vale ressaltar que, mesmo que se pudesse entender que a outorga de opções de compra de ações se prestaria a remunerar algo - o que se admite apenas para argumentar - a base de cálculo, no caso concreto, seria zero (valor do prêmio de uma stock option em razão das restrições impostas que lhe retiraram a possibilidade de monetização), o que impediria a cobrança do tributo.

Isso porque em condições de mercado, o valor de uma opção de compra (o prêmio que o titular teria que pagar ao lançador/outorgante da opção) é definido a partir de um arranjo de probabilidades ponderado pelas condições estabelecidas para o exercício.

Pode-se dizer, assim, resumidamente, que o preço da opção de compra é uma função da probabilidade de, na maturidade da opção, o papel ter valorizado para além do valor da somatória do strike - preço de exercício de uma opção - e do prêmio, ou, em outras palavras, a probabilidade de exercício da opção.

Diferentemente destas opções comuns de mercado os Planos de Opções da Impugnante prevêem certas condições que retiram a possibilidade de uma apreciação econômica do direito outorgado, motivo pelo qual nem mesmo no momento das outorgas seria possível tributar as opções. Neste contexto, o prêmio seria igual a zero.

Caso se estivesse diante de uma outorga de opções livremente negociáveis no mercado, em que o titular pudesse optar por aguardar o exercício ou aliená-la no mercado, hipótese na qual receberia do adquirente o valor do prêmio, poder-se-ia até alegar que se estaria diante de remuneração, na medida em que a companhia teria concedido algo passível de ser valorado e monetizável pelo empregado.

Entretanto, não é esse o cenário, pois não há nos Planos de Concessão de Opções de Ações, nem nos contratos firmados, a entrega de um ativo/instrumento financeiro livremente negociável.

Da impropriedade da adoção do valor justo como base de cálculo

A opção outorgada sequer possui um valor, ela não representa um bem que se incorpora ao patrimônio do empregado: nem ele poderá considerar que a opção outorgada (mediante contrato) com o valor justo acresceu ao seu patrimônio, nem que a ausência de exercício o teria reduzido.

Não é crível imaginar que alguém pagaria o valor justo de um ativo que não possa ser negociado no mercado.

Os métodos indicados no CPC 10 para precificação de ações, modelos Black&Scholes ou modelo binomial, são fórmulas criadas e utilizadas para a precificação de opções de mercado, e não de opções oriundas de planos de concessão. Ora, se tais modelos apenas estimam o valor das opções para fins contábeis, alterando o cenário no qual essas realmente existem, como poderiam ser utilizados para infirmar o fato gerador de um tributo?

Relembre-se que a Defendente já foi alvo de outra autuação fiscal, envolvendo a mesma situação fática, na qual se elegeu como base de cálculo a diferença entre o valor das ações no

momento do vesting e o preço de exercício o que foi considerada como correta por esta E. DRJ.

O artigo 55, IV, do RIR é claro ao determinar que os rendimentos recebidos na forma de bens e direitos deverão ser avaliados em dinheiro e tributados pelo valor que tiverem no momento de sua percepção.

Ora, no caso concreto temos claro que a d. autoridade fiscal não procede à avaliação das opções em dinheiro no momento por ela própria eleito como da percepção da suposta remuneração, i.e., no exercício da opção. Pelo contrário, ela apropria-se do valor contábil das despesas da Impugnante para tal, valor este que é calculado no momento da outorga, ou seja, em momento completamente diverso daquele eleito como fato gerador.

Nesse cenário, pela simples aplicação do art. 55, IV, do RIR, o único valor passível de tributação seria o valor das opções, avaliadas em dinheiro, no momento da percepção, ou seja, no momento do exercício. Certamente tal valor não corresponderá ao valor justo utilizado pela Impugnante para fins de registro contábil das opções outorgadas.

Por conseguinte, demonstra-se que a base de cálculo do IR/Fonte eleita, além de não ter qualquer relação com o fato gerador escolhido pela d. autoridade fiscal, também foi calculada com base em procedimento criado por ela mesma, sem qualquer base legal para tanto.

Crítica da Contabilidade ao Registro do Valor Justo como Despesa para a Entidade - Impossibilidade de Utilização como Base de Cálculo do IR/Fonte

A tentativa da d. autoridade fiscal de adotar o valor justo registrado contabilmente como equivalente à suposta remuneração paga pela Impugnante a seus empregados não pode ser aceita, pois se trata de um parâmetro inválido para fins de aferição indireta da base de cálculo.

Nos termos dos itens B4 e B6 do CPC 10, em muitos casos, não é possível equiparar o prêmio de opções disponíveis no mercado ao prêmio que eventualmente poderia ser exigido por uma Companhia que outorga opções gratuitas a seus empregados, por estarem sujeitas a termos e condições diversos, devendo o valor justo ser estimado pela aplicação de modelo de precificação de opções:

*"B4. Para as opções de ações outorgadas a empregados, **em muitos casos não existe preço de mercado disponível**, em decorrência de as opções outorgadas estarem sujeitas a termos e condições que não são aplicáveis às opções negociadas no mercado. Se opções negociadas com termos e condições similares não existem, **o valor justo das opções outorgadas deve ser estimado pela aplicação de modelo de precificação de opções.**" (g.n.)*

Portanto, verifica-se que o valor justo registrado pela entidade não reflete uma "precificação do serviço prestado", i.e., remuneração, mas sim um valor estimado do prêmio que seria pago no mercado pela aquisição das opções, se essas estivessem disponíveis para negociação no mercado, que nem sequer reflete conceitualmente uma despesa da Impugnante.

O registro contábil do valor justo das opções é realizado com o intuito meramente informativo ao mercado e seus acionistas, para sinalizar o "custo de oportunidade", suportado pelos acionistas, ao deixarem de oferecer opções de ações com as mesmas características no mercado, com a cobrança do correspondente preço.

Em assim sendo, a própria contabilização deste custo de oportunidade como despesa é alvo de questionamento. Isto porque a natureza de despesa atribuída a este lançamento não encontra respaldo no próprio conceito de despesa previsto no Pronunciamento Conceitual Básico (aprovado pela DELIBERAÇÃO CVM N° 675/2011):

"(ii) Despesas são decréscimos nos benefícios econômicos durante o período contábil sob a forma de saída de recursos ou redução de ativos ou incrementos em passivos, que resultam em decréscimo do patrimônio líquido e que não sejam provenientes de distribuição aos proprietários da entidade." (g.n.)

Pode-se citar como outra grande crítica à regra contábil estabelecida pelo CPC 10 (R1) a necessidade de registro deste "custo de oportunidade", pois, como regra, a contabilidade não reconhece o registro de eventos com essa natureza. O único caso de registro de custo de oportunidade é exatamente o previsto no CPC 10.

Ademais, a contabilização dessa "despesa" correspondente ao custo de oportunidade é feita por meio de avaliação de forma unilateral, sem qualquer participação do empregado para a sua definição. Ou seja, em nenhum momento o valor justo apurado pela companhia é negociado com o empregado para fins de definição do valor da suposta remuneração.

Válido mencionar que esta "despesa" só passou a ser considerada dedutível para fins de apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica a partir da entrada em vigor do artigo 33 da lei 12.973/2014, demonstrando que, até então, não havia previsão para que se desse tratamento de remuneração às opções outorgadas, ainda que não tivessem caráter mercantil.

Ora, se até então não era possível a dedução dessa despesa, não há que se falar na incidência de imposto de renda sobre ela.

Incompatibilidade do Fato Gerador Eleito pela Fiscalização com a (Base) de Cálculo do IR/Fonte

A d. autoridade fiscal foi contraditória ao considerar que a remuneração é composta pelo prêmio que não foi pago pelos titulares dos Planos no momento da outorga e, ao mesmo tempo, afirmar que o fato gerador ocorre quando do exercício das opções de compra pelos titulares. São momentos distintos e fatos distintos!

Por coerência, se a suposta remuneração ocorreu em razão de o prêmio estipulado ser zero, o fato gerador teria se concretizado naquele momento e não quando do exercício. O exercício, pela linha defendida pela d. autoridade fiscal, gera outro vínculo entre o titular e a companhia que não tem qualquer relação com a outorga das opções de compra de ações. Há um nítido descompasso entre os valores que foram escolhidos para representar a suposta remuneração que teria sido recebida pelos titulares do Plano e o momento da ocorrência do fato gerador do

tributo, cujo não recolhimento levou à aplicação da multa ora combatida.

Por fim, vale esclarecer que, se a contabilização fosse reveladora da característica remuneratória dos Planos de Opções de Compra de Ações, então a sua contabilização deveria seguir os mesmos padrões das outras verbas reconhecidamente remuneratórias, refletindo o acréscimo do patrimônio trabalhista do empregado como, por exemplo, descanso remunerado, fundo garantia por tempo de serviço etc.

Nesse contexto, as despesas com remuneração são contabilizadas como "despesas com pessoal", perfazendo base de cálculo para IRRF e INSS, bem como para dedutibilidade das despesas. As despesas com veículos, por exemplo, são reconhecidas contabilmente como "despesas de frota". Posteriormente, para fins de tributação pelo imposto de renda e para o cálculo e recolhimento das contribuições previdenciárias, os valores da depreciação dos veículos são transportados para a folha de pagamento do empregado como uma remuneração indireta.

E mais, como já foi esclarecido, mesmo sendo contabilizadas como "despesas com pessoal", a outorga de opções não pode ser excluída da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que demonstra a independência, durante a vigência do RTT, entre a contabilidade e a tributação.

Fica claro, desta forma, que o próprio CPC 10 não determina que para os Planos de Opções de Compra de Ações sejam seguidos os mesmos parâmetros de contabilização dos exemplos mencionados no parágrafo anterior.

Isso revela a incoerência do raciocínio fiscal, que fundamentou a autuação nas técnicas contábeis veiculadas pelo CPC 10, para fins de contabilização das despesas com os Planos de Opções de Compra de Ações.

Todo o exposto conduz para a conclusão de que o lançamento fiscal está maculado pela incoerência do fato gerador do IR/Fonte, motivo pelo qual não pode prosperar a exigência da multa ora combatida.

12 – AdArgumentandum - Impossibilidade de Tributação da Parcela do Valor Justo que Não Foi Efetivamente Realizada

Nada obstante, mesmo que se entenda que (I) as referidas opções possuem natureza remuneratória, (II) que a incidência do IR/Fonte no momento do exercido respeitaria o regime de caixa e que (III) a autoridade fiscal poderia implementar novo critério jurídico para aferir a suposta base de cálculo com base no valor justo das opções, o que se admite ad argumentandum, o auto de infração em questão é nulo.

DO PEDIDO

Ante o exposto, a Impugnante requer a esta C. Delegacia de Julgamento o recebimento, o conhecimento e o provimento da presente Impugnação, com a consequente desconstituição do crédito tributário exigido e o cancelamento integral do auto de infração originário do presente processo administrativo.

A DRJ/SPO julgou a impugnação parcialmente procedente pelas razões a seguir consignadas:

a) Preliminares:

- as preliminares de nulidade do lançamento fiscal arguidas pela impugnante não encontram amparo no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF);
- quaisquer outras irregularidades, que não as previstas no art. 59 do Decreto 70.235/1972, tais como incorreções e omissões cometidas em Auto de Infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio, nos termos do art. 60 do mencionado Decreto;
- ainda que se considere que o disposto no artigo transcrito não encerra relação *numerus clausus* de possibilidades de nulidade, somente poder-se-ia cogitar desta no caso de vício em um dos elementos estruturais dos atos administrativos atacados, a saber, além da competência do agente, a forma, o objeto, a finalidade ou o motivo do ato;
- quanto à autuação resultado de procedimento fiscal anterior (processo nº 16327.721268/2012-88), observa-se, de plano, que apesar de também tratar das remunerações efetivadas por meio de “Opções de Compra de Ações” decorrentes de Planos do Contribuinte, o período do débito é diverso, aquele diz respeito a 01/2007 a 12/2008 e este de 01/2011 a 12/2012;
- apesar do critério adotado para a identificação da base de cálculo ter sido diverso, não há *bis in idem* nas autuações, pois dizem respeito a fatos geradores distintos, ainda que tenham a mesma origem (os Planos de 2007 e 2008) e a atuação anterior (mencionada pela Autoridade Fiscal como pela Impugnante) tenha adotado parâmetro diverso;
- ao contrário do que articula a recorrente, o Auto de Infração que compõe o presente processo foi lavrado em conformidade com a legislação de regência; e o motivo/fundamentação (Falta de Retenção ou Recolhimento do IRRF e a fundamentação legal - artigo 9º da Lei nº 10.426/2002), estão devidamente expostos no Termo de Verificação Fiscal (fls. 636 a 685).

b) Decadência:

- a motivação lançamento foi a falta de retenção do IRRF incidente sobre fatos geradores ocorridos no período de 01/2011 a 12/2012, sendo certo que o contribuinte foi notificado do lançamento em 05/05/2015 (fl. 688);
- independentemente da contagem pelo art. 173, I ou 150, § 4º do CTN, tendo em vista que a competência inicial do Auto de Infração em

debate é 01/2011 e como o lançamento foi cientificado ao contribuinte em 05/05/2015, não resta dúvida de que a autuação foi efetivada no prazo legal.

c) Mérito:

- Falta de fundamento legal para a cobrança de multa pela não retenção ou recolhimento do IR fonte:

- a multa exigida da fonte pagadora, em razão da falta de retenção do IRRF, possui como fundamento legal o art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

- Natureza das Stock Options:

- as opções de compra ofertadas pela impugnante foram entregues sem custo (premio zero) sob a condição da manutenção do vínculo do beneficiário com a Companhia, atrelado ao cumprimento de metas (plano 2008 e seguintes);
- a planilha apresentada pela impugnante não deixa dúvida de que o preço de exercício das opções foi estabelecido de forma que a operação resulte em lucro para os beneficiários;
- o preço de exercício do plano de 2007, foi o equivalente a somente 4,35% do valor de mercado na data da outorga, bem assim, foi dispensada a carência para a venda das ações necessárias para cobrir o custo do exercício da opção;
- no caso em tela, o exercício da opção está condicionado à manutenção do vínculo com a instituição (Plano 2007) e ao cumprimento de metas (Programa 2008/2009, 2009 e 2010). Assim, em atenção ao disposto no item 19 do Pronunciamento CPC 10, o reconhecimento da despesa ocorrerá apenas após o cumprimento das condições de aquisição;
- o valor justo estimado na outorga deve ser revisto na data da aquisição do direito;
- o fato de o beneficiário estar sujeito às condições de mercado após o exercício da opção não tem qualquer relação com o Plano oferecido pela Companhia, visto que, a partir deste momento o poder de decisão é do beneficiário;
- ao contrário do que afirma a impugnante, o beneficiário não está sujeito aos riscos de mercado, afastando assim o caráter mercantil do plano de opções de compra de ações em comento, bem como o regramento fiscal previsto no 49 da IN RFB nº 1.022/2010.

- Remuneração Decorrente dos Planos de Opções de Compra de Ações – Stock Options

- à luz da legislação do imposto de renda a tributação dos ganhos auferidos pelos beneficiários das *stock options* independe da sua natureza;
- faz referência aos arts. 43, XVII e 55, IV para afirmar que, mesmo que se entenda que as *stock options* não se enquadram no conceito de benefícios ou vantagens concedidas aos empregados da Companhia, não resta dúvida de que a diferença entre o preço de exercício da opção e o valor de mercado da ação é tributável na forma do inciso IV do art. 55 do Decreto nº 3.000/1999;
- mesmo que a fiscalizada entenda que o ganho auferido pelos beneficiários dos planos em tela não está sujeito ao IRRF previsto no art. 620 do RIR/1999, deveria ter observado o disposto no art. 639 do diploma legal. Reproduz o art. 639;
- ao contrário do que alega a impugnante a exigência da multa ora guerreada não está fundamentada na Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A) e/ou no Pronunciamento CPC 10 em conjunto com a Deliberação CVM nº 650/2010, mas sim no 9º da Lei nº 10.426/2002;
- as normas em comento foram citadas pela fiscalização para reforçar que o ganho obtido na operação tem natureza salarial o que é irrelevante para o caso em tela.

- Base de Cálculo:

- a impugnante tem razão quanto a impropriedade da base de cálculo adotada pela fiscalização. Conforme explanado anteriormente o preço justo na data da outorga nada mais é do que o custo previsto da operação;
- o equívoco cometido pela Auditora Fiscal responsável pelo procedimento não implica na nulidade do lançamento, visto que, o erro na quantificação da base de cálculo do crédito tributário atinente a determinada infração não constitui vício formal, mas sim erro material, que, em regra, se comprovado, é facilmente sanável de ofício pelo próprio julgador (revisão do lançamento fiscal), desde que não resulte no agravamento da falta apurada pela fiscalização;
- o regramento detalhado nos planos implementados pela impugnante é suficiente para dispensar a análise dos contratos individuais, mesmo porque, as informações relevantes para a definição da base de cálculo do lançamento constam da planilha apresentada pela impugnante em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal de 25/06/2014;
- ao revés do que entendeu a fiscalização, a base de cálculo a ser considerada é a diferença positiva entre o valor de venda a vista da ação na data do exercício da operação e o preço de exercício da opção multiplicado pelo número de opções exercidas.

A DRJ/SPO reitera que o montante apurado no julgamento de primeira instância administrativa não pode superar o valor resultante do cálculo efetuado pela autoridade

autuante e apresenta planilha que reflete o resultado do julgamento, o qual exonerou R\$ 13.557.416,69, mantendo-se crédito tributário equivalente a R\$ 14.232.142,65.

Em sede de recurso voluntário (fls. 1149/1208), o sujeito passivo apresenta argumentações resumidas nos seguintes termos:

Preliminarmente

- (i) *A d. autoridade fiscal lavrou o auto de infração em comento utilizando como base de cálculo o “valor justo das opções outorgadas”. A DRJ identificou o equívoco suficiente à improcedência, porém houve por bem retificar a base de cálculo para considerar o valor referente à diferença positiva entre o valor da venda na data do exercício e o preço do exercício da opção;*
- (ii) *Tal retificação não deve ser admitida por esse E. CARF. Primeiro, porque a eleição de base de cálculo errada se trata de erro material e não pode ser saneada, demonstrando a iliquidez e incerteza do auto de infração, por contrariedade ao disposto no art. 142 do CTN. Segundo, porque o lançamento tributário é privativo da autoridade fiscal e não compete à autoridade julgadora retificá-lo, pois ao assim fazer, acaba por efetuar novo lançamento, acarretando a supressão de instância e cerceamento de defesa do contribuinte;*
- (iii) *A DRJ inovou ao pretender empregar fundamento legal (art. 55, IV do RIR/99) diverso dos fundamentos da autuação, o que revela a insuficiência legal do auto de infração em comento e impõe a declaração de sua improcedência;*
- (iv) *Os critérios adorados pela d. autoridade fiscal no presente lançamento tributário se contrapõem àqueles empregados em autuações anteriores que se basearam nos mesmos planos do mesmo contribuinte. Trata-se de alteração de critério jurídico, expressamente vedado pelo art. 146 do CTN;*
- (v) *Se fosse válida a autuação tal como lavrada (o que se menciona somente para argumentar e com o que não se concorda), mesmo assim o auto de infração deve ser cancelado, pois teria se operado a decadência a impedir a constituição do crédito tributário, já que os Planos da recorrente datam de 2007 e 2008 e o auto de infração foi lavrado em 04/05/2015. 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;*

Mérito

- (vi) *No mérito, inexiste previsão legal para a aplicação da multa isolada do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, pois tal penalidade foi expressamente revogada após as alterações da Lei nº 11.488/2007, conforme pacífica jurisprudência do E. CARF;*
- (vii) *Não procede o entendimento da d. autoridade fiscal e da DRJ de que os Planos da recorrente teriam caráter*

remuneratório. Em verdade, tais Planos têm caráter mercantil, tendo em vista que todas as características de contratos mercantis estão presentes: bilateralidade, consensualidade, onerosidade e risco;

(viii) As opções de compra de ações não têm qualquer previsibilidade de ganho por se sujeitarem a riscos de mercado. Nem se pode admitir que o valor justo de opções poderia se referir a remuneração, tendo em vista que se trata apenas de contabilização de valoração de despesas dos acionistas. Do mesmo modo, não se pode admitir que o CPC 10 caracterizaria os Planos como remuneratórios, pois tal norma se atém a fins estritamente contábeis;

(ix) Por não terem caráter remuneratório, evidente que não há fato gerador do IR/Fonte. Ainda que houvesse, tem-se certo que não há qualquer acréscimo patrimonial no exercício das compras de ações, fato gerador do imposto de renda. Eventual ganho somente existirá quando houver a alienação das ações, o que demonstra a improcedência do entendimento da d. autoridade fiscal;

(x) A base de cálculo eleita pela d. autoridade julgadora (diferença positiva entre o valor da venda na data do exercício e o preço do exercício da opção) também não procede, pois eventual ganho somente pode ser apreciado quando da alienação das ações e os valores considerados nunca foram pagos pela recorrente aos beneficiários. Trata-se de fluxo financeiro entre os beneficiários e terceiros (adquirentes das ações);. Inclusive, essa base de cálculo ora adotada se sobrepõe à base de cálculo do imposto de renda referente aos ganhos líquidos, o que revela dupla incidência e não deve ser admitido.

(xi) Embora não seja objeto do presente processo a tributação pelas Contribuições Previdenciárias, mas sim do processo administrativo nº 16327.720432/2015-82, importante destacar que o E. CARF e o TRF3 já analisaram Planos similares aos aqui tratados e concluíram pelo caráter mercantil;

(xii) Por todo o demonstrado, resta evidente a improcedência do presente lançamento tributário, que deverá ser acatado por esse E. CARF, a fim de cancelar integralmente o auto de infração originário do presente processo.

Requer, por fim, o conhecimento e o provimento do recurso voluntário com a consequente desconstituição do crédito tributário e o cancelamento integral do auto de infração.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho, Relator

RECURSO DE OFÍCIO

Com fulcro no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235/72 e presentes os pressupostos de admissibilidade, vez que o valor exonerado ultrapassa o valor de alçada previsto na Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, conheço do Recurso de Ofício, passando à sua análise.

Consoante Termo de Verificação Fiscal, “*a auditoria apurou a base de cálculo do IRRF devido pelo sujeito passivo, a qual foi obtida multiplicando-se a quantidade de opções de compra de ações exercidas pelos beneficiários pelo seu valor justo*”.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento, por seu turno, trouxe entendimento diverso. De acordo com o veiculado no acórdão recorrido: “*No caso concreto a base de cálculo a ser considerada é a diferença positiva entre o valor de venda a vista da ação na data do exercício da operação e o preço de exercício da opção multiplicado pelo numero de opções exercidas*”.

Sem aprofundar a discussão acerca da base sobre a qual deve ser calculado o tributo devido, visto que isso será objeto de análise mais detalhada na parte deste acórdão destinada ao exame do recurso voluntário, entendo assistir razão à DRJ/SPO, visto que o acréscimo patrimonial experimentado pelos destinatários das *stock options* somente pode ser aferido no momento em que se der o efetivo exercício das opções e o seu valor é o equivalente à diferença entre o preço de venda da ação e o de exercício da opção, multiplicado pela quantidade de opções exercidas.

Assim, entendo pela negativa de provimento ao recurso de ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Preliminares Referentes à Decisão Recorrida

Erro Material na Apuração da Base de Cálculo Reconhecido pela DRJ

Aduz o sujeito passivo que a decisão recorrida entendeu que a base de cálculo identificada pela autoridade autuante estaria errada e, ao afirmar que ela é imprópria para mensurar a remuneração, concluiu pela existência de erro material no lançamento. De acordo com a defendant, a DRJ/SPO, ao apresentar entendimento diverso da fiscalização, acerca da

sistemática de cálculo do crédito tributário, teria alterado de critério jurídico de eleição da base de cálculo do imposto, em afronta ao art. 142 do CTN, o qual atribui essa competência, em caráter privativo, à autoridade lançadora.

Primeiramente, é preciso esclarecer a expressão “erro material”, empregada no acórdão recorrido, em nada se confunde com “vício material”. Desse modo, ao se valer da indigitada expressão, não intentou o relator do *decisum* vergastado apontar a existência de vício insanável, mas tão-somente a ocorrência de inexatidão de menor importância relacionada a um aspecto objetivo do lançamento, ou seja, mero erro escusável no cálculo do tributo lançado. Tanto assim que o colegiado de primeira instância não fez qualquer menção a hipóteses de anulação do feito fiscal, de outro modo, considerou o erro material identificado como “*facilmente sanável pelo próprio julgador*”. Descabida portanto, a asserção do sujeito passivo de que o uso de tal expressão significaria o reconhecimento de nulidade do lançamento pela instância julgadora *a quo*.

A propósito do valor apurado no lançamento e de sua revisão pela autoridade julgadora de primeira instância, tem-se que, enquanto a fiscalização apurou a base de cálculo da exação com base no valor justo das opções, a DRJ/SPO entendeu que o correto seria considerar a diferença positiva entre o preço de venda da ação no mercado a vista e seu preço do exercício.

De se esclarecer que, além de outras, o cálculo do valor justo da opção tem como principais variáveis o preço de venda da ação no mercado a vista e o valor do exercício da opção, o que já denota que o ajuste feito pela decisão atacada para a determinação da multa devida não configura incorreção apta a ensejar de vício material o lançamento, eis que perfeitamente sanável pelos órgãos de julgamento administrativo sem qualquer prejuízo à ampla defesa ou ao contraditório.

Ademais, entendo que, embora a decisão atacada tenha retificado o valor do lançamento, expurgando de seu cálculo variáveis, que, segundo seu juízo, distorciam o quantum acrescido ao patrimônio dos destinatários das *stock options*, os limites fixados no litígio não sofreram quaisquer alterações, isso porque os fatos descritos no Termo de Verificação Fiscal e as razões que levaram a autoridade autuante a lavrar o Auto de Infração (acusação) não foram alterados pelo acórdão vergastado. Senão vejamos:

- a) o fato é a outorga de *stock options* a colaboradores e o exercício, por esses, do direito à opção de compra de ações da autuada; e
- b) a acusação diz respeito à ausência de retenção e recolhimento, na fonte, do imposto de renda decorrente dessa operação.

Veja-se que inexiste na decisão da DRJ/SPO inovação acerca do fato objeto de exame, tampouco da acusação que deu azo à autuação. Teria razão o sujeito passivo caso se verificasse inconsistente a autuação e o julgador, em razão de infração diversa, mantivesse o crédito tributário, o que não foi o caso.

Aliás, sobre alegações dessa natureza, alteração do critério jurídico na definição de base de cálculo de exação tributária, a Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF vem manifestando posicionamento semelhante ao aqui expressido. Veja-se, por exemplo, o entendimento prolatado no Acórdão 9202-003.700, de 2016 que trata de alienação de participações societárias:

Por conta das discussões travadas em plenário sobre o tema, penso ser necessário aqui fazer um esclarecimento quanto à

dúvidas sobre a eventual ocorrência de alteração do critério jurídico do lançamento por esta decisão.

Tenho plena convicção de que não se está aqui alterando critério jurídico, porque no lançamento e na respectiva impugnação encontram-se claramente fixados os limites da lide e não foram alterados. Com efeito, o fato e a acusação em debate estão perfeitamente descritos no termo de verificação fiscal e, na decisão, é precisamente esse fato que se analisa:

i. o fato é a alienação de participações societárias,

ii. a acusação é de insuficiência do recolhimento do tributo por erro na apuração do ganho de capital, por se entender que a capitalização de lucros refletidos em sociedades investidoras, pelo método da equivalência patrimonial, não teria o condão de alterar o custo da participação societária alienada.

iii. o que se apresenta aqui, sem qualquer inovação quanto ao fato analisado e a acusação originalmente feita, é o fundamento que este conselheiro entende ser suficiente para julgamento da acusação, em face das alegações do sujeito passivo.

Diferente seria o caso em que há uma acusação verificada insubstancial mas, por conta de outra infração, fosse mantido o tributo lançado, situação que não ocorre aqui.

Cumpre lembrar que o julgador não está vinculado ao fundamento das partes, somente não pode exarar uma decisão extra-petita, o que, conforme acima esclarecido, não ocorreu.

[...]

a.IV – Conclusão

Como a exigência original foi apenas de parte do valor que este conselheiro, nos termos da fundamentação deste voto, entende devido, e considerando a impossibilidade de reformatio in pejus voto por NEGAR provimento ao recurso especial de iniciativa do contribuinte, para manter o crédito tributário reconhecido como devido pela decisão a quo, inclusive a multa de ofício no patamar mantido pelo acórdão recorrido, bem como a incidência de juros de mora sobre o principal e sobre a mencionada multa.

No mesmo sentido, são os acórdãos nº 9202-003.764, 9202-003.767 e 9202-003.768.

Ademais, conquanto não vincule os julgadores de segunda instância administrativa, impede asseverar que a Solução de Consulta Interna COSIT nº 8/2013, suscitada pelo recorrente como fundamento para a anulação do feito fiscal, trata de situação em que o lançamento encontra-se eivado de vício material, sendo, portanto inaplicável à situação que ora se analisa. De outro lado, as decisões administrativas trazidas à baila pelo recorrente encerram situações fáticas próprias não podendo ser aplicadas indistintamente em benefício ou prejuízo de terceiros.

Pelas razões acima dispostas e a despeito dos arestos doutrinários fomentados na peça de defesa, não verifico ofensa ao art. 142 do CTN e, portanto, rejeito a presente preliminar.

“Novo Lançamento” com Critério Jurídico Diverso Daquele Adotado pelo Agente Fiscal – Impossibilidade de Aplicação para Fatos Geradores Ocorridos Anteriormente à Introdução do Novo Critério

No que respeita as alegações acerca da impossibilidade de lançamento com critério jurídico diverso daquele empregado em lançamento anterior, já restou consignado que a decisão de primeira instância não se traduz em novo lançamento.

Desse modo, impõe-se afastar a presente preliminar.

Indevida Inovação do Lançamento Tributário – DRJ/SP Pretendeu Alterar os Fundamentos da Autuação – Necessária Improcedência da Autuação

Alega o sujeito passivo que a DRJ teria inovado ao pretender empregar fundamento legal (art. 55, IV do RIR/1999) diverso dos fundamentos da autuação, o que revelaria a insuficiência legal do auto de infração em comento e imporia a declaração de sua improcedência.

A esse respeito, para uma melhor compreensão dos fatos, convém reproduzir, *ipsis litteris*, os argumentos trazidos no *decisum* sob ataque:

Como se vê, mesmo que se entenda que as stock options não se enquadram no conceito de benefícios ou vantagens concedidas aos empregados da Companhia, não resta dúvida de que a diferença entre o preço de exercício da opção e o valor de mercado da ação é tributável na forma do inciso IV do artigo 55 do Decreto nº 3.000/1999.

Assim, no caso em tela mesmo que a fiscalizada entenda que o ganho auferido pelos beneficiários dos planos em tela não está sujeito ao IRRF previsto no artigo 620 do RIR/1999, deveria ter observado o disposto no artigo 639 do diploma legal em comento, in litteris: (Grifos nossos)

Os trechos do acórdão recorrido, acima reproduzidos, são suficientemente claros no sentido de que não houve qualquer inovação por parte da DRJ/SPO a respeito da fundamentação contida no auto de infração, ou seja, a referência feita ao inciso IV do art. 55 do RIR/1999 em momento algum teve o intuito de infirmar o fundamento contido no Auto de Infração, se prestando exclusivamente a reforçar a argumentação do julgador relativamente à validade do lançamento.

Há que se esclarecer que é absolutamente pacífico na jurisprudência deste Conselho que o julgador não está adstrito aos fundamentos invocados pelas partes, podendo, à luz dos elementos fáticos e da legislação afeta à matéria objeto de litígio, formar livremente sua convicção.

Afasto assim esta preliminar.

Preliminares Referentes ao Auto de Infração

Critérios Adotados pela Autoridade Fiscal em Autuações Anteriores: Mesmo Contribuinte e Mesmos Planos

Segundo o sujeito passivo, os critérios adotados pela autoridade fiscal no presente lançamento tributário contrapõem-se àqueles empregados em autuações anteriores que se basearam nos mesmos planos da mesma contribuinte. Trata-se, no seu entender, de alteração de critério jurídico, expressamente vedado pelo art. 146 do CTN. Informa que já foi anteriormente autuada (processo nº 16327.721268/2012-88) para a cobrança da mesma multa isolada sobre o não recolhimento do IR/Fonte sobre o Plano de Compra de Ações de 2007.

Apresenta quadro com o que considera serem as principais diferenças entre a autuação ora analisada e a que consta do processo nº 16327.721268/2012-88:

	Autos de Infração PJ Principal - 2007/2008	Autos de Infração PJ Principal -2011/2012
Fato Gerador	Outorga - suspenso até o <i>vesting</i>	Outorga - suspenso até o exercício.
Base de Cálculo	Qtde. de opções vestidas x diferença entre preço médio da ação e o valor do exercício.	Qtde. de opções exercidas x valor justo das opções

Nesse ponto, verifica-se que a recorrente procura dar ao art. 146 do CTN um alcance que o dispositivo legal não tem.

Dispõe o art. 146 do CTN:

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.

Sobre esse assunto, ensina Hugo de Brito Machado¹:

Há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa simplesmente muda a interpretação, substitui uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer das duas seja incorreta. Também há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa, tendo adotado uma entre várias alternativas expressamente admitidas pela lei, na feitura do lançamento, depois pretende alterar esse lançamento, mediante a escolha de outra das alternativas admitidas e que enseja determinação de um crédito tributário em valor diverso, geralmente mais elevado.

Nos termos do artigo em comento, determinada alteração de critério jurídico de interpretação, introduzida de ofício ou em decorrência de decisão administrativa ou judicial, somente é aplicável a um mesmo sujeito passivo quanto a fato gerador ocorrido após essa

¹ MACHADO, Hugo de Brito, Curso de Direito Tributário. 11ª ed. São Paulo. Malheiros, 1996, p. 121.

alteração, ou seja, uma vez validamente sedimentada a interpretação de uma norma tributária, a mudança de seu viés interpretativo não pode retroagir para alterar situações já constituídas em relação a determinado contribuinte, sob pena de ofensa a princípios como o da proteção à confiança, da segurança jurídica e da irretroatividade.

Nesse sentido, a Súmula nº 227 do extinto Tribunal Federal de Recursos estabelece que “*A mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão de lançamento*”.

Veja-se que o art. 146 do CTN não proíbe a alteração de critério jurídico, tampouco veda sua aplicação em relação a qualquer que seja o contribuinte, mas apenas que a mudança de critério interpretativo seja aplicado retroativamente para a revisão de lançamento efetuado com base em interpretação considerada válida por ato da administração tributária.

Nessa esteira, ensina Kioshi Arada² que:

Adotado um critério jurídico de interpretação pelo fisco ao longo do tempo para fiscalizar as atividades de determinado contribuinte concluindo pela regularidade de sua situação fiscal, não pode o mesmo fisco rever as atividades do passado para exigir tributos e aplicar sanções a pretexto de que a administração alterou seu entendimento acerca da matéria.

Pois bem, embora em seus exercícios de imaginação a recorrente tenha aventado a hipótese de insegurança jurídica em relação a suposta mudança nos critérios de interpretação aplicados ao caso sob análise, o fato é que tal hipótese não ocorreu.

De se ressaltar que mesmo que o sujeito passivo alegue que no lançamento objeto do processo nº 16327.721268/2012-88, onde também figurou na condição de autuado, a fiscalização elegeu base de cálculo e momento de ocorrência do fato gerador diversos quando comparado com o lançamento ora analisado, e que essa alteração de critério poderia “*levar a verdadeiro bis in idem*”, temos que aquele lançamento foi considerado improcedente no âmbito deste Conselho (Acórdão nº 2202-003.437) justamente em razão de não terem sido reputados válidos os aspectos quantitativo e temporal da Regra Matriz de Incidência Tributária considerados pela autoridade autuante.

Assim, não vejo como o sujeito passivo possa se socorrer da disciplina contida no art. 146 do CTN, tendo em vista que:

- a) não houve alteração de critério jurídico introduzido de ofício ou em decorrência de decisão administrativa ou judicial que tenha levado a revisão de lançamento de ofício e lhe causado prejuízo;
- b) nunca pautou sua conduta na interpretação que levou à autuação objeto do processo nº 16327.721268/2012-88;
- c) os fatos geradores objeto da autuação discutida no processo supra citado referem-se a lançamentos relativos a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2007/2008 e, dessa forma, mesmo que se pudesse admitir mudança de critério jurídico, como o presente auto de infração é relativo a fatos ocorridos nos anos-base 2011/2012, não há que se falar em aplicação retroativa de interpretação superveniente.

² HARADA, kioshe. Alteração do critério jurídico de interpretação. Portal Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6998>. Acessado em 27/03/2017.

Com relação a possibilidade de *bis in idem*, para considerar válido o raciocínio desenvolvido pela recorrente, seria necessário que os dois lançamentos fossem julgados válidos o que não encontra respaldo no mundo dos fatos, pois, conforme consignado acima, o lançamento objeto do processo nº 16327.721268/2012-88 foi considerado improcedente.

Em vista do exposto, afasto a preliminar.

Vício de Fundamentação/Motivação do Lançamento -Ausência de Análise dos Contratos Individuais Celebrados com os Empregados

Alega o sujeito passivo que a autoridade autuante tomou por base os Planos de 2007 e 2008 que foram aprovados, respectivamente, pela AGE da extinta BM&F S.A., de 20/09/2007, e pela AGE da recorrente, em 08/05/2008, como principal fundamento de que seus planos de opções de compra das ações teriam caráter remuneratório e que tal expediente fiscal implicou em sua desconsideração indireta, o que é vedado pela legislação atualmente em vigor, por falta de regulamentação do art. 116, parágrafo único, do CTN.

Sobre essa questão, convém esclarecer que em momento algum a autoridade autuante cogitou a desconsideração de quaisquer dos planos do sujeito passivo, ao contrário disso, foi com base nesses planos que foi constituído o crédito tributário, não tendo a fiscalização incorrido em qualquer vedaçāo prevista na legislação em vigor.

Relativamente à alegada impossibilidade de se efetuar o lançamento com base nos Planos de 2007 e 2008, visto que esses planos, por si só, não criam vínculos entre as partes, tendo em vista que o vínculo surge a celebração do contrato de adesão, não vejo reparos nas considerações contidas na decisão recorrida de que:

Neste ponto cumpre consignar que o regramento detalhado nos planos implementados pela impugnante é suficiente para dispensar a análise dos contratos individuais, mesmo porque, as informações relevantes para a definição da base de cálculo do lançamento constam da planilha apresentada pela Impugnante em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal de 25/06/2014.

Além disso, o Demonstrativo de Remuneração por Meio de Opções (fls. 524/570) e o Demonstrativo Multa Isolada Aplicada (571/619) evidenciam de forma suficientemente clara as remunerações recebidas por cada um dos colaboradores da recorrente e o cálculo efetuado para a determinação da multa aplicada, não assistindo razão ao sujeito passivo com relação a este ponto.

Afasto assim mais essa preliminar.

Decadência

Aduz ainda o sujeito passivo que, mesmo se fosse válida a autuação tal como lavrada, ainda assim o auto de infração deve ser cancelado, pois teria-se operado a decadência a impedir a constituição do crédito tributário, já que os Planos da recorrente datam de 2007 e 2008 e o auto de infração foi lavrado em 04/05/2015. Ou seja: teria 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.

Quanto a essa matéria, adoto na íntegra as conclusões contidas na decisão de primeira instância administrativa segundo as quais:

De plano, vale lembrar, que a motivação lançamento foi a falta de retenção do IRRF incidente sobre fatos geradores ocorridos no período de 01/2011 a 12/2012, sendo certo que o contribuinte foi notificado do lançamento em 05/05/2015 (fl. 688).

Assim, independentemente da contagem pelo art. 173, I ou 150, § 4º do CTN, tendo em vista que a competência inicial do Auto de Infração em debate é 01/2011 e como o lançamento foi cientificado ao Contribuinte em 05/05/2015, não resta dúvida de que o lançamento foi efetivado no prazo legal.

Mérito

Previsão Legal para a Exigência de Multa Isolada

Também não vejo considerar válida a alegação contida no recurso voluntário de que “*inexiste previsão legal para a aplicação da multa isolada do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, pois tal penalidade foi expressamente revogada após as alterações da Lei nº 11.488/2007*”.

O art. 44 da Lei nº 9.430/1996 tinha, primitivamente a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II – cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I – juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II – isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III – isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV – isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda

que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

V – isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido.

[...]

Examinando os dispositivos legais reproduzidos acima, constata-se que inexistia amparo legal para aplicação de multa pela falta de retenção de tributos. Contudo, com a edição da Medida Provisória nº 16/2001, convertida na Lei nº 10.426/2002, a falta de retenção de tributo pela fonte pagadora passou a respaldar a aplicação de multa de ofício isolada. Vejamos:

Art. 9º Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

Verifica-se que, a partir da edição de norma específica, a fonte pagadora obrigada a retenção e recolhimento de tributos passou a se sujeitar às sanções legalmente instituídas, caso não cumprisse com a citada obrigação.

Com a publicação da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, tanto o art. 44 da Lei nº 9.430/1996, quanto o art. 9º da Lei nº 10.426/2002, foram alterados, passando a contar com as seguintes redações:

Lei nº 9.430/1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Lei nº 10.426/2002

Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

Verifica-se assim que, mesmo com a alteração do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, e a despeito do que afirma a recorrente, a multa de 75% ou 150% pelo descumprimento da obrigação de reter ou recolher impostos ou contribuições manteve-se incólume, estando a multa ordinária de 75% prevista do **caput** do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 e a multa agravada de 150% no § 1º do mesmo artigo.

Ainda sobre essa assunto, mister se faz reproduzir quadro comparativo contido no Acórdão nº 2202-002.172, que bem retrata a evolução normativa aqui discutida:

Redação original	Redação dada pela MP nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007
<p><u>Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:</u></p> <p><i>Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:</i></p> <p><u>I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;</u></p> <p><u>II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</u></p> <p><u>§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:</u></p> <p><u>I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;</u></p> <p><u>II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o</u></p>	<p><u>Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:</u></p> <p><u>I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;</u></p> <p><u>II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)</u></p> <p><u>a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)</u></p> <p><u>b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)</u></p> <p><u>§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da</u></p>

Redação original	Redação dada pela MP nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007
<p><i>acréscimo de multa de mora;</i></p> <p><i>III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;</i></p> <p><i>IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;</i></p> <p><i>[...]</i></p>	<p><u><i>Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i></u></p> <p><u><i>[...]</i></u></p>
<p><u>Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002:</u></p> <p><i>Art. 9º Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i></p> <p><i>Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.</i></p>	<p><u>Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002:</u></p> <p><u><i>Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i></u></p> <p><u><i>Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.</i></u></p>

Com base no exposto, constata-se que a multa exigida isoladamente no presente lançamento por virtude da falta de retenção do IRRF tem fundamento legal, portanto, no art. 9º da Lei nº 10.426/2002.

Impende esclarecer que há inúmeros precedentes nesse sentido como, por exemplo, o Acórdão nº 2201-002.685, suscitado na decisão vergastada e o Acórdão nº 2202-002.172, referenciado acima.

Por essas razões, considerando a existência de previsão legal, não há como se afastar a aplicação da multa e, por conseguinte, nego provimento ao recurso quanto à matéria analisada.

Planos Stock Options

De se ressaltar que, nos últimos anos, este Conselho vem tratando com certa frequência da tributação de planos *stock options* existindo diversos julgados acerca do tema, inclusive relacionados à própria recorrente, sobretudo com relação à incidência de contribuições previdenciárias e quanto à obrigatoriedade de retenção e recolhimento de IR-Fonte.

Trecho do trabalho da professora Adriana Calvo³, traz importantes esclarecimentos que permitem compreender melhor essa modalidade de benefício:

1. Introdução

Nas últimas décadas, o sistema de remuneração adotado pelas empresas brasileiras modificou-se drasticamente, devido à transferência de investimentos de empresas estrangeiras para o Brasil, principalmente da área de tecnologia. Tal fato alterou o nosso cenário empresarial e influenciou diretamente a nossa política de recursos humanos.

A nova política de remuneração abandonou como modelo único o sistema de salário fixo e introduziu o sistema de remuneração variável. A mais importante estratégia de remuneração variável passou a ser a promessa da distribuição agressiva de planos de opções de compra de ações por preço prefixado (“employee stock options”).

No início, estes programas foram implementados no Brasil com o intuito de manter os benefícios que os expatriados possuíam quando eram empregados da matriz da empresa no exterior. Posteriormente, passou a ser comum a oferta destes benefícios não somente aos empregados estrangeiros, como também aos novos gerentes contratados no Brasil. Mais tarde, passou a ser estendido também aos demais empregados brasileiros da empresa.

Segundo o dicionário Barron’s Dictionary of Legal Terms, o termo “stock option” significa: “a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, e não ao tempo em que as ações são adquiridas”.

O plano de opção de compra de ações permite que o empregado tenha uma participação na valorização futura da empresa. O intervalo de tempo entre a atribuição das opções e a compra de ações transforma o plano em típico sistema de remuneração diferida, na medida em que quem recebe as opções de ações não pode dispor imediatamente do valor potencial dessa remuneração.

Esta prática permite alcançar 2 (dois) grandes objetivos primordiais para o sucesso de qualquer empresa: retenção dos empregados considerados “talentos” da empresa e o

³ CALVO, Adriana. A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho - ('employee stock option plans'). Disponível em <http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=2&mPalestra_acao=mostraPalestra&p_a_id=246> Acessado em 27/03/2017.

atingimento de resultados por meio de uma parceria entre os acionistas e empregados da empresa. É à busca da verdadeira relação do tipo “ganha-ganha” no ambiente de trabalho.

Vale a pena ressaltar que o termo “remuneração” utilizado pela área de recursos humanos compreende todos os ganhos oferecidos aos empregados, contudo, na área jurídica trabalhista o seu sentido é muito diferente, podendo implicar em contingência trabalhista normalmente inesperada para a empresa.

2. O plano de opção de compra de ações

Em primeiro lugar, é importante compreender o sistema de opção de compra de ações para se discutir a natureza jurídica deste instituto.

O sistema de “stock options” consiste no direito de comprar lotes de ações por um preço fixo dentro de um prazo determinado. A empresa confere ao seu titular o direito de, num determinado prazo, subscrever ações da empresa para o qual trabalha ou na grande maioria da sua controladora no exterior, a um preço determinado ou determinável, segundo critérios estabelecidos por ocasião da outorga, através de um plano previamente aprovado pela assembleia geral da empresa.

A opção pode ser comprada ou vendida (“call option ou put option”), ou pode ser outorgada por um indivíduo pela empresa (“employee stock option”) ou pode decorrer de um contrato de natureza mercantil (“call option or put option”).

Há ainda diversos tipos de plano de opção de compra de ações originários do sistema americano, tais como: plano de ações fantasmas (“phantom stocks”), o plano de ações por desempenho (“performance stock”) e o fundo de ações (“equity pool”).

O plano de ações fantasma é adotado por sociedades anônimas de capital fechado que não oferecem ações em bolsa ou por aquelas que não tem interesse em oferecer ações em bolsa. Neste sistema, é criada uma unidade de valor, corrigida por diferentes indicadores de crescimento da empresa.

No plano de ações por desempenho (“performance stock”), a empresa oferece um lote de ações ligado a uma meta num certo período. Neste sistema, quando os objetivos corporativos são alcançados dentro do prazo fixado, os empregados recebem em dinheiro o equivalente ao número de ações.

O fundo de ações (“equity pool”) é um fundo de cotas, sendo que os empregados são alocados com um número determinado de cotas que valorizam conforme o desempenho da empresa.

Em geral, o plano de “stock options” contém os seguintes elementos: (1) preço de exercício - preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção (“exercise price”); (2) prazo

de carência- regras ou condições para o exercício das opções (“vesting”) e; (3) termo de opção - prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação (“expiration date”): O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor do mercado.

Neste aspecto, vale destacar que o referido valor do desconto ou prêmio não pode ser tão significativo que elimine o risco da operação futura, pois implicaria em gratuidade na concessão do plano, critério típico do salário-utilidade.

Quanto ao prazo de carência é definido como um número mínimo de tempo de serviço na empresa, que costuma variar de 3 (três) a 5 (cinco) anos. A prática de mercado é de um prazo máximo de termo de opção que varia de 5 (cinco) a 10 (dez) anos da data da concessão da opção de compra.

No ato da assinatura do plano de “stock option”, o empregado não possui automaticamente o direito de comprar ações da sua empregadora ou da controladora da sua empregadora.

Na verdade, o empregado possui somente uma mera expectativa de direito, que só poderá se materializar em direito subjetivo após o final do prazo de carência fixado pelo plano.

O plano de "stock option" nada mais representa que a concessão futura do direito de opção de compra de ações a determinados sujeitos de direito (empregados da companhia ou de suas subsidiárias), que adquirem o direito de exercer a compra de ações, mediante o pagamento de um preço prefixado.

O ordenamento jurídico pátrio admite a possibilidade de outorga de opção de compra de ações a administradores, empregados e prestadores de serviços por meio do § 3º do art. 168 da Lei nº 6.404/1976 – Lei das S.A:

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.

O dispositivo em referência prevê os seguintes requisitos para implementação de citados planos:

- a) existência de capital autorizado;
- b) a previsão expressa, nos estatutos da empresa, da possibilidade de concessão da opção de compra de ações a empregados; e
- c) que o plano de oferta de opção de compra de ações seja devidamente aprovado pela assembléia geral da sociedade.

Extrai-se das considerações contidas no texto acima transscrito e do art. 168 da Lei das S.A. que as *Stock Options* (opções de ações), espécies do gênero *Stock Plans* (plano de ações), tratam-se de concessões feitas pelas sociedades anônimas de capital aberto aos seus empregados, administradores ou prestadores de serviços, de oportunidades para exercer o direito de comprar e vender suas ações ou ações de empresas do mesmo grupo econômico, dentro do limite do capital autorizado.

Referido direito é consubstanciado por ‘Plano de Opções de Ações’, devidamente autorizado pela Assembléia Geral da Companhia, do qual consta, em regra, a carência que deverá ser respeitada para o exercício do direito de comprar as ações (*vesting*), o valor de emissão das ações para compra (*valuation*) e o prazo máximo em que poderá ser realizado o exercício (*expiration*).

Em outros termos, *stock option* é mera expectativa de direito do trabalhador (administrador, empregado ou prestador de serviço), consistindo em um regime de opção de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos seus colaboradores, garantindo-lhes a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica valorização das ações no mercado), não tendo, em sua concepção original, caráter salarial. Trata-se de incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso da prestação de serviços desde que respeitada a natureza do plano.

Desse modo, entendo que não se pode partir da premissa de que todo ou qualquer plano *stock options* tem natureza salarial. No mesmo sentido, também não há como afirmar que ao se atribuir a nomenclatura “*stock options*” a determinada vantagem oferecida a colaboradores de uma companhia se está diante de plano de caráter meramente mercantil.

O simples fato de uma empresa ofertar aos seus trabalhadores um plano de outorga de opção pela compra de ações de forma onerosa não pode ser fundamentação isolada para determinar-lhe natureza remuneratória. Dessa forma, mesmo que um contrato de concessão de opção por ações possa ter decorrido da prestação de serviços, trata-se, em sua origem conceitual, em regra, de típico contrato mercantil, notadamente quando envolva riscos desde a sua concepção, submetendo o trabalhador à volatilidade inerente ao mercado.

Por outro lado, o estudo apresentado até aqui teve por escopo a discussão de aspectos doutrinários dos *stock options plan*. Contudo, a análise acerca da natureza dos planos de opção oferecidos pela recorrente, se mercantil ou remuneratório, deve levar em conta não somente, e de forma genérica, aspectos conceituais, mas especialmente, se o pagamento feito pela recorrente encontra-se em perfeita consonância com a concepção original descrita acima, o que afastaria, conforme argumentado no recurso voluntário, sua natureza remuneratória.

Planos de Opções de Compras de Ações da BM&F Bovespa S/A: Natureza Remuneratória

Alude ainda a recorrente não ter procedência o entendimento da autoridade fiscal e da DRJ de que seus Planos teriam caráter remuneratório, segundo abordado na peça recursal, tais Planos são de caráter mercantil, tendo em vista que todas as características de contratos mercantis estariam presentes: bilateralidade, consensualidade, onerosidade e risco. Em razão disso, não haveria que se exigir IR/Fonte e, por conseguinte, revelar-se-ia improcedente a exigência da multa isolada.

A determinação da natureza remuneratória ou mercantil dos *stock options plan*, no meu entender, tem relação direta com a existência ou não de riscos decorrentes dos contratos de opção. Portanto, esse é um dos principais aspectos a ser considerado no diagnóstico da situação fática que aqui se apresenta.

De se esclarecer que a aquisição de opções de compra de ações (que não se confunde com a aquisição de ações) pressupõe o pagamento de prêmio, cabendo destacar que, embora se possa admitir que nos planos *stock options* esse prêmio venha a ser em valor inferior ao dos planos de opção de ações ofertados a investidores em geral, o valor do prêmio não pode ser tão insignificante que elimine o risco da operação futura (exercício da opção), pois isso desvirtuaria o caráter mercantil do plano, convertendo as *stock options* em verdadeiro salário-utilidade.

Com base na documentação acostada aos autos, o Termo de Verificação Fiscal registra que não há pagamento de prêmio pelo beneficiário na aquisição das opções de compra de ações ofertadas pela recorrente e, tendo sido oferecida sem qualquer custo, a outorga de opções de compra de ações é uma forma de remuneração a longo prazo, funcionando como um mecanismo de reconhecimento de desempenho dos beneficiários, bem como de atração e retenção de funcionários considerados talentos ou estratégicos. Desse modo, a concessão do benefício implícito no programa está condicionada ao cumprimento de metas de performance e de redução de custos, aplicáveis a todos os beneficiários, bem como à permanência destes no quadro funcional da empresa.

Ora, não restam dúvidas de que ausência de risco, representada pela gratuidade do prêmio, acabou por desvirtuar a concepção emprestada a esse tipo de plano pelo § 3º do art. 168 da Lei das S.A, retirando-lhe a natureza mercantil e dando-lhe feições de remuneração indireta, por meio da qual se atrai novos talentos e retribui o trabalho de colaboradores estratégicos, na medida de seu desempenho.

A despeito da extensa explanação apresentada pelo sujeito passivo no intuito de demonstrar o caráter mercantil e indicar os riscos envolvidos nos planos ofertados a colaboradores da companhia, no caso concreto, os elementos de prova trazidos aos autos demonstram, de forma irrefutável, a inexistência dos alegados riscos. Aperceba-se que, ainda que o preço de exercício na data da opção fosse superior ao valor da ação objeto do plano, seu beneficiário por não ter pago qualquer valor a título de prêmio e não estar obrigado a adquirir as ações ofertadas, não esteve sujeito a perda alguma.

Ademais, o CARF vem reconhecendo a natureza de remuneração em inúmeros os julgados com relação aos planos de opção oferecidos pelo recorrente a seus colaboradores. Confira-se, por exemplo, o entendimento veiculado no Acórdão nº 2202.003.367, ao tratar da incidência de contribuições previdenciárias sobre tais benefícios:

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.

O Acórdão nº 2202.003.436, que trata de especificamente de IRRF, decidiu de modo semelhante:

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

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

Ressalte-se diferentemente do que se constata no caso concreto, o Acórdão nº 2803-03.815, que o contribuinte diz tratar de situação semelhante, foi proferido em contexto fático distinto, pois a situação ali descrita referia-se a “casos de opção de compra de ações das empregadoras pelos empregados ou diretores sem apoio financeiro daquelas, mediante preço representativo ao de mercado” e não de opções conferidas a título gratuito como aqui se verifica. Por certo, se o plano de opções da recorrente tivesse características análogas ao do paradigma apresentado, os fundamentos aqui evidenciados nos conduziriam a conclusões semelhantes às daquele julgado.

Quanto às referências feitas pela fiscalização ao CPC 10, não enxergo nisso qualquer tentativa de “criação de um novo tributo não previsto em lei”, até porque o lançamento não está fundado nessa norma contábil. Da leitura do Termo de Verificação Fiscal, constata-se que a norma contábil foi suscitada apenas com fim de robustecer a argumentação da autoridade autuante quanto a natureza remuneratória dos planos de opções aqui considerados e não de atribuir àquele normativo a possibilidade de constituir qualquer exação fiscal.

Fato Gerador

a) Momento da Ocorrência

Aduz a reclamante que, no caso em comento, não se verifica a subsunção dos fatos às disposições legais e regulamentares que tratam da incidência do imposto de renda, uma vez que no exercício das opções de compra de ações não há qualquer recebimento/acríscimo patrimonial. Tal acríscimo, alega, somente ocorre após a alienação do ativo que lhe é subjacente (ações), condicionado ao ganho na operação. Portanto, na data da aquisição das ações, somente se tem pagamento dos adquirentes das ações à própria recorrente, o que demonstra a total improcedência da premissa de que o fato gerador do IR/Fonte ocorreria em função do exercício, pois a única transferência de capital que ocorre na data de aquisição do ativo é dos adquirentes para a recorrente e não o inverso.

Não obstante as ponderações do sujeito passivo, considero acertado o entendimento levado a efeito pela autoridade autuante e os fundamentos suscitados no Termo de Verificação Fiscal. Assim, e de conformidade com o que se vem decidindo neste Conselho, penso que os fatos geradores das obrigações principal e acessória ocorreram no momento em que o beneficiário (trabalhador) exerceu o seu direito de opção pelas ações, mesmo que não tenha havido, simultaneamente, a efetiva alienação dessas, pois foi naquela oportunidade que se configurou a compra de um bem com valor inferior ao praticado no mercado, sem a assunção de qualquer tipo de risco pelo favorecido. Assevero-se que remuneração não é representada apenas por pecúnia, mas por qualquer tipo de ganho, mesmo que na forma salário indireto.

Assim, o fato gerador do IRRF incidente sobre as remunerações por meio de opções de compra de ações a trabalhadores ocorreu na data do exercício dessas opções pelo beneficiário (trabalhador) e não a data do venda dos ativos objeto da opção, como quer fazer crer a defendant, não sendo aplicável ao caso a previsão contida na alínea “a” do art. 49 da Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010, no sentido de que, sendo a base de cálculo do imposto o valor da venda a vista do ativo, o fato gerador somente ocorreria com sua alienação.

De se notar que também não há aqui nenhuma ofensa ao art. 38 do RIR/1999 que se refere não somente a rendimentos pagos em dinheiro, mas também a títulos ou direitos, independentemente de sua denominação.

b) Base de Cálculo

Aponta ainda o reclamante que a base de cálculo eleita pela fiscalização, mesmo após a retificação feita em razão do julgamento na DRJ, não pode prosperar visto que a autoridade julgadora de primeira instância teria incorrido em diversos equívocos. Insiste na tese de que eventual ganho somente pode ser apreciado quando da alienação das ações e que os valores considerados nunca foram pagos pela recorrente aos beneficiários. A base de cálculo adotada, segundo infere, sobreponde à base de cálculo do imposto de renda referente aos ganhos líquidos, o que revela dupla incidência, o que não deve ser admitido.

Vale salientar, de início, que a aplicação do art. 49 da Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010 para a determinação do ganho líquido (base de cálculo) somente seria válida se estivéssemos tratando de *stock options* de natureza mercantil, o que não é o caso.

No que se refere à afirmação de que a base de cálculo da penalidade se confundiria com ganhos líquidos, o que revelaria dupla incidência, temos a base de cálculo da

penalidade ora discutida encontra-se expressamente definida no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, *in verbis*:

Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

Desse modo, afastar a aplicação do referido dispositivo equivaleria a considerá-lo inconstitucional, o que implicaria invasão de competência reservada ao Poder Judiciário.

Além do mais, a Súmula CARF nº 2, de observância obrigatória por este Colegiado, veda a esta Corte Administrativa pronunciar-se sobre constitucionalidade de lei. Confira-se:

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

De mais a mais, o posicionamento que tem se consolidado neste Conselho, e com qual tenho plena concordância, coincide com o da DRJ/SPO no sentido de que “*a base de cálculo a ser considerada é a diferença positiva entre o valor de venda a vista da ação na data do exercício da operação e o preço de exercício da opção multiplicado pelo numero de opções exercidas*”.

Destarte, também não vejo como conferir razão ao sujeito passivo com relação às questões de mérito.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido CONHECER dos recursos, afastar as preliminares suscitadas no recurso voluntário e, no mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho

Voto Vencedor

Conselheiro Ronnie Soares Anderson - Redator Designado

Tenho como muito bem colocadas as razões do D. Relator quanto ao caráter remuneratório dos planos de outorga de opções da empresa, e à inexistência de decadência no particular.

Também foi admitido em suas considerações não se coadunar o momento do tempo eleito pela fiscalização para a ocorrência do fato gerador dos tributos lançados, data do exercício das opções, com a base de cálculo escolhida para aferição do ganho obtido com o plano, a qual tem como referência o valor justo das opções no momento de sua outorga.

Porém foi proposta pela instância de origem - e acolhida pelo D. Relator - como solução para a controvérsia, a adoção, como base de cálculo para fins de mensuração do ganho auferido pelo beneficiário do plano, da diferença positiva entre o valor de venda à vista da ação na data do exercício e o preço de exercício da opção multiplicado pelo número de opções exercidas mediante confronto com o preço do exercício efetivo.

Sem adentrar no mérito da qualidade dessa diferença como referência para a medida desse ganho/remuneração, ou mesmo da propriedade da escolha do momento de ocorrência do fato gerador, entendo, diversamente do proposto, que a eleição desse novo valor em sede de julgamento administrativo extrapola o conceito de mero ajuste ou correção de erro material no lançamento original.

Uma vez eleito pela fiscalização o valor justo da opção como esteio para a aferição da vantagem obtida posteriormente pelo beneficiário do plano de opções, quando do exercício destas, não cabe à autoridade julgadora, em qualquer das etapas do contencioso fiscal, estabelecer parâmetro completamente distinto para tal proceder.

Na prática, a troca da base de cálculo realizada quando do julgamento de primeira instância, ainda que com a manutenção do aspecto temporal do fato gerador da percepção dos rendimentos, consubstancia-se na consecução de um novo lançamento, de cunho substitutivo, realizado naquela oportunidade.

Tal proceder não tem respaldo normativo, mesmo utilizando-se da previsão contida no § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72, que versa sobre os lançamentos complementares. Com efeito, restou refeito para todos os fins o crédito tributário constituído de ofício, o que extrapola, à evidência, os limites do presente contencioso.

Trata-se de efetiva tentativa, por parte do julgador, de remediar vício de origem na apreensão da realidade fática e consequente aplicação do direito por parte do Fisco, o que não deve prosperar. Restando a autuação original permeada de inequívocos vícios de

natureza material, deve ser ela então cancelada, sob pena de restar o contribuinte à mercê de casuismos interpretativos acerca dos limites da atuação da autoridade julgadora na sua atividade de revisão do lançamento.

Ante o exposto, voto, no que se refere ao recurso voluntário, no sentido de conhecê-lo e dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson