



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

**Processo n°** 16327.720154/2014-82  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-003.436 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 14 de junho de 2016  
**Matéria** IRRF  
**Recorrente** BM&F BOVESPA S/A - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF**

Ano-calendário: 2009, 2010

PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES - STOCK OPTIONS. NATUREZA SALARIAL. DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO. PRECEDENTE.

No julgamento do processo administrativo n° 16327.720152/2014-93, relativo a este mesmo contribuinte, aos mesmos planos de opções de compra de ações pelos empregados, mediante o Acórdão n° 2202-003.367, esta Turma fixou o entendimento que 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.

Decidiu-se ainda que o fato gerador ocorre (aspecto temporal), na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito de compra em relação às ações que lhe foram outorgadas. Não há como atribuir ganho se não demonstrado o efetivo exercício do direito sobre as ações.

E, por fim, que a base de cálculo é uma ordem de grandeza própria do aspecto quantitativo do fato gerador. O ganho patrimonial, no caso, há que ser apurado na data do exercício das opções e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário. O ganho patrimonial do trabalhador se realiza nas vantagens econômicas que auferir quando comparadas com as condições de aquisição concedidas ao investidor comum que compra idêntico título no mercado de valores mobiliários.

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

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

Entretanto, sendo declarada a improcedência do lançamento, em face de vício na indicação da base de cálculo eleita, a multa, que lhe é proporcional, não pode subsistir.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para cancelar o lançamento por vício material, vencida a Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto (Suplente convocada) que cancelou por vício formal. Os Conselheiros Martin da Silva Gesto, Dílson Jatahy Fonseca Neto e Junia Roberta Gouveia Sampaio votaram pelas conclusões. A Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio apresentará declaração de voto.

*Assinado digitalmente*

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente.

*Assinado digitalmente*

Marcio Henrique Sales Parada - Relator.

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

Fez sustentação oral, pelo Contribuinte, a advogada Maria Isabel Tostes da Costa Bueno, OAB/SP nº 115.127.

## Relatório

Em desfavor do contribuinte acima identificado foi lavrado Auto de Infração (fl. 295) tocante a **multa regulamentar** em decorrência de **falta de retenção na fonte** do Imposto sobre a Renda incidente sobre as remunerações pagas aos empregados e administradores a título de *stock options*, conforme o Termo de Verificação Fiscal que consta das folhas 238 e seguintes. O valor do crédito tributário lançado foi de **R\$ 45.841.320,61**, na data de 27/02/2014.

Para delinear a construção do lançamento, mencionamos e transcrevemos a seguir partes do Termo de Verificação Fiscal:

1. Em AGE de 20 de setembro de 2007 da BM&F S/A foi aprovado o plano de opções de compra de ações de sua emissão (Plano), com o propósito de conferir direitos de

aquisição sobre um número de ações, a título de reconhecimento e retenção dos funcionários da BM&F S/A e, posteriormente, da BM&FBOVESPA (Companhia), após 8 de maio de 2008, até o limite de 3% (três por cento) das ações do capital da Companhia.

2. Para apuração do valor justo das opções concedidas, a Companhia considerou o modelo binomial. Esse modelo apresenta resultados equivalentes aos do modelo Black&Scholes para opções européias simples, possuindo a vantagem de incorporar, conjuntamente, as características de exercício antecipado e de pagamento de dividendos associados à opção em questão.

3. Como resultado, a BM&FBovespa reconheceu despesas relativas às duas outorgas desse plano, em contrapartida de reservas de capital no patrimônio líquido. A BM&FBovespa considerou nos cálculos um percentual estimado de *turnover* de 5%, ou seja, a quantidade estimada de opções que não atingirá o *vesting*, em razão de colaboradores que optarem por deixar a BM&FBovespa ou que sejam desligados sem a aquisição do direito.

4. Conforme fixado na AGE de 08 de maio de 2008, o preço de exercício das opções de compra será a média do preço de fechamento dos últimos 20 pregões anteriores à data de sua concessão (01/03/2009) que, neste caso, abrangerá o período de 29 de janeiro a 27 de fevereiro de 2009.

5. O prêmio a ser pago na aquisição das Opções será zero e o exercício da Opção poderá ser realizado após o vencimento de cada carência, limitado ao prazo máximo de 7 anos a partir da primeira carência, ou seja, 31/12/2016. O preço do exercício será pago à vista pelo Beneficiário.

6. Com essas características, em suma, concluiu a auditoria fiscal que:

6.1. o Plano possui natureza salarial, constituindo-se em remuneração para o trabalho e pelo trabalho;

6.2. a possibilidade de ganhar com o exercício das opções de compra de ações é contrato sujeito a condições suspensivas. As outorgas de opções somente reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra. A data da ocorrência do fato gerador do IRRF incidente sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do exercício das opções pelo beneficiário (fl. 277).

6.3. 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 (fl. 277). Nas planilhas apresentadas à fiscalização obteve-se os seguintes valores justos das opções (...) BVMF 2009 -----R\$ 2,93. Assim, a base de cálculo do IRRF é obtida multiplicando-se a quantidade de opções de compra exercidas pelos beneficiários pelo seu valor justo.

7. Sobre a base de cálculo acima descrita, aplicou-se a multa prevista no artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002. Explicou que, individualmente e por mês de pagamento, foi calculado o imposto de renda na fonte que deveria ter sido retido sobre o valor calculado pela metodologia acima explicada, à alíquota de 27,5% e, então, sobre o valor do imposto foi aplicada a multa de 75% (fl. 278). Elaborou-se uma planilha na qual estão relacionados, de forma individualizada, os beneficiários, o Plano, a data do exercício, a quantidade de opções

exercidas, o valor justo, a base de cálculo, o IRF não retido, a multa aplicada e o motivo do exercício (fl. 282 e seguintes).

Cientificado da autuação, o contribuinte apresentou impugnação à primeira instância (fl. 334). Diz que foram adotados critérios diversos em outras autuações envolvendo o mesmo contribuinte e o mesmo Plano. Se o outro lançamento foi mantido integralmente pela DRJ, este, por lógica, deverá ser cancelado. O Plano de opção de compra de ações não tem caráter retributivo, não representando remuneração pelo trabalho prestado. Inexiste previsão legal para a exigência de multa isolada no presente caso. Tanto o fato gerador do IRF não se verifica na hipótese em comento, quanto a base de cálculo utilizada pela fiscalização não guarda nenhuma relação com a suposta cobrança que se pretende fazer.

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

1 - Decadência - ao contrário do que entende a Impugnante, não se aplica ao presente caso o disposto no artigo 150, parágrafo 4º do CTN, mas sim o disposto no artigo 173, inciso I deste mesmo diploma legal. Portanto, tendo ocorrido a ciência do Auto de Infração em 28/02/2014, constata-se que não há qualquer competência fulminada pela decadência, uma vez que a competência mais antiga objeto de lançamento aqui é 02/2009, sendo que a decadência para lançar esta competência somente ocorreria em 01/01/2015.

2 - o Auto de Infração, integrante do processo nº 16327.720124/2014-82 encontra-se revestido das formalidades legais, gozando de liquidez e certeza, tendo sido formulado de modo que a Autuada tivesse pleno conhecimento de seu conteúdo, para que pudesse exercer seu direito à ampla defesa, observados os princípios da motivação e da legalidade dos atos administrativos. Em relação à autuação integrante do processo nº 16327.721268/2012-88, que abrange o período de 12/2007 a 12/2008, a situação fática encontrada pela Fiscalização, bem como os documentos e informações apresentadas pelo Contribuinte, estão sendo lá tratados, em consonância com as normas reguladoras dos processos administrativo-fiscais.

3 - sujeita-se à multa isolada, prevista no inc. I, do “caput” do art. 44 da Lei nº 9.430/96, a fonte pagadora obrigada a reter imposto, no caso de falta de retenção do imposto incidente sobre rendimentos tributáveis pagos.

4 - o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de **acréscimo patrimonial em contraprestação pela atividade exercida**. Desta forma, demonstrado que os pagamentos efetuados aos empregados e administradores da Impugnante, sob a forma de outorga de opções de compra de ações, constituem remuneração, correto o procedimento do Auditor-Fiscal ao lavrar o presente lançamento.

5 - não assiste razão à Impugnante, quando aduz que a base de cálculo eleita é imprópria de que o momento indicado como sendo o da ocorrência do fato gerador está equivocada. No momento da outorga existe apenas uma expectativa de direito, direito este que só se perfaz com o cumprimento das condições contratadas. Somente com o exercício é que a aquisição das ações reputa-se perfeita e acabada. Não merece reparo o procedimento fiscal explicitado no Termo de Verificação Fiscal, cabendo ressaltar que os valores justos das opções foram fornecidos pela Companhia: *“Assim, a base de cálculo das contribuições*

*previdenciárias é calculada multiplicando-se a quantidade de opções de compra exercidas pelos beneficiários pelo seu valor justo.”*

6 - a legislação autoriza a cobrança de juros de mora sobre o valor da multa de ofício, considerando a taxa Selic.

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

Cientificado dessa decisão em 04 de setembro de 2014, conforme AR na folha 589, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 03 de outubro de 2014, com protocolo na folha 591. Em sede de recurso, assim, resumidamente, apresenta as razões de sua inconformidade:

a) o mesmo Agente Fiscal, ao efetuar autuação relativa ao período de 2007/2008, concluiu que o Plano teria natureza remuneratória e que o fato gerador do IR/fonte teria ocorrido ao término do prazo de carência estipulado, independentemente do exercício das opções, e que a base de cálculo seria composta pela multiplicação do número de opções concedidas pela diferença entre o valor de mercado da ação naquele dia e o preço do exercício. Existe incerteza, discricionariedade e estão sendo "criados tributos", como demonstra com a comparação com outras autuações da Receita Federal (quadro fl. 599).

b) a Fiscalização considerou os "Planos" de outorga de opções de compra de ações para subsidiar a autuação. A DRJ não conseguiu demonstrar que houve o exame dos contratos, individualmente. É descabida a desconsideração dos Planos, aprovados pela AGE, para a partir daí se exigir o IR/fonte, uma vez que estes não criam, por si sós, qualquer vínculo entre as partes. É preciso levar em consideração as especificidades de cada contrato firmado.

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

REQUER o acolhimento da preliminar de ausência de fundamentação e de motivação da autuação lavrada.

d) Fala do processo nº 16327.720152/2014-93 onde lhe foram exigidas contribuições previdenciárias, com base nos mesmos planos de opções de compra de ações. Entende que as opções não têm caráter retributivo pelo trabalho.

e) trata do artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, para defender que não existe previsão legal para a exigência de multa isolada, neste caso.

f) especificamente, diz que não incide IR/fonte quando da opção ou do exercício do direito de compra das ações pelos participantes do Plano. Somente após a alienação do ativo que lhe é concedido/vendido é que poderá ser gerado um acréscimo patrimonial ao seu titular

g) Fala nas características de um contrato mercantil, em risco para o beneficiário; nas características da contraprestação pelo trabalho: retributividade e habitualidade. Estes contratos seriam então mercantis.

h) Entende que a base de cálculo eleita pela Fiscalização é imprópria e que o fato gerador escolhido é incompatível. Enfim conclui que o lançamento fiscal está maculado pela inocorrência/incompatibilidade do fato gerador do imposto e não pode prosperar.

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

Os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para análise e manifestação. A Fazenda Nacional apresenta contra-razões na folha 786 e seguintes. Vejamos, em resumo:

a) Diz que não existe qualquer nulidade no procedimento fiscal, citando o Decreto nº 70.235, de 1972; tendo o contribuinte, na hipótese dos autos, exercido o seu direito de defesa sem qualquer percalço, o procedimento de lançamento não se mostra eivado de nenhuma mácula que imponha a sua anulação ou que inviabilize a análise do mérito da pretensão recursal.

b) Diante da imprescindibilidade do lançamento de ofício da multa, por disposição do art. 149, inc. VI c/c art. 173, inc. I do CTN, o prazo para lançamento da multa é de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, independente da sistemática aplicada ao tributo lançado por homologação.

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

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

e) analisa os Planos da recorrente, a partir do Estatuto e AGE. Conclui que a concessão das opções de ação possui um caráter discricionário e retributivo, vinculado ao desempenho do profissional da empresa. Como previsto nos planos e programas, a performance do executivo e o alcance de metas eram determinantes na eleição dos beneficiários e na atribuição do número de ações em cada contrato. Não há dúvidas, portanto, de que as *Stock Options* eram ofertadas como retribuição pela prestação de serviço.

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

g) Diz que a única interpretação possível à remissão feita ao art. 44 da Lei 9.430/96 é a de que o legislador pretendeu que, como critério quantitativo da hipótese de incidência, fossem aplicados os percentuais de 75% e 150%, previstos inicialmente nos incisos I e II do art. 44, e, posteriormente, no inciso I do art. 44 e no § 1º. O legislador jamais buscou, por meio da remissão ao art. 44 da Lei 9.430/96, que a multa a ser aplicada em caso de falta de retenção ou recolhimento fosse a multa de ofício vinculada prevista na mencionada lei, mas sim que a multa específica prevista no art. 9º da Lei nº 10.426/2002 fosse aplicada nos percentuais da Lei nº 9.430/96, quais sejam, 75% ou 150%.

h) Ao contrário do que faz crer o recorrente não se está, no presente auto de infração, tributando a mera possibilidade de ser vir a adquirir ações com deságio, mas o fato concreto da outorga de *stock options*. Não se perca de vista que a aquisição de direitos sobre uma opção constitui uma vantagem econômica concreta, pois a *stock option* é um bem por si só, que acresce ao patrimônio dos beneficiários.

DEFENDE a Fazenda Nacional que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

### Voto

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada, Relator.

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

#### NULIDADE DA AUTUAÇÃO.

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

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

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

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

Presentes os requisitos do artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 e constatando-se que o contribuinte conhece profundamente a matéria fática e legal e exerceu com lógica e dentro dos prazos previstos o seu direito, em extensas manifestações, não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa.

Rejeito essas preliminares, portanto.

#### MÉRITO

##### 1. MULTA ISOLADA. FALTA DE RETENÇÃO. CABIMENTO.

Em relação ao cabimento da aplicação da multa isolada de 75% sobre o valor do imposto que deveria ter sido retido pela fonte pagadora no momento do pagamento de vantagens remuneratórias a seus empregados, pessoas físicas, mantenho o entendimento que externei no Voto Vencedor do **Acórdão nº 2801-003.780** - 1ª Turma Especial, em 04 de novembro de 2014. Vejamos:

*A redação original do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, trazia o seguinte:*

***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 cinquenta 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.*

*(grifei/destaquei)*

*Assim, para um rendimento sujeito à antecipação mensal do imposto, quando não devidamente antecipado, aplicava-se a multa de 75%, ainda que no ajuste anual não fosse apurado tributo a pagar. Ou seja, a finalidade da multa não era penalizar aquele que deixava de recolher o tributo devido no ajuste anual, mas sancionar aquele que não cumpriu a obrigação acessória de*



*antecipar do tributo devido, na forma da lei. Mencionava-se especificamente o "carnê lêo" e a pessoa física, sem falar na obrigação da fonte pagadora em reter e antecipar o tributo devido sobre os pagamentos efetuados.*

*A sanção para a fonte pagadora que deixasse de antecipar o imposto que deveria ser retido veio com a Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, artigo 9º:*

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

*Ou seja, quando a fonte pagadora deixasse de cumprir a obrigação legalmente estabelecida, estaria sujeita, então, à multa de 75% (inciso I), duplicada quando se constatassem as hipóteses previstas no inciso II (150%).*

*Naquele cenário, então, foi emitido o Parecer Cosit nº 1, de 24 de setembro de 2002, no intuito de esclarecer e estabelecer sobre/os limites da responsabilidade para a fonte pagadora e para o contribuinte beneficiário dos rendimentos, concentrando-se especialmente na exigibilidade do imposto e não da multa. Dizia o documento que tal responsabilidade da fonte pagadora extingue-se na data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual da pessoa física e que a falta de oferecimento dos rendimentos à tributação por parte desta última sujeita-a à exigência do imposto correspondente, em geral acrescido de multa de ofício e juros de mora, conforme abaixo transcrito:*

*“...*

***IRRF. ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO APURADO PELO CONTRIBUINTE. RESPONSABILIDADE.***

*Quando a incidência na fonte tiver a natureza de antecipação do imposto a ser apurado pelo contribuinte, a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto extingue-se, no caso de pessoa física, no prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste anual, e, no caso de pessoa jurídica, na data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual.”*

*(...)*

*Retenção exclusiva na fonte*

*8. Na retenção exclusiva na fonte, o imposto devido é retido pela fonte pagadora que entrega o valor já líquido ao beneficiário.*

*9. Nesse regime, a fonte pagadora substitui o contribuinte desde logo, no momento em que surge a obrigação tributária. A sujeição passiva é exclusiva da fonte pagadora, embora quem*

*arque economicamente com o ônus do imposto seja o contribuinte.*

...

*Imposto retido como antecipação*

*11. Diferentemente do regime anterior, no qual a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é exclusiva da fonte pagadora, no regime de retenção do imposto por antecipação, além da responsabilidade atribuída à fonte pagadora para a retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, a legislação determina que a apuração definitiva do imposto de renda seja efetuada pelo contribuinte, pessoa física, na declaração de ajuste anual, ... (sublinhei)*

*Posteriormente, em 2007, houve nova alteração legislativa, que obviamente não esteve considerada no Parecer Cosit, que data de 2002. Vejamos:*

*Redação dada ao artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007:*

***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 15 de junho de 2007)(grifei/destaquei)*

*Entendo que tal alteração pouco de substancial trouxe, o que alterou foi a remissão aos dispositivos do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que também fora alterada, na mesma ocasião. Assim, a multa duplicada que era prevista no inciso II, passou a ser estabelecida no § 1º, e excluiu-se a expressão "sem o acréscimo de multa moratória".*

*Ainda, no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a Lei nº 11.488, de 2007 incluiu novo inciso II, com a seguinte redação:*

*II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*Vejamos, a Lei de 2007 primeiro criou a multa no percentual de 50%, que não existia originalmente, segundo excluiu aquela referência ao "carnê lêo", referindo-se agora somente ao artigo 8º da Lei nº 7.713, de 1988, que fala de rendimentos recebidos **por pessoas físicas, pagos por outras pessoas físicas ou fontes situadas no exterior.***

*Então, quando uma pessoa física recebe rendimentos de outra pessoa física ou de fontes situadas no exterior, não havendo obrigatoriedade portanto de "retenção na fonte", ela deve antecipar, ao longo do período de apuração, ou seja, no decorrer do ano calendário, o imposto devido e, caso não o faça, apurada a infração e ainda não findo o período de apuração, sujeita-se à multa de 50%. A multa, nesse caso, que era de 75%, passou a ser de 50%. E aí sim, aplicar-se-ia a situação de "retroatividade benigna" que foi tratada no Voto do Conselheiro Relator.*

*Contudo, observo que aqui nestes autos não se fala da pessoa física, mas da pessoa jurídica que ao efetuar pagamento de rendimentos sujeitos à antecipação do imposto na forma de retenção pela fonte pagadora, não o fez.*

*A redação dada ao artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, diz que "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", ou seja, a multa no percentual de 75%. E quando essa multa foi alterada ou revogada? Não foi, permanece em vigor.*

*Assim, parece-me que ficou criada uma graduação de penalidades, pela Lei nº 11.488, de 2007, que alterou tanto o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996 quanto o artigo 9º da Lei 10.426, de 2002. Quando é a própria pessoa física beneficiária dos rendimentos que, obrigada a efetuar o recolhimento a título de antecipação mensal, deixa de fazê-lo, aplica-se uma multa de 50%, na forma do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996. Já quando o imposto deve ser retido e antecipado pela pessoa jurídica, fonte pagadora do rendimento, a sanção é de 75%, na forma do artigo 9º da Lei 10.426, de 2002 que aponta para o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.*

*Por essas razões, modestamente discordo do seguinte entendimento, que fundamentou o Voto do ilustre Relator:*

*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 11.488/2007. Aplicação do artigo 106, inciso II, "c", do CTN.(sublinhei)*

*A multa prevista no inciso II, era a de 150%, quando se verifica a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que passou a ser disciplinada pelo § 1º. No inciso II, então, incluiu-se a multa de 50%, que aplica-se ao próprio beneficiário do rendimento pessoa física (alínea a)) ou a pessoa jurídica sujeita ao lucro real (alínea b)), e o artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, passou a determinar aplicação da multa de 75%, prevista no inciso I, do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, para a pessoa jurídica que não efetuasse a retenção e o recolhimento do imposto na fonte, a título de antecipação*

*Quanto às considerações do Parecer Cosit nº 1, de 2002, mais uma vez destaco que não levaram em conta as alterações que foram promovidas somente em 2007.*

*Segundo, grifo que a partir dele a jurisprudência deste CARF fixou-se no sentido de não admitir a aplicação de penalidades cumulativas, para a pessoa física que deixasse de promover a antecipação do imposto devido e ainda tivesse imposto a pagar no ajuste anual, apurado em procedimento de ofício.*

Concluo, portanto, ser cabível e legal a aplicação da multa de 75% sobre o valor do imposto que deixa de ser retido por fonte pagadora, pessoa jurídica, ao pagar benefícios de natureza salarial a pessoas físicas que lhe prestaram serviços, com base na legislação (artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002), corretamente indicada pela Autoridade Fiscal.

## 2. STOCK OPTIONS. NATUREZA. ASPECTOS DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.

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

No julgamento do processo administrativo nº 16327.720152/2014-93, que se referia aos mesmos planos de outorga de opções de compra de ações por este mesmo contribuinte, onde estavam sendo-lhe exigidas contribuições previdenciárias, esta Colenda Turma julgadora, no mês de maio de 2016, acompanhou o Voto do relator que fixou o seguinte, no Acórdão nº 2202-003.367:

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

As conclusões, pelas razões lá declinadas, foram que :

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

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

Só há o efetivo pagamento, com natureza salarial, se de fato o beneficiário exercer sua a opção de compra que lhe foi outorgada. Assim, o correto momento de ocorrência

do fato gerador é **definido como sendo a data do exercício das opções pelo beneficiário**, ou seja, para a incidência da tributação é necessário o efetivo exercício da opção pelo beneficiário, verificado-se que as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra.

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

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

Neste lançamento aqui em debate, definiu o Auditor Fiscal, conforme Termo de Verificação Fiscal (fl. 276) que:

*... as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra.*

*... 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.(destaques originais)*

Mais adiante, em seu Termo, explicou a Autoridade Fiscal que a própria Companhia forneceu o "valor justo" das opções que foram outorgadas, que estava registrada em sua contabilidade. Então, multiplicando esse "valor justo" de cada ação pela quantidade de ações compradas, na data do exercício da opção de compra, chegou à base de cálculo do imposto de renda que deveria ser retido. Aplicou a alíquota de 27,5% para obter o valor do tributo e, sobre este, o percentual de 75% para chegar à multa exigida.

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

Vejamos que o fato gerador, sujeito a condição suspensiva, só ocorre quando do efetivo exercício da opção pelo beneficiário, conforme se tratou no item anterior.

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

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

É possível obtê-lo, pois conforme se descreve e fora fixado na AGE de 08 de maio de 2008, "o preço de exercício das opções de compra será a média do preço de fechamento dos últimos 20 pregões anteriores à data de sua concessão (01/03/2009) que, neste caso, abrangerá o período de 29 de janeiro a 27 de fevereiro de 2009".

Porque a "vantagem" de natureza salarial obtida pelo beneficiário do Plano e subsidiada pela companhia, pelo todo que vimos sustentando desde a análise dos autos do processo administrativo nº 16327.720152/2014-93, se verifica pela diferença entre o valor da ação na data do exercício (valor do bem em mercado sob condições normais) e aquele valor (pré-fixado e favorecido) que o beneficiário vai pagar à companhia dona das ações. Essa é, efetivamente, a medida da "vantagem" auferida.

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

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

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

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

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

*VOTO*

*Nos planos em realce, o beneficiário se investe no direito de adquirir ações da Empresa, em condições vantajosas em relação*

à oferta de mercado. O ganho patrimonial do trabalhador se realiza nas vantagens econômicas que auferir quando comparadas com as condições de aquisição concedidas ao investidor comum que compra idêntico título no mercado de valores mobiliários.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

De outro canto, até que se efetive o pleno exercício do direito de opção, inexistente risco para o empregado, pois este tem a plena consciência das vantagens que está auferindo com a opção de

*compra, e pode se decidir, sem qualquer consequência, se exercita ou não o direito de opção em foco. A álea do negócio tem início, tão somente, a contar de então.*

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

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

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

#### CONCLUSÃO.

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

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

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

Neste lançamento, verifica-se, conforme TVF, que foi empregada como base de cálculo do valor do tributo e, conseqüentemente, com reflexo direto no valor da multa aplicada, "*a parcela assumida como despesa pela empresa, que se traduz no valor que o beneficiário deixou de pagar pela opção de compra quando da sua outorga, o qual é mensurável pelo valor justo da opção de compra*".

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

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



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

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

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

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

Considerando o disposto no Acórdão, registro que a apresentação de declaração de voto é uma faculdade do Conselheiro e, não sendo apresentada no prazo de 15 dias (art. 63, §§ 6º e 7º, do RICARF), o voto é formalizado sem a apresentação da mesma.

*Assinado digitalmente*

Marcio Henrique Sales Parada