



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

**Processo n°** 16327.721798/2011-45  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-003.510 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 17 de agosto de 2016  
**Matéria** IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF  
**Recorrentes** ITAU UNIBANCO HOLDING S.A.  
FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/05/2006, 01/12/2006 a 31/12/2006

RECURSO DE OFÍCIO. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. NÃO PROVIMENTO.

Considerando que a própria autoridade fiscal reconheceu o equívoco cometido na apuração da base de cálculo e retificou o lançamento através de diligência fiscal, deve ser mantida a decisão da DRJ que convalidou a nova apuração.

PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES - STOCK OPTIONS. DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. MULTA ISOLADA AFASTADA.

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.

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.

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, 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, estando incorreta a indicação da base de cálculo eleita para o tributo, a multa, que lhe é proporcional, não pode subsistir.

Recurso de Ofício Negado

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, quanto ao Recurso de Ofício: por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Quanto ao Recurso Voluntário: por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade por vício formal suscitada pela Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto; no mérito, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. Os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Marcio Henrique Sales Parada, Rosemary Figueiroa Augusto e Cecília Dutra Pillar votaram pelas conclusões em relação ao mérito. O Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada apresentará declaração de voto.

Fez sustentação oral, pelo contribuinte, o advogado Ricardo Krakowiak, OAB/SP nº 138.192/SP.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Martin da Silva Gesto, Márcio Henrique Sales Parada, Rosemary Figueiroa Augusto, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Cecília Dutra Pillar, Dílson Jatáhy Fonseca Neto e Wilson Antônio de Souza Corrêa (Suplente Convocado).

## **Relatório**

Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos nos autos do processo nº 16327.721798/2011-45, em face do acórdão nº 16-48.950, julgado pela 14ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (DRJ/SP1) no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar procedente em parte a impugnação apresentada pela contribuinte.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório que consta nos autos, quando da análise pela 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, da 1ª Seção deste Conselho (Resolução nº 1402-000.284). Segue abaixo o referido relatório:

*O Presidente da 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SPI, em razão do duplo grau de jurisdição, recorre de ofício, em conformidade com o artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 1972, combinado com o art. 3º inciso II, da Lei nº 8.748, de 1993, com nova redação dada pelo art. 67, da Lei nº 9.532, de 1997 e da Portaria MF nº 03, de 2008, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da decisão prolatada de fls. 250/276, que julgou parcialmente procedente a impugnação, interposta pelo contribuinte, declarando a exoneração de parte do crédito tributário constituído pelo Auto de Infração de fls. 75/79.*

*Por sua vez, a empresa ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A., contribuinte inscrito no CNPJ/MF sob nº 60.872.504/000123, com domicílio fiscal na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Praça Alfredo Egydio de Souza Aranha, nº 100, Bairro Parque Jabaquara, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 250/276, prolatada pela 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SPI, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 284/336.*

*Contra o contribuinte, acima identificado, foi lavrado pela Delegacia Especial de Instituições Financeiras em São Paulo SP, em 23/12/2011, o Auto de Infração para a exigência da multa de ofício aplicada de forma isolada no percentual de 75% em razão da falta de recolhimento de Imposto de Renda na Fonte (fls. 75/79), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 598.481.938,32 a título de multa de ofício isolada, referente ao período de apuração de 01/03/2006 a 31/12/2006.*

*A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver falta de retenção ou recolhimento do IRRF, após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, razão pela qual aplicou a exigência da multa de ofício isolada prevista no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.*

*O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece o lançamento através do Termo de Verificação Fiscal (fls. 57/70) com base, em síntese, nas seguintes considerações:*

*- que no curso da auditoria fiscal realizada, foi constatado que o contribuinte remunerou os seus administradores, em função dos serviços que lhe prestaram, através da outorga de opções de ações (Stock Options), opções essas que dão direito à subscrição de ações da companhia, desde que atendidas certas condições estabelecidas;*

*- que a outorga aos administradores de opções de compra de ações da companhia é uma forma de remuneração a médio e*

*longo prazo, possuindo, portanto, natureza inegavelmente salarial;*

*- que o vínculo que une o trabalhador à empresa e vice-versa pode se representado da seguinte forma: a empresa precisa dos serviços prestado pelo trabalhador; este precisa da remuneração paga por aquela. Se os serviços prestados não são de interesse da empresa, o trabalhador é demitido ou sequer contratado. Se a remuneração não for suficiente ao trabalhador, ele se demite ou nem sequer aceita ser contratado. Se a única coisa que os une é a prestação de serviço, todo ou qualquer fluxo de caixa entre os dois se deve a esta relação de trabalho;*

*- que, diante de tudo o que foi exposto, e que será relacionado resumidamente a seguir, no caso em análise referente ao sujeito passivo Itaú Unibanco Holding S/A, a outorga de opções de compra de ações para administradores tem caráter salarial, sendo uma espécie de remuneração a longo prazo, devendo integrar os rendimentos do trabalhador (base de cálculo) para fins de incidência do IRRF;*

*- que a outorga das opções de compra de ações aos trabalhadores se traduz em um contrato pendente de condição suspensiva, e reputam-se perfeitas e acabadas na data em que ocorre o vencimento do prazo de carência, que é o momento do implemento da condição suspensiva contratual;*

*- que a data de ocorrência do fato gerador das contribuições apuradas foi aquela em que ocorreu o vencimento do respectivo prazo de carência, seja pelo decurso do prazo previsto contratualmente, seja pelo vencimento antecipado nos casos também previstos em contrato, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador;*

*- que, portanto, a base de cálculo da multa apurada (montante da remuneração paga), conforme consta no Termo de Verificação Fiscal e é demonstrado nas planilhas de fls. 71/74, foi calculada multiplicando-se a quantidade de opções outorgadas e passíveis de exercício pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data de vencimento do prazo de carência;*

*- que, a partir de tudo o que foi exposto, deve ser aplicada a multa isolada à proporção de 75% sobre o IRRF que deixou de ser retido pela empresa, incidente sobre os valores resultantes das outorgas de opções de compra de ações para seus administradores em função dos serviços prestados, opções essas que dão direito à subscrição de ações da companhia, desde que atendidas certas condições estabelecidas.*

*Em sua peça impugnatória de fls. 81/131, instruída pelos documentos de fls. 132/211, apresentada, tempestivamente, em 24/01/2012, o autuado se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:*

- que, no que diz respeito à **Preliminar de Nulidade do Lançamento e a Falta de Liquidez e Certeza do Montante Devido**, é de se dizer que ao efetuar o lançamento o auditor fiscal considerou, para a consolidação do valor da base de cálculo, a quantidade de ações após todos os eventos de desdobramento e bonificação ocorridos até 31/08/2009, e não a quantidade de ações a que corresponde o preço adotado, ou seja, a quantidade na data do vencimento do prazo de carência, o que, por óbvio resultou em manifesta distorção nos valores lançados;

- que um segundo erro da Fiscalização mostra-se ainda mais evidente, uma vez que o auditor fiscal não considerou para cada vencimento do prazo de carência uma única vez a totalidade das opções de cada série, mas sim, para cada linha da planilha inicialmente apresentada, relativa a um exercício parcial, novamente foi considerada a quantidade total das opções de cada série, resultando em absurda multiplicidade da mesma base de cálculo já indevidamente majorada;

- que referidos vícios do trabalho fiscal maculam os valores exigidos e implicam evidente e manifesta insubsistência do auto de infração, posto que o valor da multa apurada não é certo, e muito menos líquido ou exigível, conforme exige o artigo 142 do Código Tributário Nacional;

- que a exigência de tributos ou penalidades por meio de lançamento fiscal só é legítima quando há liquidez e certeza do valor apurado, o que não ocorre no caso concreto, sendo impositivo o reconhecimento da insubsistência do auto de infração;

- que não cabe a alegação de que uma vez constatados os erros acima demonstrados o presente lançamento poderia simplesmente ser corrigido, já que não se admite autuações por métodos de tentativa e erro do fisco sob pena de flagrante insegurança jurídica, conforme entendimento reiterado do Conselho de Contribuinte, razão pela qual o lançamento deve ser anulado;

- que, no que diz respeito à **decadência**, é de se dizer que tendo sido cientificada do presente lançamento em 23/12/2011, as parcelas exigidas a título de multa isolada, nas competências 03/2006, 04/2006 e 05/2006, estão extintas pela decadência, nos termos do art. 150, parágrafo 4º, do CTN, tendo em vista houve pagamento antecipado do IRRF relativo a tais competências;

- que conforme reconhecido pela própria fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, a Impugnante deixou, apenas e tão somente, de recolher o IRRF sobre as verbas pagas a título de plano de outorga de opções de compra de ações, recolhendo integralmente o tributo incidente sobre os demais valores que integram a sua base de cálculo, razão pela qual deve prevalecer a aplicação da regra decadencial prescrita pelo artigo 150, § único, em detrimento da norma do artigo 173, I, ambos do CTN;

- que, no que diz respeito ao **mérito**, é de se dizer que a questão que se coloca, quanto ao auto de infração que imputou à Impugnante suposta violação ao art. 9º da Lei nº 10.426/2001 (fundamento legal não apontado pela fiscalização), é saber se o valor auçado em razão das stock options concedidas pelo Impugnante (diferença entre o preço de exercício da ação na data do vencimento do prazo de carência e o preço de mercado da ação) corresponde efetivamente a uma remuneração paga pelo Impugnante aos beneficiários;

- que o plano de outorga de opção de compra de ações não configura qualquer espécie de remuneração, seja pela ótica trabalhista, fiscal ou societária, sendo típico contrato mercantil com evidente característica de álea, razão pela qual não se materializa, no caso concreto, qualquer fato gerador capaz de fazer nascer o IRRF;

- que os planos de opções de compra de ações prevêm uma série de condições associadas aos fatores de riscos naturais do mercado de ações (riscos do capital) e estão previstos na Lei 6.404/76, regulamentados pela CVM, por meio das Instruções nºs 290/98, 291/98 e 390/03, restando evidente que não representam nenhuma espécie de remuneração pelo trabalho, sendo típico negócio societário ou mercantil, com os riscos inerentes aos negócios desta natureza;

- que diversamente do que afirma o fisco, jamais reconheceu "o caráter remuneratório que norteia a outorga de opção de ações aos seus diretores ao prever que "o Comitê de Remuneração é o órgão responsável pela definição da remuneração dos diretores, inclusive pela outorga de opções", isto porque a natureza salarial de qualquer pagamento feito pelas empresas não é definida por nenhum comitê que a preveja, mas sim por características que revelem, ou não, a presença de caráter contra-prestacional;

- que chega a ser temerária a afirmação fiscal de que o plano de outorga de opção de compra de ações seria de natureza salarial só porque estabelecido por comitê que tinha também outras atribuições e que no passado se intitulava "Comitê de Remuneração";

- que pelo mesmo motivo, é irrelevante a forma como apresentadas as informações relativas as stock options no formulário 20F, tendo em vista que aquelas informações destinam-se a uma finalidade específica, que é a padronização das informações a serem prestadas aos acionistas, sem que daí se possa extrair qualquer consequência para fins tributários;

- que o entendimento adotado pela Fiscalização, ao considerar que as stock options são oferecidas em troca dos serviços prestados à empresa (natureza remuneratória) não tem amparo na doutrina e na jurisprudência trabalhista, que são pacíficas quanto à natureza não salarial das opções de ações;

- que o salário/remuneração é necessariamente algo que aquele que presta serviços pode exigir daquele que o contratou pelo simples fato de o serviço ter sido prestado, independentemente de qualquer outra condição, e sobretudo independentemente de qualquer pagamento a ser feito pelo prestador do serviço àquele que o contratou;

- que não ocorre remuneração, dentre inúmeros exemplos, no caso concreto pode ser citada a hipótese daquele beneficiário que simplesmente por ocasião do vencimento do prazo de carência não tem a disponibilidade financeira necessária para realizar a compra das ações, ou embora tenha esta disponibilidade e efetivamente deseje exercer suas opções de compra simplesmente não pode fazê-lo porque prefere dar ao valor outra destinação que considera mais importante ou conveniente;

- que pode simplesmente ocorrer que no vencimento do prazo de carência o preço de exercício da opção de compra seja superior ao valor de mercado da ação, hipótese em que evidentemente a opção naquela data não representou ganho algum para o beneficiário, ainda que durante o prazo de vigência da opção seu exercício no futuro venha a se mostrar interessante e acabe gerando efetivo lucro para quem exercer a opção;

- que pelo exposto, muito ao contrário do que afirmou a fiscalização, não há qualquer possibilidade de se atribuir natureza salarial e muito menos remuneratória ao plano de outorga de opções de compra de ações mantido pelo Impugnante, não podendo assim prevalecer a exigência da retenção e recolhimento do IRRF sobre uma remuneração não existente;

- que com base nas características do plano em vigor no caso concreto, não tem cabimento pretender, como quer a fiscalização, assimilar a diferença entre o preço de exercício da ação na data de vencimento do prazo de carência e o valor de mercado da ação a uma remuneração sujeita à incidência de IRRF e contribuições previdenciárias;

- que, inicialmente, deve se ter em mente que não se trata no caso de opções pelas quais decorrido um certo período de tempo o beneficiário pode gratuitamente "adquirir" determinadas ações, pois no caso concreto, para exercício da opção o beneficiário deve pagar pelas ações a serem adquiridas um preço que corresponde à média do preço de venda das ações no período imediatamente antecedente à outorga das opções, corrigido pelo IGPM;

- que nos termos da cláusula 7.2 do plano, mesmo após o decurso do prazo de carência, caso não exercida a opção de compra pelo beneficiário, sua vigência poderá a qualquer momento ser extinta em caso de desligamento, inclusive no caso de renúncia do cargo de diretor ou não reeleição;

- que, tendo em vista, o disposto nos próprios arts. 125 do Código Civil e 114, 116, inciso II e 117, inciso I do CTN, não tem cabimento se pretender ver auferida uma remuneração pelo simples fato de o beneficiário ter tido em um determinado momento a possibilidade de comprar (pagar) ações, se mesmo esta possibilidade (que pode ou não lhe gerar rendimentos no futuro) é absolutamente precária enquanto não exercida;

- que também não tem cabimento considerar que a "remuneração" apurada pelo ilustre fiscal autuante é decorrente de trabalho prestado se em caso de falecimento no dia seguinte à outorga da opção de compra ela já pode imediatamente ou por todo o seu prazo de vigência ser exercida pelos herdeiros;

- que não se pode vislumbrar que, automaticamente, na data de vencimento do prazo de carência, ocorre uma disponibilidade de renda se mesmo vencido aquele prazo muitas vezes pode estar vedado o exercício da opção de compra em face dos "períodos de suspensão" previstos, como ocorreu em relação a dois dos fatos geradores objeto de autuação (abril e maio/2005), conforme calendário anexo (doe. 05);

- que tendo em vista a obrigatoriedade de comunicação prévia com antecedência de 48 horas ao efetivo exercício das opções de compra, e considerando as grandes oscilações de mercado, resta novamente evidenciado o caráter aleatório do possível ganho que virá a ser auferido pelo beneficiário, sujeito às oscilações de mercado;

- que, conforme dispõe a cláusula 10 do plano, uma vez exercida a opção de compra o beneficiário somente pode dispor livremente de metade das ações adquiridas, ficando a outra metade indisponível pelo prazo de 2 anos;

- que, portanto, tendo em vista a fundamentação invocada pelo próprio fiscal autuante quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, à luz do disposto nos arts. 125 do Código Civil e 114, 116, inciso II e 117, inciso I do CTN, já se verifica o absurdo de se pretender considerar como rendimento do beneficiário na data do vencimento do prazo de carência a diferença entre o preço do exercício e o preço de mercado da totalidade das opções de compra exercidas;

- que, mesmo se fosse possível considerar como remuneração eventual diferença positiva quanto à parcela imediatamente disponível (o que já se demonstrou acima não ser o caso), no caso é condição para sua aferição a aquisição de igual quantidade de ações sobre as quais o beneficiário somente terá disponibilidade dois anos depois, o que poderá acabar obrigando o beneficiário a auferir um prejuízo real (se o valor da ação estiver inferior ao valor de aquisição) que poderá ser inclusive superior à diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado na data do exercício ou na data do vencimento do prazo de carência !;



- 
- que, houvesse a obrigação do Impugnante de efetuar qualquer pagamento de contribuições ao INSS, deveria também existir para o beneficiário a obrigação correspondente de oferecer à tributação pelo Imposto de Renda aquele mesmo rendimento;
  - que da forma como apurou a base de cálculo a fiscalização acabou por deixar claro que não pretende a tributação do IRRF de efetivo rendimento dos beneficiários, mas sim sobre a mera diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção nem sequer exercida na data de vencimento do prazo de carência, e que sequer se sabe se seria ou será exercida;
  - que o fato de ocorrer o vencimento do prazo de carência das opções outorgadas não faz surgir para os beneficiários qualquer rendimento que possa ser tido como remuneração do trabalho, como a propósito já entendeu a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém, no meio do acórdão 0113567, de 14/04/09, desta forma, resta demonstrado também que no vencimento dos respectivos prazos de carência não se materializou qualquer fato gerador capaz de fazer nascer a obrigação do Impugnante de reter e recolher o IRRF em nome dos diretores beneficiados, devendo assim ser cancelada a exigência fiscal em questão já que a infração acusada pelo fisco jamais foi praticada;
  - que o adendo à Impugnação, portanto, devidamente intimada, a impugnante novamente se manifestou, dentro do prazo concedido, consoante instrumento de fls.237/247;
  - que a confirmação dos erros apontados, a fiscalização apurou nova base de cálculo para fins de lançamento, não se tratando, portanto, de mera exclusão de determinadas competências ou cancelamento de alguma infração específica, mas sim de completo recálculo da matéria tributável, que evidentemente só poderia ser feito em sede de novo lançamento, e não por meio de nova diligência;
  - que embora as correções efetuadas no lançamento pelo ilustre Auditor Fiscal tenham resultado num valor tributável menor que o originalmente lançado, na apuração da base de cálculo foram incluídos 30 novos beneficiários que não constaram do lançamento original;
  - que não se admite autuações por métodos de tentativa e erro do fisco sob pena de flagrante insegurança jurídica, consoante reiteradamente decidido perante o Conselho de Contribuintes;
  - que ao contrário do que defende o ilustre Auditor Fiscal, todos os elementos necessários à correta apuração da base de cálculo já constavam dos autos e eram de pleno conhecimento da fiscalização muito antes da impugnação apresentada, não sendo possível seu refazimento do lançamento em sede de diligência, sobretudo quando já decorrido o prazo decadencial para tanto (artigo 150, parágrafo 4o do Código Tributário Nacional) e ainda mais com a inclusão de 30 novos fatos geradores da

*suposta falta que não constaram do lançamento original, razão pela qual é manifesta a nulidade dos autos de infração em questão;*

*- que fosse possível o refazimento do lançamento fiscal, como pretendeu a fiscalização, e nulo não fosse o lançamento, jamais o mesmo poderia prevalecer, posto que, como demonstrado na defesa apresentada, que ora se reitera integralmente, quanto ao auto de infração em questão;*

*- que ocorreu a decadência quanto aos supostos fatos geradores ocorridos no período de março, abril e maio de 2006, nos termos do artigo 150, parágrafo 4o do Código Tributário Nacional, considerando que o Impugnante foi cientificado somente em 23/12/2011 do auto de infração em questão;*

*- que o auto de infração imputou suposta violação ao art. 9º da lei nº 10.426/02 e , evidentemente, deveria a fiscalização ter igualmente apontado a norma legal que a seu ver conteria a obrigação da impugnante efetuar a retenção na fonte de imposto de renda sobre os valores autuados, o que em momento algum constou do Termo de Verificação Fiscal ou no auto de infração;*

*- que consoante pacífica doutrina e jurisprudência já consolidada do E. Tribunal Superior do Trabalho, a outorga de opções de compra de ações ainda que gere algum rendimento este não terá relação alguma com os serviços prestados pelo beneficiário a impugnante, descaracterizando assim qualquer hipótese de remuneração;*

*- que especificamente no caso concreto o Plano para Outorga de Opções de Compra de Ações aprovado pela Assembléia Geral de Acionistas do Impugnante possui ainda diversas peculiaridades que tornam absolutamente impossível pretender ver no vencimento do prazo de carência destas opções o pagamento de uma remuneração aos seus beneficiários;*

*- que no vencimento dos respectivos prazos de carência não se materializa qualquer fato gerador capaz de fazer nascer a obrigação do Impugnante de reter e recolher o IRRF em nome dos diretores beneficiários do plano, devendo assim ser cancelada a exigência da multa isolada em questão já que a infração acusada pelo fisco jamais foi praticada;*

*- que a Impugnante solicitou que seja acolhida a impugnação para o fim de se reconhecer a improcedência do auto de infração lavrado, se antes não reconhecida a sua nulidade.*

*Após a análise das alegações da Impugnante, segundo as quais houve majoração indevida e multiplicidade do valor da base de cálculo e, ainda, da análise da planilha anexa aos autos (fls. 71/74) onde foi demonstrado o cálculo do montante da base de cálculo do crédito, os autos foram devolvidos à Delegacia de origem para que, em diligência, a autoridade fiscal se manifestasse, conclusivamente, em relação aos argumentos trazidos pela Impugnante, conforme despacho nº 05 de*

19/07/2012 (fls.212/214). No mesmo despacho foi solicitado, ainda, que na hipótese de ser confirmada a necessidade de retificação do lançamento, fosse elaborada planilha no modelo “de/para” que possibilitasse tal procedimento.

Em cumprimento à referida solicitação, a Fiscalização, após o procedimento de diligência fiscal emitiu o Termo de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 217/220) e manifestou-se acerca dos questionamentos feitos pela impugnante. Nos itens 1 e 2 do Termo de Encerramento de Diligência Fiscal, a Fiscalização analisa os documentos apresentados pela autuada e descreve as alterações por eles provocadas na apuração da base de cálculo do crédito lançado.

No item 3 do Termo de Encerramento de Diligência Fiscal, elaborou planilha indicando as alterações na base de cálculo utilizada no lançamento, em virtude dos grupamentos/desdobramento de ações e exclusões de informações repetidas, expostos nos itens anteriores. Após este fato, a Fiscalização constatou que o Termo de Encerramento, assim como a planilha de cálculo que o acompanha, necessitavam de ajustes, porque, apesar de o referido termo afirmar que a série EP.01/0508/ 156,76 deveria ser excluída do lançamento, restaram na planilha de cálculo 3 (três) informações referentes a essa série, uma na competência 03/2005, uma na 04/2006 e outra na 05/2008. Assim, foi emitido o Termo de Re/ratificação de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 227/231) e planilha (fls. 232/234), onde são feitas as retificações mencionadas e ratificadas as demais informações constantes no Termo de Encerramento de Diligência Fiscal. Foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias, para manifestação do contribuinte.

Devidamente intimada, a impugnante novamente se manifestou, dentro do prazo concedido, consoante instrumento de fls.237/247, onde, alega em síntese:

- que a confirmação dos erros apontados, a fiscalização apurou nova base de cálculo para fins de lançamento, não se tratando, portanto, de mera exclusão de determinadas competências ou cancelamento de alguma infração específica, mas sim de completo recálculo da matéria tributável, que evidentemente só poderia ser feito em sede de novo lançamento, e não por meio de nova diligência;

- que embora as correções efetuadas no lançamento pelo ilustre Auditor Fiscal tenham resultado num valor tributável menor que o originalmente lançado, na apuração da base de cálculo foram incluídos 30 novos beneficiários que não constaram do lançamento original;

- que não se admite autuações por métodos de tentativa e erro do fisco sob pena de flagrante insegurança jurídica, consoante reiteradamente decidido perante o Conselho de Contribuintes;

- que, ao contrário do que defende o ilustre Auditor Fiscal, todos os elementos necessários à correta apuração da base de cálculo já constavam dos autos e eram de pleno conhecimento da fiscalização muito antes da impugnação apresentada, não sendo possível seu refazimento do lançamento em sede de diligência, sobretudo quando já decorrido o prazo decadencial para tanto (artigo 150, parágrafo 4º do Código Tributário Nacional) e ainda mais com a inclusão de 30 novos fatos geradores da suposta falta que não constaram do lançamento original, razão pela qual é manifesta a nulidade dos autos de infração em questão;

- que ainda que fosse possível o refazimento do lançamento fiscal, como pretendeu a fiscalização, e nulo não fosse o lançamento, jamais o mesmo poderia prevalecer, posto que, como demonstrado na defesa apresentada, que ora se reitera integralmente, quanto ao auto de infração em questão;

- que ocorreu a decadência quanto aos supostos fatos geradores ocorridos no período de março, abril e maio de 2006, nos termos do artigo 150, parágrafo 4º do Código Tributário Nacional, considerando que o Impugnante foi cientificado somente em 23/12/2011 do auto de infração em questão;

- que o auto de infração imputou suposta violação ao art. 9º da lei nº 10.426/02 e, evidentemente, deveria a fiscalização ter igualmente apontado a norma legal que a seu ver conteria a obrigação da impugnante efetuar a retenção na fonte de imposto de renda sobre os valores auferidos, o que em momento algum constou do Termo de Verificação Fiscal ou no auto de infração;

- que consoante pacífica doutrina e jurisprudência já consolidada do E. Tribunal Superior do Trabalho, a outorga de opções de compra de ações ainda que gere algum rendimento este não terá relação alguma com os serviços prestados pelo beneficiário a impugnante, descaracterizando assim qualquer hipótese de remuneração;

- que especificamente no caso concreto o Plano para Outorga de Opções de Compra de Ações aprovado pela Assembléia Geral de Acionistas do Impugnante possui ainda diversas peculiaridades que tornam absolutamente impossível pretender ver no vencimento do prazo de carência destas opções o pagamento de uma remuneração aos seus beneficiários;

- que no vencimento dos respectivos prazos de carência não se materializa qualquer fato gerador capaz de fazer nascer a obrigação do Impugnante de reter e recolher o IRRF em nome dos diretores beneficiários do plano, devendo assim ser cancelada a exigência da multa isolada em questão já que a infração acusada pelo fisco jamais foi praticada;

- que, diante do exposto, a Impugnante solicitou que seja acolhida a impugnação para o fim de se reconhecer a improcedência do auto de infração lavrado, se antes não reconhecida a sua nulidade.

*Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, em 30/07/2013, os membros da 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP1, concluíram pela procedência parcial da impugnação, com base, em síntese, nas seguintes considerações:*

*- que, no que diz respeito à **nulidade do lançamento e a falta de liquidez e certeza do montante devido**, é de se dizer que a Impugnante sustenta a nulidade dos autos de infração em virtude de erros e vícios do trabalho fiscal, que resultaram em lançamento com majoração e multiplicidade do valor da base de cálculo, gerando evidente falta de liquidez e certeza do montante devido;*

*- que ainda que se considere que o disposto no artigo acima transcrito não encerra relação numerus clausus de possibilidades de nulidade, somente poderseia 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;*

*- que quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas no lançamento, passíveis de correção, 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;*

*- que, no caso em questão, o procedimento adotado pela autoridade fiscal que efetuou o lançamento, foi o mesmo adotado em todas as fiscalizações realizadas pela Receita Federal do Brasil, qual seja, a fiscalização teve início com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal (no caso o de nº 0816600.2011.00085 código de acesso 18775599) e o envio do Termo de Início do Procedimento Fiscal, comunicando o início do procedimento e solicitando a documentação necessária à fiscalização (fls. 03/04). Ao longo do procedimento de fiscalização, a autoridade fiscal, no exercício de suas funções, solicitou, por meio de vários Termos de Intimação e reintimação Fiscal (5/11), a documentação e as informações necessárias à ação fiscal;*

*- que o Termo de Verificação Fiscal (fls. 57/70), que acompanha o Auto de Infração, traz, de forma clara e precisa, todo o histórico do procedimento fiscal, a documentação apresentada pela empresa, os fatos constatados durante a fiscalização, a matéria tributável (descrição dos fatos geradores), a data da ocorrência dos fatos geradores, a apuração da base de cálculo, a multa devida, o período do lançamento e todas as razões que ensejaram a lavratura do auto de Infração, indicando, inclusive, a fonte de onde foram extraídas as informações para a apuração do crédito, a forma como foi feito o lançamento, a legislação aplicável ao caso, etc.;*

- que no Auto de Infração (fls. 75/79), estão discriminados, competência por competência, os valores da multa devida e o demonstrativo de apuração da mesma. Por outro lado, ao contrário do alegado na impugnação, a norma legal que contém a obrigação da impugnante efetuar a retenção na fonte de imposto de renda sobre os valores autuado, qual seja, o art. 9º da lei nº 10.426/02, está expressamente citada no próprio Auto de Infração, no item “Enquadramento Legal”;

- que, ao contrário do que foi alegado na impugnação, não houve, no presente caso, autuações por métodos de tentativa e erro do fisco e muito menos, qualquer causa que possa causar insegurança jurídica ao contribuinte autuado. Houve apenas erro no cálculo da base de cálculo e no quantum devido, motivado pela interpretação incorreta dos dados apresentados pela empresa em forma de planilha em meio magnético. Entretanto, referidos erros foram sanados, com base nos documentos apresentados com a impugnação, conforme é demonstrado no vários relatórios e planilhas elaborados pela autoridade fiscal após diligência fiscal;

- que o lançamento em questão, após as correções processadas no procedimento de diligência fiscal, reúne todos os requisitos previstos no art. 142 do CTN e nos demais atos normativos que disciplinam a matéria, possibilitando à Autuada o pleno exercício do seu direito de defesa, razão pela qual não vislumbro qualquer vício que possa ensejar a nulidade do mesmo e, portanto, rejeito a referida preliminar;

- que, no que diz respeito à **decadência**, é de se dizer que a impugnante alega a extinção pela decadência dos créditos relativos a períodos anteriores a dezembro de 2006 (competências 03/2006, 04/2006 e 05/2006) e traz como fundamento legal o artigo 150, parágrafo 4º, do CTN;

- que, no caso dos autos, deve ser aplicado o artigo 173, do CTN, para efeito do início de contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito correspondente;

- que para a aplicação da regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN, como quer a Impugnante, é indispensável o pagamento parcial antecipado dos valores devidos incidentes sobre os fatos geradores de que trata o lançamento e não apenas o recolhimento de importâncias que o sujeito passivo entenda serem devidas, mesmo porque em matéria de tributos não há espaço para subjetividade no que concerne à aplicação da norma legal;

- que no caso concreto, em razão de a Impugnante não ter feito nenhuma retenção ou recolhimento de importâncias referentes aos fatos jurídicos de que trata o lançamento, não há que se aplicar a regra decadencial do art. 150, § 4º, do CTN, segundo a qual a contagem inicia-se a partir da ocorrência do fato gerador;

- que os créditos lançados referem-se aos períodos de 03/2006, 04/2006, 05/2006 e 12/2006 e foram consolidados em 20/12/2011, com a ciência pessoal do contribuinte, em 23/12/2011 (fls. 75/76). Portanto, nenhuma competência encontra-se em período decadente, visto que o crédito correspondente à competência mais antiga (03/2006), poderia ter sido lançado até 31/12/2011 (cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte – 01/01/2007);

- que em relação aos valores incluídos na base de cálculo após a diligência fiscal, referentes aos diretores que não constavam nos valores originais, entendo que não há qualquer reparo a ser feito no procedimento fiscal, tendo em vista que o crédito correspondente foi constituído dentro do prazo legal previsto no art. 173, I, do CTN. Conforme pode ser constatado na planilha de fls. 232/234, referidos valores referem-se à competência 12/2006, cujo vencimento das contribuições devidas ocorreu em 01/2007, de forma que a contagem do prazo decadencial somente se iniciou, nos termos do art. 173, I, do CTN, em janeiro de 2008, podendo o lançamento ter sido efetuado até 31/12/2012, fato este que ocorreu, tendo em vista

- que o contribuinte tomou ciência do Termo de Re/ratificação de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 227/231) e planilha (fls. 232/234), em 12/12/2012;

- que, no que diz respeito ao **mérito**, é de se dizer que a empresa autuada, ora impugnante, ofereceu opção de compra de ações da própria companhia aos seus diretores identificados pela fiscalização. Tal operação foi considerada pela fiscalização como remuneração indireta paga aos contribuintes beneficiados e, portanto, a empresa deveria ter retido e recolhido o correspondente imposto de renda na fonte IRRF, nos termos do artigo 717 do RIR/99: Entretanto, referidos valores não foram oferecidos à tributação pelo contribuinte por entendê-los como não integrantes da base de cálculo do referido tributo;

- que, assim, visando o deslinde da questão, necessária é a análise individualizada da natureza das verbas consideradas, no presente lançamento, como integrantes da base de cálculo do crédito constituído, quais sejam: os valores pagos pela autuada, por meio de plano de outorga de opções de compra de ações (stock options), aos seus diretores, considerados como remuneração indireta pela autoridade fiscal responsável pela autuação;

- que quanto ao instituto tem-se que a política mais arrojada em gestão de pessoas trouxe ao nosso mercado de trabalho novas políticas de remuneração, principalmente aos empregados de nível gerencial e altos executivos, com planos de opção de compra de ações da companhia ou de outra do grupo. O mecanismo pode ser descrito assim: a) preestabelece-se um preço para as ações; b) marca-se uma data futura para que a ação possa ser adquirida por aquele preço, se mantida a permanência do profissional na companhia; c) vencida a data e

*durante algum tempo, fica o beneficiário com a opção de adquirir ações da companhia pelo preço anteriormente determinado, independentemente o valor de mercado da ação;*

*- que o momento da ocorrência do fato gerador do IRRF incidente sobre as remunerações por meio de opções de compra de ações é a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, independentemente do exercício das opções pelo beneficiário. A base de cálculo apurada é a mensurável nessa mesma data, conforme foi efetuado pela Fiscalização, multiplicando-se a quantidade de opções outorgadas e passíveis de exercício pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referente à data de vencimento do prazo de carência;*

*- que, não tem cabimento o argumento, segundo o qual, a impugnante não teria efetuado nenhuma espécie de pagamento aos beneficiários dos programas de opção de compra de ações, não se podendo perder de vista que o ato de se outorgar um direito de se subscrever ações de uma companhia por um preço inferior ao de mercado, em contraprestação ao serviço prestado, consiste em oferecer uma vantagem econômica e, portanto, remunerar a prestação de serviço;*

*- que, não resta qualquer dívida de que as Stock options concedidas pela impugnante aos seus administradores, fazem parte da sua política de oferecer remuneração variável aos executivos do alto escalão de sua administração;*

*- que, os julgados da Justiça do Trabalho que afastam a natureza salarial das Stock Options não podem servir de fundamento para a pretensão da impugnante, uma vez que ali se está tratando do conceito de salário dentro do contexto do contrato de trabalho, que é típico e detalhadamente regulamentado pela CLT;*

*- que, nas decisões da Justiça Laboral, não se leva em conta o contexto jurídico da tributação sobre a renda, em que a intenção do próprio legislador é a mais ampla possível, abarcando não apenas o salário regulado pela CLT e tutelado pela justiça trabalhista, mas todos os rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física, mesmo sem vínculo empregatício, como no caso em questão;*

*- que os pagamentos efetuados aos diretores 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;*

*- que o artigo 637 do RIR/99, estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, calculado na forma prevista no art. 620 do mesmo regulamento, os rendimentos pagos aos titulares, sócios, dirigentes, administradores e conselheiros de pessoas jurídicas, a título de remuneração mensal por prestação de serviços, de gratificação ou participação no resultado;*



- que por se tratar de rendimentos sujeitos ao ajuste na declaração de rendimentos dos beneficiários (dirigentes), a retenção constitui mera antecipação do imposto de renda devido. Deste modo, não é possível a exigência, na fonte pagadora, do imposto devido, o qual não foi retido, depois de ultrapassado o prazo de entrega, pelo beneficiário, da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF);

- que os pagamentos efetuados aos diretores da impugnante, a título de outorga de opções de compra de ações, têm natureza remuneratória e, portanto, e que a mesma deveria ter retido e recolhido o correspondente imposto de renda na fonte IRRF, nos termos do artigo 717 do RIR/99;

- que, cabe destacar, aqui, que por se tratar de rendimentos sujeitos ao ajuste na declaração de rendimentos dos beneficiários (dirigentes), a retenção constitui mera antecipação do imposto de renda devido. Deste modo, não é possível a exigência, na fonte pagadora, do imposto devido, o qual não foi retido, depois de ultrapassado o prazo de entrega, pelo beneficiário, da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF);

- que, portanto, no caso em epígrafe, somente foi lançada a multa isolada, conforme dispõe o art. 9º da Lei nº 10.426/2002, não tendo havido o lançamento do imposto cuja retenção e recolhimento deixou de ser antecipado pela fonte pagadora;

- que, no presente caso, a multa é exigida isoladamente com base no **artigo 9º da Lei nº 10.426/2002**, e tendo em vista que já ter terminado o prazo de entrega, pelo beneficiário, da Declaração de Ajuste Anual de Renda da Pessoa Física;

- que, no que diz respeito à **retificação da base de cálculo dos autos de infração**, é de se dizer que a partir de tudo que foi exposto anteriormente, ou seja: a) dos agrupamentos/desdobramentos que alteram a quantidade das ações resultantes das opções de compra; b) da exclusão dos lançamentos referentes à série EP01/ 0508/ 156,76 e c) da exclusão de informações repetidas relativas às demais séries, a autoridade fiscal elaborou a Planilha denominada “Opções de Ações 2006 – Valores Retificados – PAF 16327.721796/201156” (fls. 232/234) onde são demonstrados, mês a mês, os valores recebidos, por meio de opções de compra de ações, discriminados individualmente por beneficiário, cuja somatória constitui a correta da base de cálculo do lançamento em questão.

A presente decisão encontra-se consubstanciada nas seguintes ementas:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/05/2006, 01/12/2006 a 31/12/2006

**LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES. INCORREÇÕES SANADA INOCORRÊNCIA.**

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente e quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária. Irregularidades, incorreções e omissões cometidas no lançamento, passíveis de correção, 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 Decreto 70.235/72.

**DECADÊNCIA. PRAZO**

A ausência de pagamento antecipado sobre os fatos jurídicos de que trata o lançamento impõe a aplicação do prazo decadencial de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

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

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/05/2006, 01/12/2006 a 31/12/2006

**REMUNERAÇÃO INDIRETA. OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. FATO GERADOR.**

As verbas pagas pela empresa aos seus diretores, sob a forma de opções de compra de ações stock options, como retribuição ao trabalho prestado, têm natureza remuneratória, sobre as quais incidem o imposto de renda que deve ser retido pela fonte pagadora.

A ocorrência do fato gerador do referido tributo incidente sobre as remunerações por meio de opções de compra de ações é a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador. A base de cálculo apurada é a mensurável nessa mesma data.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

*Deste ato, por força do recurso necessário, a Presidência da 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SPI recorre de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em conformidade com o art. 3º inciso II, da Lei nº 8.748, de 1993, com nova redação dada pelo art. 67, da Lei nº 9.532, de 1997 e da Portaria MF nº 03, de 2008.*

*Da mesma forma, após ser cientificado da decisão de Primeira Instância, em 17/08/2013, conforme Termo constante à fl. 282, e, com ela não se conformando o recorrente interpôs, em tempo hábil (06/09/2013), o recurso voluntário de fls. 284/336,*

*instruído pelo documento de fl. 337 no qual demonstra irresignação na parte da decisão mantida, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:*

*- que, no que diz respeito à **nulidade do lançamento fiscal crédito tributário apurado com base em levantamento mal elaborado e a falta de liquidez e certeza**, é de se dizer que principalmente da jurisprudência pacífica administrativa inadmitindo qualquer procedimento ou levantamento que não conduza a lançamentos baseados em valores líquidos e certos, fica evidenciada a total insubsistência do presente auto de infração, que mesmo diante das correções efetuadas por ocasião da diligência fiscal deve ter a sua nulidade reconhecida diante do vício que o maculou desde a origem, no momento de sua lavratura;*

*- que, no que diz respeito à **decadência dos créditos tributários incluídos no levantamento fiscal constante do termo de encerramento da diligência realizada**, é de se dizer que, conforme já mencionado, diante da confirmação dos erros apontados na impugnação apresentada pela Recorrente, a fiscalização apurou nova base de cálculo para fins de lançamento, só poderia ser feito em sede de novo lançamento, e não por meio de simples diligência fiscal;*

*- que ainda que pudesse ser superada a nulidade acima apontada, contudo, certo é que embora tenha sido apurado na diligência realizada um valor tributável menor do que o originalmente lançado, no novo levantamento fiscal apresentado com as conclusões da diligência fiscal foram incluídos 30 novos beneficiários que não constaram do lançamento original, conforme se verifica da simples comparação entre a planilha intitulada “Opções de Ações 2006 – Valores Retificados” e a planilha anterior, da qual se verifica que os beneficiários abaixo indicados não constavam do lançamento original;*

*- que, nessa condições, sendo dos 30 novos fatos geradores autuados relativos à competência de dezembro 2006, a autoridade administrativa tinha o prazo de 5 (cinco) ano para efetuar o competente lançamento a contar daquele fato gerador, de modo que, não o tendo efetuado, decaiu de seu direito, estando caduco o crédito tributário que se pretende exigir por meio do novo levantamento fiscal constante do termo de encerramento da diligência fiscal realizada, impondo-se a reforma da r. decisão recorrida neste tocante;*

*- que a decadência quanto ao levantamento fiscal original, não bastasse a decadência configurada em relação ao novo levantamento fiscal apresentado por ocasião do encerramento da diligência realizada neste auto, a Recorrente demonstrou em sua impugnação que também os valores inicialmente exigidos, em relação às competências de março, abril e maio de 2006, encontra-se extintos nos termos do artigo 156, V do CTN uma vez que, como já mencionado, considerado que a natureza do*

*IRRF que deu causa à exigência da multa isolada em comento é de tributo cujo lançamento se dá por homologação, mostra-se perfeitamente aplicável a regra do artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional, conforme pacífico entendimento deste E. CARF a respeito;*

*- que, dívida não existem de que, comprovada a existência de pagamento de IRRF nos meses de março, abril e maio de 2006, mostra-se absolutamente intempestivo o presente auto de infração, constituído apenas em 23/12/2011 e, portanto, fora do quinquídio legal estabelecido pelo artigo 150, §4º do CTN, impondo-se da r. decisão recorrida também neste tocante;*

*- que o Auto de Infração imputou à Recorrente suposta violação ao art. 9º da Lei nº 10.426/2002;*

*- que, a questão que se coloca, assim, é saber se o valor autuado em razão das stock options concedidas pela Recorrente (diferença entre o preço de exercício da ação na data do vencimento do prazo de carência, independentemente do seu efetivo exercício e o preço de mercado da ação) corresponde efetivamente a uma remuneração paga aos beneficiários;*

*- que, diante de tais características, considerando que seja no momento da assinatura do contrato de outorga de opção de compra de ações, seja no momento em que vencido o prazo de carência, seja ainda mesmo se efetivamente exercida a opção de compra não se garante qualquer ganho efetivo aos beneficiários, não há dúvidas de que este plano não configura qualquer espécie de remuneração seja sob a ótica trabalhista, fiscal ou societária, sendo típico contrato mercantil com evidente característica de álea;*

*- que a doutrina e jurisprudência trabalhista reconhecem o caráter não salarial ou remuneratório dos planos de outorga de opções de compra de ações, portanto, após analisar as características acima, concluiu o ilustre fiscal autuante no Termo de Verificação Fiscal que embasa o presente auto de infração que o plano de outorga de opções de compra de ações teria natureza salarial;*

*- que ao contrário do que afirmou a fiscalização, não há qualquer possibilidade de se atribuir natureza salarial e muito menos remuneratória ao plano de outorga de opções de compra de ações mantido pela Recorrente, não podendo assim prevalecer a r. decisão recorrida considerando que a Recorrente não esteve jamais obrigado à retenção e recolhimento de IRRF sobre a “remuneração” que em vão tentou o fisco demonstrar ter existido;*

*- que das peculiaridades do plano de outorga de opções de compra de ações mantido pela recorrente, ou seja, apenas para argumentar, que pelas razões acima já não seja de plano reconhecida a insubsistência do lançamento, cumpre salientar que especificadamente no caso concreto, em razão das peculiaridades do plano de outorga de opções de compra de*

*ações mantido pela Recorrente, com muito mais razão o valores autuados jamais poderiam ser tidos como remuneração dos beneficiários.*

*- que, como se pode observar do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, conquanto a multa prevista no inciso II possa ser exigida isoladamente, o mesmo não ocorre com a multa do inciso I, que só pode ser exigida em conjunto com o valor do tributo devido;*

*- que, assim, conquanto o inciso I do artigo 44 permita a exigência da multa no caso de falta de recolhimento, ela evidentemente só poderá ser cobrada de quem for responsável pelo pagamento do tributo não recolhido;*

*- que considerando-se que o próprio Parecer Normativo COSIT 01/2002 invocado pela decisão recorrida determina que "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", é evidente que depois do prazo de entrega da declaração de ajuste anual da pessoa física, quando o imposto só pode ser exigido desta e não mais da fonte, a multa do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que deve sempre acompanhar o tributo lançado, só poderá ser cobrada da pessoa física, e não mais da fonte;*

*- que razão pela qual a regra do artigo 9º da Lei nº 10.426/2002, na hipótese de falta de retenção, só se aplica dentro do prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste pela pessoa física, mas não depois, quando nem o imposto nem a multa do artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96 podem ser exigidas da fonte que não efetuou a retenção.*

Conforme se verifica, a DRJ de origem entendeu pela procedência em parte da impugnação apresentada pela contribuinte. Assim, diante da exoneração de valor acima de R\$ 1.000.000,00, foi interposto Recurso de Ofício.

Por sua vez, a contribuinte, inconformada, apresentou recurso voluntário às fls. 284/336, onde são reiterados os argumentos já lançados em impugnação, quanto ao que foi vencida, requerendo a reforma do acórdão recorrido, cancelando-se a exigência fiscal.

Quando estes autos foram apreciados pela 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, da 1ª Seção deste Conselho (Resolução nº 1402000.284, de 23 de setembro de 2014), resolveram "os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, resolvem declinar a competência do julgamento à 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF para apreciação em conjunto com o processo nº 16327.721796/2011-56, nos termos do voto do Relator".

Todavia, em 11 de fevereiro de 2015, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF, julgou o processo nº 16327.721796/2011-56, cujo tributo que estava sendo exigido do sujeito passivo era contribuições previdenciárias.

Deste modo, não sendo mais possível a análise conjunta destes autos com o de nº 16327.721796/2011-56, foi este processo distribuído à 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção do CARF.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Relator

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

De início, importa ressaltar que embora a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF tenha já julgado o processo nº 16327.721796/2011-56, referente contribuições previdenciárias, em relação a mesmos fatos deste processo, entendo que os fundamentos do referido acórdão (2401-003.890) se inclinam ao meu entendimento, razão pela qual farei referência ao decidido naquele julgamento sempre que relevante for.

Realizada tal ponderação, passa-se a análise do recurso de ofício.

## **RECURSO DE OFÍCIO**

Como já relatado, a DRJ, após analisar os argumentos trazidos pelo ora Recorrente, em sede de impugnação, proferiu despacho remetendo os autos para que a autoridade fiscal analisasse se a base de cálculo estava indevidamente majorada com a inclusão dos desdobramentos e bonificações considerados equivocadamente como novas séries de ações.

A autoridade fiscalizadora, então, reconheceu a majoração indevida da base de cálculo e promoveu a revisão do lançamento com as consequentes correções necessárias, ocasionando redução significativa do crédito tributário.

A DRJ, por sua vez, acatou a retificação promovida pela autoridade fiscal e julgou procedente em parte o lançamento.

Consoante se verifica, o crédito tributário originalmente lançado estava abruptamente majorado por não ter a autoridade lançadora atentado para eventos como desdobramento ou agrupamento de ações, que alteram as quantidades e/ou preço das ações cuja opção de compra foi outorgada. Ao efetuar o lançamento com base nos dados – número de ações outorgadas e valor de exercício – constantes dos atos de outorga originais, sem ajustá-los aos referidos eventos, a quantificação do crédito tributário acabou totalmente distorcida e afastada da realidade dos fatos.

Assim, se, por exemplo, são originalmente outorgadas opções de compra de 100 ações, ao preço de exercício de R\$ 10,00, e, posteriormente, as ações do Recorrente são

desdobradas em 10, a outorgada passará a ser de 1000 ações, e o seu preço de exercício será ajustado para R\$ 1,00. Não houve nova outorga de ações, nem queda real no preço das ações do Recorrente, mas apenas ajuste decorrente de desdobramento.

Por certo, que se eventos dessa natureza (desdobramento ou agrupamento) não forem observados quando da quantificação do crédito tributário, sem dúvidas, haverá distorções na base de cálculo do tributo.

Portanto, tendo a própria autoridade fiscal reconhecido o equívoco cometido e retificado o lançamento, nos termos em que alegado pelo contribuinte, e tendo a DRJ convalidado a nova apuração, entendo que não merece reparos a decisão recorrida nesse aspecto.

Saliento que foi este também o entendimento da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF quando do julgamento do processo nº 16327.721796/2011-56, referente contribuições previdenciárias, em relação aos mesmos fatos deste processo (acórdão nº 2401-003.890).

Ante o exposto, conheço do recurso de ofício e, no mérito, entendo por negar provimento ao recurso.

## RECURSO VOLUNTÁRIO

### Alegação de nulidade.

Antes de adentrar na análise dos argumentos aduzidos pela recorrente a respeito da nulidade da autuação, entendo por bem apreciar, antes disso, o mérito em si da autuação, uma vez que a nulidade não deve ser pronunciada se for apreciado o mérito em favor do contribuinte, a teor do parágrafo 3º do art. 59 do Decreto n. 70.235.

### Mérito.

Esta Colenda Turma, em recentes julgamentos (acórdãos nº 2202-003.436 e 2202-003.437, ambos julgados na sessão de 14.06.2016, de relatoria do Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada), decidiu por afastar os lançamentos tributários por entender que o fato gerador do tributo ocorre na data do exercício das opções pelo beneficiário *das stock options*. Ou seja, somente quando o mesmo exerce o direito de compra em relação às ações que foram outorgadas, não havendo como atribuir ganho se não demonstrado o efetivo exercício do direito sobre as ações. Segue abaixo transcrito trechos do voto do ilustre Relator:

### *"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.***

[...]

*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 novo lançamento.*

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

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



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

(...)

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

*(trechos do voto exarado no acórdão 2202-003.346, de Relatoria do Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada)*

Necessário frisar que nos acórdãos nº 2202-003.436 e 2202-003.437 os integrantes desta Turma entenderam por unanimidade em cancelar a exigência fiscal.

Deste modo, considerando que a contribuinte foi autuada por não realizar a retenção na fonte, a qual deveria ter sido realizada considerando-se a data do vencimento do prazo de carência, independentemente da efetivo exercício das opções de compra, verifico que há erro do lançamento, sendo este um vício material.

Aliás, destaca-se como consta o lançamento no TVF, conforme fl. 68 destes autos, no item "DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR":

Diante do que foi exposto, as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que ocorre o vencimento do prazo de carência, que é o momento do implemento da condição suspensiva contratual. Não importa se o trabalhador exerceu ou não as opções que detinha. À luz do Código Civil (art. 125, reproduzido anteriormente), o direito do trabalhador está constituído nesta data (vencimento da carência) e, de acordo com o CTN (art. 117, inciso I), aí ocorreu o fato gerador sobre esse direito.

Portanto, a data da ocorrência do fato gerador do IRRF incidente sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador.

Ora, o fundamento da atuação (momento e ocorrência do fato gerador) é totalmente contrário ao entendido por este colegiado em outras situações, bem como contrário a jurisprudência deste Conselho. Não se comunga do entendimento adotado pela fiscalização de que a data do vencimento do prazo de carência, independente do exercício da opção de compra, seria o momento de ocorrência do fato gerador do IRRF. Entende-se que este somente ocorre na data do efetivo exercício da opção de compra.

Ainda, importa referir que o plano *stock options* ora em análise, quando apreciado pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF, na ocasião do julgamento do processo nº 16327.721796/2011-56, referente a contribuições previdenciárias, em relação aos mesmos fatos deste processo (acórdão nº 2401-003.890), foi compreendido que há ausência de caráter remuneratório, sendo afastado o referido lançamento.

Tal questão é relevante que seja adentrada ao mérito, pois, além de ser arguida pelo contribuinte, constou de tal modo no Termo de Verificação Fiscal à fls. 63 e seguintes deste autos:

## 5. DA NATUREZA SALARIAL DOS FATOS NARRADOS

A outorga aos administradores de opções de compra de ações da companhia é uma forma de remuneração a médio e longo prazo, possuindo, portanto, natureza inegavelmente salarial conforme se demonstrará a seguir.

Conforme se demonstrará o plano de *stock options* do Recorrente não possui desvirtuamentos que levem à sua caracterização como remuneração. Segue abaixo trecho do voto da ilustre Relatora Conselheira Carolina Wanderley Landim (acórdão nº 2401-003.890) quando apreciado este mesmo plano de *stock options*:

### *"3.1. Do caráter mercantil do plano ora analisado*

*É sabido que o contrato decorrente do plano de stock options trata-se de instrumento de título oneroso, fundado na lei societária, através do qual a sociedade emissora concede ao beneficiário (empregado, administrador, prestador de serviço) o direito de subscrever ou adquirir as suas ações por um preço pré-definido, sob determinadas condições e após determinado prazo. No direito brasileiro, a previsão legal quanto à possibilidade de criação do stock options está prevista no art. 168, §3º da Lei n.º 6.404/76, segundo o qual:*

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

§ 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia 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.

*Da leitura do referido dispositivo legal, é possível concluir que para a instituição do stock options é necessário que sejam atendidos cinco requisitos, quais sejam: (i) emissão por sociedade por ações, abertas ou fechadas; (ii) previsão expressa no estatuto; (iii) em observância aos montantes delimitados no capital autorizado, (iv) conforme plano de compra de ações aprovado pela assembleia geral e (iv) tendo como beneficiários os empregados, administradores e outras pessoas naturais que prestem serviços à sociedade por ações ou à sociedade sob o seu controle.*

*Esta Turma já se debruçou sobre esse tema e já manifestou o seu entendimento de que a aquisição de ações através de planos de stock options trata-se, em regra, de típico contrato mercantil, oneroso, em que o trabalhador, embora pretenda obter lucros, poderá amargar prejuízos inerentes ao risco de investir no mercado de ações – não configurando, portanto, base de cálculo das contribuições previdenciárias (acórdãos n.s 2401003.044 e 2401003.045).*

*A onerosidade do contrato decorre do pagamento, pelo trabalhador, do preço de exercício estipulado. E essa*

*onerosidade está diretamente atrelada ao elemento risco inerente a esse tipo de operação, já que, se não fosse oneroso, a entrega pelo empregador das ações ofertadas ao trabalhador poderia ser caracterizada como remuneração.*

*De fato, sendo, via de regra, a opção de comprar ações facultativa e onerosa ao beneficiário, que, inclusive, poderá experimentar prejuízos na operação, caso o preço de venda seja inferior ao preço pago pelas ações adquiridas, não é possível caracterizar a aquisição das ações por meio dos contratos de opção de compra de ações como remuneração, já que esta decorre diretamente da prestação de serviço, não estando sujeita a risco, muito menos à opção do trabalhador e pagamento de preço— prestado o serviço, a remuneração deve ser paga pelo contratante.*

*A concessão ao trabalhador de opção de compra de ações da Companhia em que trabalha tem por finalidade a retenção desses trabalhadores, funcionando como estímulo para que eles permaneçam na empresa e contribuam para o seu crescimento, estimulados pela possibilidade de participar dos lucros futuros e valorização das ações no mercado de capitais.*

*Não há dúvidas, portanto, de que a oferta de ações aos trabalhadores por meio de planos de stock options tem relação direta com a qualidade e importância do serviço prestado pelo beneficiário à empresa – já que, por óbvio, essas opções só são oferecidas àqueles que prestam serviços à Companhia emissora, com o objetivo de que essa prestação de serviços perdure e seja estimulada. Isso não implica, contudo, na automática caracterização de planos dessa natureza como remuneração.*

*É certo que, não estando presentes as características essenciais de contratos dessa natureza, poderá a fiscalização provar que se trata de forma disfarçada de remuneração, sobre a qual incidiria a contribuição previdenciária patronal acrescida do adicional correspondente.*

*Diante disso, o primeiro passo a ser dado para avaliação da procedência ou não da autuação é verificar se, no caso sob exame, o plano de compra de ações que o Recorrente oferece a seus trabalhadores reúne os elementos essenciais de um contrato de natureza mercantil, ou se, ao contrário, dele se afasta, caracterizando-se como remuneração in natura.*

*No caso sob exame, a fiscalização não aponta de forma específica nenhuma cláusula do Plano de Opção de Compras de Ações do Recorrente que retiraria o seu caráter mercantil da operação de compra, ou eliminaria o risco do beneficiário que é inerente às operações com o mercado de ações.*

*A fiscalização posiciona-se no sentido de que as Opções de Compras de Ações oferecidas a trabalhadores, de um modo geral, possuem características especiais que a diferenciam das opções de compra de ações comuns e que essas características,*

*por si só, retirariam a sua natureza mercantil e afirmariam a sua natureza remuneratória.*

*As características imputadas pela autoridade fiscal aos planos de opções de ações oferecidos aos trabalhadores, que os diferenciariam das opções de ações em geral e retirariam o seu caráter mercantil, podem ser assim resumidas:*

- O trabalhador não desembolsa valores para aquisição do direito de comprar ações da empresa.
- Não há risco na aquisição da opção, na medida em que o trabalhador tem o direito de não exercer essa opção, ou seja, se a ação estiver com o valor baixo, ele não é obrigado a adquiri-la.
- As opções outorgadas são pessoais e intransferíveis, de modo que não é possível negociar as opções recebidas.
- O período de vigência é geralmente bastante superior em relação aos planos de ações comuns.
- Em regra, não permitem que o direito seja adquirido no momento da concessão, com o objetivo de fortalecer a relação entre a empresa e o trabalhador, demonstrando que o plano é uma forma de vincular o capital humano e são oferecidos como recompensa pelo trabalho prestado, como um “prêmio” ao empregado.

*Além disso, as autoridades fiscais se apegam a trechos de documentos que atrelam o termo remuneração aos planos de opções de ações: O fato de as regras serem fixadas por um Comitê de Remuneração, de o formulário 20F categorizar as outorgas de opções de ações como honorários do conselho de administração e diretoria e de ser utilizada a expressão “despesa de remuneração referente aos planos de opções de compra de ações”, dentre outros, serviram como fundamento para a incidência das contribuições previdenciárias, na visão da autoridade lançadora, convalidada pela DRJ. Fixadas, em linhas gerais, as bases da acusação fiscal, passemos à análise de cada um desses argumentos, em conjunto com as características específicas do plano de opção de ações objeto da autuação.*

*Inicialmente, entendo que os atos societários, demonstrações financeiras e demais documentos mencionados na acusação fiscal, que estabelecem a suposta relação entre os pagamentos decorrentes do plano de stock options e a remuneração paga aos trabalhadores, bem como o fato de o Comitê de Remuneração ser responsável por definir os administradores que terão direito ao exercício da opção de compra da ação, não são fatos aptos a comprometer o caráter mercantil do plano de ações e caracterizá-lo como remuneração para fins previdenciários.*

*Isto porque não é o nome que se dá a determinado instituto que lhe confere natureza jurídica, mas sim as suas características essenciais. O fato de as demonstrações financeiras do Recorrente utilizarem o termo “remuneração” nos itens que*

*tratam dos planos de opções de compra de ações não torna essa verba tributável. É preciso analisar as características do plano para que se possa concluir se se trata de operação mercantil ou se houve desvirtuamento do instituto apto a caracterizar o ganho auferido pelo profissional como remuneração tributável*

*Passemos, então, à análise do plano de stock options, conjuntamente com os pontos apontados pela autoridade fiscal como caracterizadores da natureza remuneratória às opções de compra de ações oferecidas a trabalhadores.*

*a) Onerosidade do plano A Autoridade Fiscal afirma que, diferentemente das opções de compra de ações oferecidas em geral no mercado, naquelas ofertadas a trabalhadores, estes não desembolsam valores para adquirir o direito de comprar ações da empresa no futuro, o que supostamente comprometeria a onerosidade e, por consequência, o risco envolvido com a sua adesão.*

*Analisando o plano de opção de ações do Recorrente, constata-se que, de fato, não se exige do beneficiário um pagamento inicial para que possa, após o prazo de carência, exercer o seu direito de compra das ações.*

*A despeito disso, entendo que o fato de não ser exigido um valor para aquisição do direito futuro de exercício da opção de compra de ações, por si só, não retira deste o seu caráter oneroso, muito menos o risco atinente a esse tipo de contrato.*

*Isto porque, embora não seja preciso fazer desembolso inicial para adquirir a opção, o exercício da opção de ações do Recorrente é inequivocamente oneroso, já que existe a obrigação de o beneficiário pagar o preço fixado para a aquisição das ações, sendo este preço, a teor da cláusula sexta do plano, determinado pela média dos preços das ações nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data das opções, facultado ajuste de até 20%, para mais ou para menos. Esse preço do exercício das ações é devidamente reajustado até o mês anterior ao do exercício da opção pelo IGPM.*

*Além do critério para definição do preço do exercício ser razoável, vez que considera a média de preços das ações na Bolsa de Valores de São Paulo, bem como ser devida a correção dos valores, considerando índice regularmente praticado (IGPM), as regras quanto ao prazo para pagamento são as mesmas aplicáveis à liquidação de operações na Bolsa de Valores de São Paulo. É o que se extrai da leitura da cláusula abaixo transcrita:*

#### PREÇO DO EXERCÍCIO

[...]

6.2. Exercendo a opção, o respectivo titular deverá pagar o preço do exercício em prazo igual ao vigente para liquidação de operações na Bolsa de Valores de São Paulo. (grifos nossos)

*Há, portanto, nítida onerosidade no Plano de Opção de Compra de ações ofertado pelo Recorrente, já que há uma efetiva aquisição de ações através do plano, e não uma outorga graciosa dos títulos, mesmo não sendo necessário fazer um desembolso inicial para obter o direito futuro de adquirir as ações.*

*b) Impossibilidade de transferência para terceiros*

*Considerando, ainda, o objetivo de instituição do plano, convém registrar que, diferente do que alega a autoridade fiscal, a possibilidade de transferência do exercício da opção para terceiros macularia a própria intenção de criação do plano, que, como já dito, tem em sua essência o objetivo de fortalecer a relação entre a empresa e o trabalhador. A pessoalidade e indisponibilidade estão plenamente de acordo com a natureza jurídica do plano em questão. Esses elementos, portanto, não o descaracterizam, nem retiram a sua natureza mercantil, esta evidenciada pelo risco e onerosidade presentes na aquisição de ações por meio do plano de stock options.*

*c) Livre exercício do direito de compra das ações*

*Aduz a fiscalização que o trabalhador tem o direito de não exercer a opção de aquisição de ações caso o preço de mercado esteja inferior ao da oferta, o que por si só já retiraria o risco que é inerente a esse tipo de negócio.*

*Não é, contudo, a possibilidade de não exercício que retira da operação o risco que lhe é inerente. O risco se caracteriza essencialmente pelo pagamento do preço pelo beneficiário e pela possibilidade de perder o valor pago no mercado de ações, conforme será visto no tópico seguinte.*

*Ademais, se realmente a oferta de ações estivesse vinculada à remuneração, representando contraprestação pelo serviço realizado, seria obrigatório o exercício do direito de opção pelo trabalhador, o que, como visto, não se verifica no caso analisado.*

*d) Do risco inerente ao exercício do direito de aquisição das ações*

*No caso ora analisado, apenas é possível exercer o direito de compra de ações, com o respectivo pagamento do preço do exercício, após o prazo de no mínimo 01 (um) ano e no máximo 05 (cinco) anos, contados do ano em que houver a emissão das opções aos beneficiários do stock options.*

*Após o exercício da opção, por sua vez, o trabalhador só pode alienar, de imediato, a metade das ações adquiridas com exercício das opções, de modo que a outra metade das ações fica*

*indisponível pelo prazo de 2 (dois) anos, contados a partir do exercício da opção, conforme demonstram as cláusulas abaixo transcritas.*

## 10. DISPONIBILIDADE DAS AÇÕES

10.1. O titular da opção poderá dispor livremente de metade das ações que houver adquirido através de cada ato de exercício dessa opção.

10.2. A outra metade ficará indisponível pelo prazo de 2 (dois) anos, contado a partir da data do exercício de opção, averbando-se essa indisponibilidade na forma e para fins previstos no art. 40 da Lei n.º 6.404 de 15.12.76, ressalvadas as exceções a seguir estabelecidas. [...]

*Ora, a indisponibilidade das ações adquiridas por dois anos é um elemento essencial para caracterização do risco a que se sujeita o trabalhador, no momento em que exerce a opção de ações que lhe foi ofertada.*

*Dois anos é um prazo razoavelmente longo e nele podem ocorrer situações que levem o preço das ações a valores bastante inferiores aos de exercício. Fatores externos ou internos, como uma crise econômica em nível nacional ou internacional, uma crise política, a desvalorização da moeda nacional, a má condução dos negócios, dentre outros, podem influenciar significativamente no valor de mercado das ações ofertadas. O beneficiário tem, portanto, manifesto risco de arcar com prejuízos oriundos de eventual queda no preço das ações. Apenas a título exemplo, verifica-se, do Termo de Constatação elaborado pela KPMG, que, durante período inferior há um ano, as ações do Itaú tiveram grande alternância em seus valores, conforme demonstram as informações extraídas do site da BM&F Bovespa, por meio das quais se verifica que em 19/07/2007 o preço das ações era de R\$ 94,30 e, em 24/10/2008, a cotação despencou para R\$ 17,50. No caso ora analisado, tais informações tornam manifesto o risco dos trabalhadores ao adquirirem as ações da Companhia.*

*Logo, a existência de cláusula prevendo a proibição de alienação de metade das ações por dois anos contados da data do exercício, sendo que, dois anos após, não é possível prever se as ações originalmente ofertadas por determinado valor terão preço superior ou inferior no mercado, torna inequívoca a existência de risco.*

*No mesmo sentido, o argumento trazido na acusação fiscal de que os planos possuem prazo de vigência alargado tampouco é apto a desnaturar o caráter mercantil do plano, já que durante esse tempo é possível que os preços das ações caiam e se recuperem a tempo de o trabalhador não suportar prejuízos, assim como é possível que eles apenas declinem e a perda e capital seja cada vez maior ao longo do tempo.*

*Uma cláusula dessa natureza poderia ser contestada no contexto de planos que permitem imediatamente após a opção a venda de todas as ações, ações estas que são ofertadas por valor vil, na data da concessão (não do exercício). Nesses casos, pode ficar demonstrado que o plano tinha por objetivo propiciar um ganho certo e imediato ao beneficiário, que se caracterizaria como remuneração. Não é, ao que me parece, o caso dos autos.*

*Tal risco foi ratificado a partir da análise realizada pela KPMG, que simulou algumas situações que, embora o trabalhador auferisse ganho no primeiro exercício da opção de compra de ações, passados dois anos, quando poderia exercer o direito em relação à metade das ações adquiridas anteriormente, acabaria realizando prejuízo superior ao ganho inicialmente obtido, considerando a flutuação do valor da ação no mercado no decorrer do período analisado.*

*Também foi realizada simulação, por meio da qual se constatou a constante verificação de prejuízos com o exercício da opção de aquisição do direito de ação durante todo o prazo de vigência do plano, de modo que provavelmente tal direito sequer chegaria a ser exercido pelos trabalhadores.*

*Conclusão quanto ao caráter mercantil do plano de stock options ora analisado*

*Constata-se da análise das características essenciais do programa de ações em tela que o beneficiário não tem nenhuma garantia de ganho na venda da totalidade das ações adquiridas, muito menos recebe as ações por gratuidade. É preciso pagar para a sua compra e aguardar mais de dois anos para vender a metade das ações adquiridas, o que sujeita o beneficiário inevitavelmente às oscilações de preço que são inerentes ao mercado de ações.*

*Assim, diante da nítida onerosidade e da ausência de cláusulas hábeis a afastar o elemento risco inerente aos contratos mercantis e caracterizar o plano de oferta de ações como política de remuneração do Recorrente, entendo que a atuação não merece prosperar.*

*O Programa instituído pelo Recorrente não pode ser caracterizado como remuneração, por ser optativo e oneroso no que tange à aquisição das ações, haver prazo para venda de metade das ações inicialmente adquiridas e não existir cláusula que evite perdas que podem advir com a futura desvalorização das ações.*

*Por oportuno, peço vênias para discordar da interpretação dada pela d. PGFN à cláusula 9 do Plano, que trata dos ajustes quantitativos das Opções. Tal cláusula diz respeito à necessidade de ajuste na quantidade ou preço das ações ofertadas em situações como desdobramento, grupamento de ações, fusão, incorporação, cisão, dentre outros, que, por sua natureza, afetam essas variáveis e demandam ajustes para que se mantenham as condições inicialmente pactuadas. Se, por*



*exemplo, ocorreu um desdobramento de ações em mil, é preciso que as ações ofertadas sejam multiplicadas por mil, para manutenção das condições originais do plano. Isso não desvirtua o plano, nem foi utilizado pela fiscalização como argumento para descaracterização da sua natureza mercantil.*

*Não se trata, assim, de remuneração pelo serviço prestado, já que esta é certa, não depende de evento futuro, nem de adesão do trabalhador, muito menos de pagamento por parte deste. Não houve, no caso, qualquer desembolso por parte do Recorrente para os beneficiários adquirirem as ações ofertadas, que pudesse ser caracterizado como remuneração.*

*Diante de tais conclusões, considerando que tais parcelas não integram o salário contribuição diante da manifesta ausência de caráter remuneratório, não há que se falar na incidência do adicional de 2,5% e tampouco na configuração de obrigação acessória, decorrente da ausência de declaração de fato gerador em GFIP.*

*3.2. Do momento da ocorrência do fato gerador e dos seus reflexos na apuração da base de cálculo*

*Como visto acima, no entender desta relatora, o plano de stock options do Recorrente não possui desvirtuamentos que levem à sua caracterização como remuneração.*

*Não havendo que se falar em remuneração, não restou configurada a ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias, diante do que acabou ficando prejudicada a avaliação quanto à correção ou não do momento da ocorrência do fato gerador fixado pelas autoridades fiscais.*

*Conclusão*

*Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso de ofício, acolho a decadência aventada até a competência de maio de 2006 e, no mérito, dou total provimento ao recurso voluntário."*

Compartilho do referido entendimento, pois entendo que o plano de *stock options* da contribuinte não possui desvirtuamentos que levem à sua caracterização como remuneração. Assim, o Termo de Verificação Fiscal apresentou outra grave inconsistência, ao considerar que houve pagamento de remuneração por um serviço prestado. Em razão disso, não procede o lançamento também por tal ponto.

Portanto, o lançamento deve ser afastado, seja pelo erro quanto ao momento do fato gerador existente no lançamento, por considerar a data do término do prazo de carência, ou ainda, pela fundamentação equivocada deste ao considerar que houve pagamento de remuneração, acarretando outro erro na apuração do fato gerador do tributo. Assim, estando incorreta a indicação da base de cálculo eleita para o tributo, a multa, que lhe é proporcional, não pode subsistir.

No entanto, tendo sido vencido o relator, pelo voto de qualidade, quanto ao recurso voluntário, observa-se que os fundamentos adotados pelo Colegiado encontram-se na declaração de voto do Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada.

**Conclusão.**

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício e por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

**Declaração de Voto**

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada

Peço licença ao ilustre Relator, Conselheiro Martin da Silva Gesto, para discordar em parte de suas conclusões, no que toca à natureza do plano sob análise, registrando que isso não afeta em nada o resultado do julgamento, uma vez que estamos de acordo com o que diz a respeito ao equívoco na determinação de aspecto temporal do fato gerador.

Transcrevo de seu voto, para ilustrar:

*... pois entendo que o plano de stock options da contribuinte não possui desvirtuamentos que levem à sua caracterização como remuneração. Assim, o Termo de Verificação Fiscal apresentou outra grave inconsistência, ao considerar que houve pagamento de remuneração por um serviço prestado. Em razão disso, não procede o lançamento também por tal ponto.*

*Portanto, o lançamento deve ser afastado, seja pelo erro quanto ao momento do fato gerador existente no lançamento, por considerar a data do término do prazo de carência, ou ainda, pela fundamentação equivocada deste ao considerar que houve pagamento de remuneração, acarretando outro erro na apuração do fato gerador do tributo. Assim, estando incorreta a indicação da base de cálculo eleita para o tributo, a multa, que lhe é proporcional, não pode subsistir.*

Ao analisar esse mesmo plano de *stock options*, também registraram-se divergências na 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta Seção de Julgamento, nos autos do processo 16327.721796/2011-56. Vejamos do Acórdão 2401-003.890, de 11 de fevereiro de 2015:

*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.*

(...)

*ACORDAM os membros do colegiado: I) por unanimidade de votos: a) negar provimento ao recurso de ofício, b) excluir do lançamento os fatos geradores até 11/2006, face a aplicação da decadência quinquenal. II) Por maioria de votos, declarar a decadência do lançamento em relação aos 30 beneficiários incluídos na diligência fiscal cientificada em 12/12/2012, vencido o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira que rejeitava a preliminar. III) Por maioria de votos, no mérito, dar provimento ao recurso, por entender que não restou comprovado o caráter remuneratório dos valores pagos aos beneficiários no presente caso, vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que entendeu ter sido demonstrado o caráter remuneratório. Fará declaração de voto de voto a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. (sublinhei)*

Não é preciso alongar-me muito, apenas registrar que concordo com as conclusões da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, especialmente quando fez registrar, em sua declaração de voto, que:

*O fato da legislação das S.A ter previsto essa modalidade de pagamento, não a excluiu do conceito do salário de contribuição. Nesse ponto, entendo oportuno a indicação do auditor que a verba não está contida no rol de exclusões do art. 28, §9º, mas devemos nos aprofundar nos fatos indicados no relatório fiscal para constituição do crédito ora sob análise. Tal fato mostra-se relevante para evitar que as empresas passem a adotar sistemáticas de remuneração indireta, passando as chamá-las de stock options.*

(...)

*Assim, não interessa a nomenclatura atribuída a verba conferir-lhe caráter indenizatório, se o pagamento da mesma consubstancia-se em verba com cunho remuneratório.*

*Como defendeu a autoridade fiscal, o caráter remuneratório nasce, na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma, que o mesmo veja no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta.*

(...)

*Uma leitura do termo de verificação fiscal, deixa claro, ter a autoridade fiscal se debruçado sobre os planos e demais instrumentos e comunicados gerenciais da empresa de forma, a que entendeu possuir o referido plano a nítida intenção de conferir um ganho indireto ao trabalhador, razão pela qual*

*restou caracterizada a sua natureza salarial. Apenas, para ilustrar destaque, que no item 5, iniciou o auditor narrando os fatos acerca da estrutura organizacional e contábil da empresa, instituição do plano, intimações e respostas, procedendo no item 5.5 a análise do plano. Destaque, ainda, para o item 6 do mesmo relatório onde o mesmo descreve os elementos identificados para seu convencimento acerca da natureza salarial do benefício. Assim, pelos elementos ali constantes e pela própria forma, que a empresa adota a referida política, entendo estar acertada a conclusão a que chegou a autoridade fiscal.*

(...)

*... não há pagamento no momento da possibilidade de opção. Ou seja, não estabeleceu a empresa um valor ou antecipação no momento da contratação da outorga, demonstrando que o recorrente simplesmente atribuiu a possibilidade de aquisição (diga-se que não é obrigatório), permitindo, ao beneficiário a escolha do melhor momento para aquisição das ações (dentro de uma prazo limite estipulado pela empresa). Esse fato mostra-se relevante, quando em outras oportunidades (outros planos de stock options) identificou-se um desembolso no momento da assinatura do contrato de opção, sem nesse momento exercer qualquer tipo de direito, mas tão somente para ter direito de futuramente exercê-las por um preço previamente estipulado. A atribuição de um valor no momento de assinatura do contrato, denotaria um risco, pois se o trabalhador futuramente não tiver interesse em exercer o direito de comprar, não terá direito ao reembolso do valor.*

*Por fim, outro elemento, trazido pela relatora, que no meu entender também não enseja um risco acentuado, capaz de afastar a natureza salarial do plano da autuada é a impossibilidade de vender metade das ações por um determinado período (denominado lock up). Pelo contrário, entendo que a possibilidade de venda antecipada das ações (no caso de 50%), sem que se tenha cumprido todo o período de carência é que reforça a natureza salarial da verba, pois o beneficiário pode escolher momentos oportunos para realização da venda.*

Ainda, especialmente no que toca a essa questão da existência de cláusula de *lock up*, que impediria o beneficiário de vender 50% por cento das ações, por determinado período de tempo, entendo que não afeta a ocorrência do fato gerador, nos termos que se procurou delinear no voto do relator, ou seja, data da ocorrência no exercício das opções de compra e base de cálculo representada pela diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

O fato de poder dispor sobre as ações, assinando um contrato em que se compromete a não vendê-las, demonstra exatamente a disponibilidade do beneficiário sobre elas.

Vejamos um exemplo. O contribuinte recebe seu salário no dia 05 de setembro, e sobre ele incide o imposto de renda na fonte. Mas assina contrato particular com sua esposa, comprometendo-se a gastar somente metade desse salário naquele mês, e guardar o

---

restante para gastar somente em dezembro. O fato de ter assinado um instrumento particular que o impede de gastar o salário em nada afeta o fato gerador do imposto, que ocorrerá sobre a totalidade do salário, já em setembro. E ele só pode se comprometer a "não gastar" aquele salário sobre o qual já adquiriu a disponibilidade.

Entendo que essa questão da venda futura é totalmente independente do fato gerador aqui em análise. Ela se alinha para verificação do ganho de capital eventualmente auferido pelo beneficiário e à incidência do imposto de renda das pessoas físicas, mas o fato de ter exercido seu direito a comprar ações com valor abaixo do preço de mercado, em evidente vantagem não oferecida ao mercado em geral, ostenta natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de salário e sujeito ao imposto de renda retido na fonte.

(assinado digitalmente)

Marcio Henrique Sales Parada