



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.721038/2018-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.313 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de abril de 2024
Recorrente B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2014, 2015

STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. VANTAGENS OBTIDAS NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA REMUNERATÓRIA. FATO GERADOR OCORRIDO NA DATA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO. BASE DE CÁLCULO APURADA PELA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DE MERCADO DA AÇÃO E O PREÇO DE EXERCÍCIO PAGO PELO BENEFICIÁRIO DA OPÇÃO.

As vantagens econômicas decorrentes do exercício da opção para aquisição de ações ofertada para beneficiários que mantenham relação de trabalho com a ofertante, condicionada a elementos relacionados à qualidade da prestação dos serviços e com o esforço do colaborador, ou com seu desempenho, têm natureza remuneratória.

No plano de opção de ações, é irrelevante a ocorrência de negociação futura, bastando o exercício do direito de opção com a aquisição das ações para caracterizar o benefício, cuja base de cálculo consiste no valor justo da contrapartida recebida, correspondente à diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício pago pelo beneficiário da opção.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2014, 2015

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA. MULTA ISOLADA.

Após o encerramento do período de apuração do Imposto de Renda, a responsabilidade pelo pagamento do tributo passa a ser do beneficiário dos rendimentos, sendo cabível a aplicação da multa isolada prevista no art. 9º da Lei nº 10.426/2002, em desfavor da fonte pagadora omissa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, Lucas Issa Halah e Alexandre Evaristo Pinto, que davam provimento ao recurso. O Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque entendeu que a base de cálculo do lançamento estava errada e os

Conselheiros Lucas Issa Halah e Alexandre Evaristo Pinto entenderam que não havia fato gerador para a tributação. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Fredy José Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão n.º 04-50.604 (fls. 894), pela DRJ Campo Grande, interpôs recurso voluntário (fls. 941) dirigido a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, requerendo a reforma daquela decisão.

O processo trata de lançamento tributário para exigir multa isolada no valor de R\$ 2.701.887,15, decorrente do fato de o contribuinte ter deixado de reter na fonte o Imposto de Renda devido por ocasião da remuneração, nos anos 2014 e 2015, de administradores e empregados seus, através da outorga de opções de compra de ações - *stock options* (fls. 294). O lançamento tributário também está a exigir os correspondentes juros de mora, lançados isoladamente. A exigência principal foi fundamentada no artigo art. 9º da Lei n.º 10.426/02 (redação dada pelo art. 16 da Lei n.º 11.488/07).

A auditoria fiscal está relatada no Termo de Verificação Fiscal (fls. 302), o qual foi muito bem sintetizado no relatório da decisão recorrida, pelo que o trago transcrito em parte (fls. 895):

Após a apresentação da empresa e a transcrição de seu objeto social, conforme art. 3o do Estatuto Social, passa o Fisco a descrever os fatos que levaram ao lançamento fiscal.

A fiscalização refere-se à verificação da retenção do imposto de renda sobre as remunerações pagas por meio de opções de compra de ações (Stock Options). O Fisco detectou as transações levadas a efeito, através da análise do Estatuto Social da sociedade e das Demonstrações Financeiras publicadas.

Esclarece o Fisco que "a Lei n.º 6,404/76 — Lei das Sociedades Anônimas, em seu artigo 168, § 3o, estabelece que o Estatuto Social pode prever que a companhia outorgue opções de compra de ações a seus administradores ou empregados":

"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."

O Fisco traz, fls. 305 a 311, as notas explicativas às demonstrações financeiras contendo as informações a respeito do plano para outorga de opções de ações.

Após as devidas intimações, o Fisco constata que, a partir da previsão contida no Plano de Opções de Compra de Ações da sociedade BM&FBOVESPA SA ("Plano de Opções BM&FBOVESPA"), aprovado pela Assembleia Geral Extraordinária de 08/05 2008, foram instituídos 9 (nove) programas de opções de compras de ações da sociedade, sendo cada um deles devidamente analisado, fls. 320 a 325:

- i. Programa de Opção de Compra de Ações 2008/2009 - Anexo I da Reunião do Conselho de Administração realizada em 11/11/2008;
- ii. Programa de Opção de Compra de Ações 2009;
- iii. Programa de Opção de Compra de Ações 2010;
- iv. Programa de Opção de Compra de Ações 2011;
- v. Programa de Opção Adicional de Compra de Ações 2011;
- vi. Programa de Opção de Compra de Ações 2012;
- vii. Programa de Opção Adicional de Compra de Ações 2012;
- viii. Programa de Opção de Compra de Ações 2013; e
- ix. Programa de Opção Adicional de Compra de Ações 2013;

Da análise dos programas, o Fisco conclui que a "outorga aos funcionários da BM&FBOVESPA, sejam eles administradores, empregados ou prestadores de serviços, de opções de compra de ações da companhia é uma forma de remuneração a médio e longo prazo, possuindo, portanto, natureza inegavelmente salarial".

Segundo o Fisco:

Os planos de opções de ações para trabalhadores são opções de compra dadas por uma companhia aos seus trabalhadores como remuneração do trabalho. As ações subjacentes das opções são as da companhia empregadora ou de uma empresa com ela estreitamente relacionada. Além do aspecto de remuneração, as opções visam também, habitualmente, preparar a participação dos empregados no capital e nos resultados das empresas. Em muitos casos, os que recebem essas opções de ações são membros dos escalões superiores de gestão.

Embora a lógica financeira de base dos planos de opções de ações para trabalhadores seja a mesma que a dos planos de opções de ações comuns, há vários aspectos que as tornam especiais. Uma diferença central é o fato de as opções de ações transacionadas publicamente serem habitualmente instrumentos financeiros padronizados. Por outro lado, os planos de opções de ações para trabalhadores estão sujeitos a regras que podem ser ajustadas as necessidades específicas da companhia.

Em geral, os planos de opções de ações para trabalhadores não são transacionáveis nem podem ser objeto de cessão por qualquer outra forma. Além das restrições à possibilidade de transferência, o detentor das opções também não está geralmente autorizado a realizar operações que reduzam ou minimizem o risco financeiro da opção (por exemplo, vendendo opções de venda correspondentes). A razão para isto é que as empresas pretendem usar as opções como um incentivo para o trabalho e o efeito de incentivo estaria reduzido se os detentores pudessem esquivar-se dos riscos das opções.

A maturidade ou período durante o qual é válido um plano de opções de ações para trabalhadores é geralmente muito mais longo do que o prazo para planos de opções comuns. Além disso, os planos de opções de ações para trabalhadores não permitem, em regra, adquirir os direitos no momento da concessão, ou seja, o empregado não pode exercer a opção imediatamente, antes tem de esperar, em muitos casos, vários anos. Estas regras visam, sobretudo, reforçar a ligação entre a empresa e o trabalhador. O efeito "algemas de ouro" dos planos de opções de ações para trabalhadores é também reforçado por disposições segundo as quais um trabalhador que deixe a empresa contra a vontade dos seus empregadores pode deixar de ter a possibilidade de exercer as suas

opções ou de as exercer apenas durante um período limitado e/ou apenas até certo limite.

...

Prossegue o Fisco, apresentando os motivos pelos quais o contribuinte lança as opções de compra para seus funcionários, lembrando que a entidade não tem por objeto a vendas das referidas ações, muito menos, como demonstrado, com possíveis prejuízos:

- Motivar trabalhadores a alcançar performance de alto nível; "Reter trabalhadores e permitir a contratação de novos talentos;
- Vincular a remuneração de trabalhadores à performance da empresa;
- Diminuir os conflitos, ao alinhar os interesses dos trabalhadores aos da empresa, principalmente no longo prazo;
- Estabelecer critérios de avaliação sobre as quais os trabalhadores têm controle, como a lucratividade da empresa e dos acionistas.

Entende que, ao contrário da remuneração mensal normalmente percebida pelo trabalhador, que possui um objetivo de curto prazo, remunerações tais como as Stock Options, possuem objetivos de longo prazo, sendo oferecidas em contrapartida ao trabalho realizado.

O Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC n° 10. aprovado pelo Conselho Federal de Contabilidade - CFC. em 09 de dezembro de 2010 — Resolução CFC n° 1.314 2010. estabelece os procedimentos para reconhecimento e divulgação, nas demonstrações contábeis, das transações com pagamento baseado em ações, conforme resumido pelo Fisco. fls. 329 a 334.

Apresenta algumas constatações que demonstrariam que "a outorga de opções de compra de ações para seus administradores e empregados tem caráter salarial, e não mercantil, sendo urna espécie de remuneração a médio e longo prazos, devendo integrar os rendimentos do trabalhador":

- A outorga de opções de compra de ações é uma forma de remuneração a longo prazo, funcionando como um mecanismo de reconhecimento de desempenho dos beneficiários;
- Em retribuição aos planos de remuneração com base em ações, o contribuinte recebe serviços dos beneficiários como contraprestação das opções de compra de ações outorgadas;
- Essa forma de remuneração baseada em ações têm por objetivo possibilitar à Cia. atrair e manter a ela vinculados administradores e empregados;
- A mensuração do montante remuneratório esta condicionada ao cumprimento de metas de performance e de redução de custos, aplicáveis a todos os beneficiários;
- Na administração dos Planos/Programas, o Conselho de Administração da Companhia tem o poder de estabelecer metas relacionadas ao desempenho dos administradores e empregados, de forma a estabelecer critérios objetivos para a eleição dos Beneficiários, podendo tratá-los tratar de maneira diferenciada, não estando obrigado, por qualquer-regra de isonomia ou analogia, a estender a todos as condições que entenda aplicável apenas a algum ou alguns;
- As opções de compra de ações outorgadas possuem prazos de carência mínimos definidos (média de 4 anos), escalonados anualmente, ou seja, a remuneração decorrente do exercício da opção de compra está condicionada à permanência dos funcionário na Cia.;
- Se o beneficiário desligar-se da Companhia por vontade própria os direitos ainda não exercíveis na data do seu desligamento restarão automaticamente extintos, e os direitos já exercíveis na data do seu desligamento poderão ser exercidos em curtos períodos de

prazo contados da data de desligamento, após o que tais direitos restarão automaticamente extintos;

- Se o beneficiário for desligado da Companhia por vontade desta, mediante demissão ou rescisão do contrato de prestação de serviços por justa causa ou destituição de seu cargo por violar ou deveres e atribuições de administrador, todos os direitos já exercíveis ou ainda não exercíveis na data do seu desligamento restarão automaticamente extintos, de pleno direito;
- As opções outorgadas são pessoais e intransferíveis, não podendo o Beneficiário, em hipótese alguma, ceder, transferir ou de qualquer modo alienar a quaisquer terceiros as opções, nem os direitos e obrigações a ela inerentes;
- Não há pagamento de Prêmio pelo beneficiário na aquisição das opções de compra de ações;
- Os Contratos de Outorga de Opção de Compra de Ações firmados com os Beneficiários estabelecerão uma quantidade base de opções que cada um poderá receber: A quantidade base irá variar de acordo com a função estratégica dos Beneficiários e das metas a eles estabelecidas.
- A quantidade efetiva das opções que serão outorgadas a cada Beneficiário será definida em função da avaliação de seu desempenho realizada pelo Diretor Presidente, e, em determinados níveis hierárquicos, em conjunto com a Diretoria Executiva;
- O preço de exercício a ser pago pelo beneficiário quando do exercício da opção é fixado de acordo com parâmetros estabelecidos nos Programas, podendo ser aplicadas reduções no valor obtido, que no período fiscalizado variaram de 20% a 50%.

...

Prossegue, através de uma análise do risco envolvido na transação, concluindo que a "outorga de opções de compra de ações aos empregados e administradores do contribuinte possui, desde o momento dessa outorga até o início do período de exercício, natureza salarial, remuneratória". trazendo o constante do art. 33 da Lei 12.073/2014. que, em seu entendimento, reconheceria a natureza remuneratória dos pagamentos em ações:

Art. 33. O valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados.

§1º A remuneração de que trata o caput será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções, quando liquidados com instrumentos patrimoniais. (Grifou-se)

Prossegue o Fisco, trazendo excertos de decisões administrativas, além da ata de Reunião do Comitê de Remuneração da BM&FBOVESPA. realizada em 19 de dezembro de 2014 e da Nota Explicativa 26 - Eventos Subsequentes, item c. das Demonstrações Financeiras do exercício de 2014.

O Fisco, através do item 3.3 do Relatório Fiscal, apresenta uma análise sobre o momento da ocorrência do fato gerador, concluindo que o fato gerador do IRRF incidente sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do exercício dessas opções pelo beneficiário:

Diante do que foi exposto, 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. Ou seja, as obrigações tributárias principal e acessória somente se iniciam no momento em que a contraparte (beneficiário) exercer o seu direito mediante assunção dos custos previstos em contrato (pagamento do preço de exercício).

Nesse sentido, citamos o Acórdão n.º 2402-006.475, de 07/08/2018, proferido pela 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF: STOCK OPTIONS. FATO GERADOR. MOMENTO DA OCORRÊNCIA.

Com o exercício da opção, materializam-se todos os aspectos da hipótese de incidência, ou, na expressão adotada pelo CTN, ocorre o fato gerador da obrigação tributária.

Cumprido esclarecei- nesse momento que em hipótese alguma a compra da ação, efetivada através do exercício da opção de compra, está sendo tributada. A tributação ocorre sobre a parcela efetivamente auferida pelo beneficiário da opção de compra da ação, que se traduz no valor resultante da diferença positiva entre o valor de mercado da ação no dia do exercício da opção e o seu respectivo preço de exercício, conforme detalhado a seguir no item "Da Apuração da Base de Cálculo".

Portanto, a data da ocorrência do fato gerador do IRRF incidente sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do exercício dessas opções pelo beneficiário.

...

Quanto à apuração da base de cálculo do Imposto, o Fisco entende que esta "deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o preço de exercício da opção correspondente — valor efetivamente pago pelo beneficiário", e ainda:

Os referidos valores (valor de mercado da ação e preço de exercício da opção) foram informados pelo contribuinte em planilhas apresentadas em resposta ao Termo de intimação Fiscal n.º 03 em 24/09/2018.

Assim, a base de cálculo do IRRF é aferida e calculada multiplicando-se a quantidade de opções exercidas dentro do período 01/2014 a 12/2015, pela diferença positiva entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data de exercício.

Exemplificativamente, podemos ter- a seguinte situação: cumprido o prazo de carência, o trabalhador efetua o exercício de 1.000 (mil) opções de compra que detém, por RS 10,00 (dez reais) cada uma, recebendo em troca 1.000 (mil) ações ao valor de mercado de RS 25,00 (vinte e cinco reais) cada. Nesse exemplo a base de cálculo seria: $1.000 \times (25,00 - 10,00) = \text{RS } 15.000,00$.

Conclui o Fisco que o Imposto de Renda a ser Retido na Fonte, com base na remuneração baseada em ações - Stock Options, consta da tabela de fl. 245, a seguir reproduzida:

[...]

Sobre a base de cálculo apresentada na tabela, item 3.5 do Relatório Fiscal, foi aplicada a multa exigida isoladamente sobre o IRRF. prevista no artigo 9º da Lei n.º 10.426/02.

Também, item 3.6 do Relatório Fiscal, foram aplicados os juros isolados nos termos dos arts. 43 e 61, § 3º, ambos da Lei n.º 9.430 1996:

A apuração dos juros isolados deu-se com base nos arts. 43 e 61, § 3º, ambos da Lei n.º 9.430/1996, e foi realizada da seguinte forma: sobre a base de cálculo apurada conforme descrito anteriormente, foi calculado o IRF que deveria ter sido retido à alíquota de 27,50% (vinte e sete inteiros e cinco décimos por cento), e então, sobre o valor do imposto obtido, foram aplicados os juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo para o recolhimento do imposto até o mês de março do ano seguinte, e de um por cento no mês do prazo final para a entrega da Declaração do Imposto de Renda - Pessoa Física, qual seja, abril do ano subsequente.

O Fisco esclarece que anexo ao Relatório Fiscal, encontra-se uma planilha na qual estão relacionadas, de forma individualizada as informações das transações objetos da autuação.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento tributário (fls. 659), propugnando pela sua nulidade e também pela sua improcedência, apresentando vários argumentos, os quais foram apreciados na decisão recorrida para, ao final, julgar-lhe improcedente (fls. 894).

O contribuinte apresentou, em seguida, o recurso voluntário de fls. 941, trazendo os argumentos assim sintetizados:

- i) o lançamento tributário é nulo em razão de ter adotado base de cálculo errada, a qual foi encontrada pela “diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas [na data do exercício] e o preço de exercício da opção correspondente”, o que estaria em contradição com o entendimento de que o fato gerador está na “outorga de opções de compra de ações”;
- ii) o lançamento tributário é nulo em razão de conter erro na identificação do sujeito passivo, uma vez que algumas das pessoas beneficiadas pelos planos de opção em tela, em número de três, não possuíam relação com a empresa autuada, estando vinculados a outras entidades do grupo;
- iii) o lançamento tributário é nulo em razão de ter sido adotada, como data do fato gerador do tributo, a data em que os beneficiários notificaram a empresa de que estavam exercendo o direito de adquirir as ações, em contradição com o fato de ter sido utilizada a data do pagamento da aquisição para determinar o valor de mercado das ações e calcular a alegada remuneração;
- iv) o lançamento tributário é nulo em razão de ter sido adotada, como base de cálculo do tributo, a diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago no exercício da opção, a qual não pode ser considerada remuneração;
- v) a multa prevista no artigo 9º da Lei n.º 10.426/02, em razão da falta de retenção do IRPJ na fonte, não mais pode ser exigida desde a alteração do artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996 determinada pela Lei n.º 11.488/2007;
- vi) não existe fato gerador a suportar o presente lançamento tributário, pois a relação que se estabeleceu por meio das Opções de Compra de Ações (*stock options*) em tela tem natureza mercantil, não podendo ser confundida com uma relação trabalhista ou de prestação de serviço;
- vii) a Administração Tributária já autuou a empresa por três vezes, cada uma delas com critérios jurídicos distintos, causando insegurança jurídica e demonstrando que não há previsão legal para a exigência tributária;

a norma que fundamenta o lançamento tributário prevê a incidência do tributo apenas quando há pagamento do rendimento, o que não aconteceu na espécie, pelo que não há a incidência do tributo;

Os argumentos do recorrente serão detalhados e apreciados no voto que se segue.

É o relatório.

Fl. 8 do Acórdão n.º 1201-006.313 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.721038/2018-12

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

A empresa autuada foi cientificada da decisão de primeira instância em 02/01/2023 (fls. 1272) e o seu recurso voluntário foi apresentado em 31/01/2023 (fls. 1274). Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo a conhecê-lo.

O recorrente combate a decisão recorrida com os argumentos a seguir apresentados e apreciados.

1 Nulidades

O recorrente inicia sua defesa inquinando o lançamento tributário e a decisão recorrida de várias nulidades, assim sintetizadas:

- (i) Nulidade do lançamento tributário em razão de erro na eleição da base de cálculo, a qual foi encontrada pela “diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas [na data do exercício] e o preço de exercício da opção correspondente”, o que estaria em contradição com a eleição do fato gerador na “outorga de opções de compra de ações”;
- (ii) Nulidade do lançamento tributário em razão de erro na identificação do sujeito passivo, uma vez que algumas das pessoas beneficiadas pelos planos de opção em tela, em número de três, não possuíam relação com a empresa autuada, estando vinculados a outras entidades do grupo;
- (iii) Nulidade do lançamento tributário em razão de ter sido adotada, como data do fato gerador do tributo, a data em que os beneficiários notificaram a empresa de que estavam exercendo o direito de adquirir as ações, em contradição com o fato de ter sido utilizada a data do pagamento da aquisição para determinar o valor de mercado das ações e calcular a alegada remuneração;
- (iv) Nulidade do lançamento tributário em razão de ter sido adotada, como base de cálculo do tributo, a diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago no exercício da opção, a qual não pode ser considerada remuneração.

Todas essas alegações de nulidade do lançamento tributário foram estendidas pelo recorrente em direção à decisão recorrida, inquinando-a de nulidade em razão de não ter reconhecido, conforme as razões do recorrente, a nulidade do lançamento tributário, além de ter reforçado a acusação fiscal com argumentos novos.

Entendo que todas essas alegações de nulidade são, na verdade, um reflexo do inconformismo do recorrente contra os fundamentos do lançamento tributário e da decisão recorrida.

Em outras palavras, se os fundamentos do lançamento tributário estiverem corretos, não haveria as nulidades apontadas pelo recorrente e estas somente ocorreriam se esses fundamentos fossem considerados inválidos, conforme pretende o recorrente. Assim, o que o

recorrente denomina de nulidade é, na verdade, o efeito infringente da decisão que consideraria improcedente o lançamento, ao afastar o seu fundamento.

Nem mesmo a alegação de inovação da decisão recorrida pode ser considerada uma nulidade nesse instante inicial, pois a suficiência da fundamentação original do lançamento tributário, a ser verificada, afastaria a alegada nulidade, pois não há inovação quando se apresenta um argumento *obter dictum*.

Portanto, todas essas questões aqui apontadas não são preliminares de nulidade. Contudo, compõem o mérito do litígio, razão pela qual serão oportunamente apreciadas no seguimento desse voto.

2 Multa isolada – previsão legal

O recorrente defende que a multa prevista no artigo 9º da Lei n.º 10.426/02, em razão da falta de retenção do IRPJ na fonte, não mais pode ser exigida desde a alteração do artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996 determinada pela Lei n.º 11.488/2007, conforme o seguinte excerto do recurso voluntário (fls. 982):

Como resultado, pela análise de toda a evolução legislativa abordada pela Recorrente até o presente momento, ao contrário do entendimento defendido pela Autoridade Fiscal, essa E. DRJ poderá chegar às seguintes conclusões:

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

O artigo 9º da Lei n.º 10.426/02 possui a seguinte redação:

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

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

O artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996, referido do texto do dispositivo legal supracitado possui a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei n.º 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei n.º 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2o desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

O recorrente analisa o referido artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996 e conclui que este não pode ser aplicado na espécie. Afirma que o seu inciso primeiro trata de multa proporcional ao tributo exigido em procedimento de ofício, pelo que não poderia ser aqui aplicado, uma vez que não há a exigência de tributo, mas apenas da multa. Afirma também que o seu inciso segundo teve a sua utilização excluída do texto do artigo 9º da Lei n.º 10.426/02.

De fato, o artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996, isoladamente, não dá fundamento suficiente para a exigência da presente multa. Contudo, o fundamento legal da presente exigência não é esse dispositivo legal, mas sim o artigo 9º da Lei n.º 10.426/02, com a redação dada pelo art. 16 da Lei n.º 11.488/07, já transcrito acima. Portanto, o recorrente manuseia mal o Direito quando se esquece de considerar a nova hipótese de incidência de multa isolada, criada por meio do artigo 9º da Lei n.º 10.426/02, *no seu caput*, o qual faz referência à hipótese prevista no inciso I do artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996 apenas com o fim de determinar o valor da multa.

Assim, por força do 9º da Lei n.º 10.426/02, combinado com o inciso I do artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996, é possível se exigir multa isolada do responsável tributário quando este deixar de recolher o IRRF que está obrigado a reter. Tal entendimento é majoritário neste Tribunal Administrativo, como se verifica, por exemplo, no Acórdão n.º 9202-007.147, da 2ª Turma da CSRF, em 29/08/2018, quando decidiu por maioria de votos e adotou a seguinte ementa:

FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. MULTA. OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA.

Após o encerramento do período de apuração, a responsabilidade pelo pagamento do respectivo imposto passa a ser do beneficiário dos rendimentos, cabível a aplicação, à fonte pagadora, da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, prevista no art. 9o, da Lei n.º 10.426, de 2002, mantida pela Lei n.º 11.488, de 2007, ainda que os rendimentos tenham sido submetidos à tributação no ajuste.

Com isso, o presente argumento do recorrente deve ser afastado.

3 Plano de Opção de Compra de Ações – Natureza – Contrato mercantil - Remuneração

O recorrente defende que não existe fato gerador a suportar o presente lançamento tributário, pois a relação que se estabeleceu por meio da Opção de Compra de Ações (*stock options*) em tela teria natureza mercantil, não podendo ser confundida com uma relação trabalhista ou de prestação de serviço, conforme a seguinte transcrição (fls. 986):

De fato, a Recorrente demonstrou em sua Impugnação que o Plano em análise possui natureza de contrato mercantil, expondo as suas principais características, em especial a voluntariedade, a onerosidade e o risco assumidos pelos beneficiários, tudo em conformidade com os contratos individualmente firmados.

[...]

O Plano foi instituído com o objetivo de "conceder, aos administradores, empregados e prestadores de serviços da Companhia e de suas sociedades controladas diretas ou indiretas (...) a oportunidade de se tornarem acionistas da Companhia, obtendo, em consequência, um maior alinhamento dos seus interesses com os interesses dos acionistas e o compartilhamento dos riscos do mercado de capitais, bem como possibilitar à Companhia e às suas controladas atrair e manter vinculados a ela administradores e empregados." (Cláusula 1.1 - g.n.)

Verifica-se, desde logo, que a Recorrente não instituiu o Plano para remunerar os seus trabalhadores pela atividade desenvolvida (tal como confirmado na Cláusula 4.6), mas, sim, com o intuito de dar a oportunidade aos trabalhadores de se tornarem acionistas, integrando-os nessa categoria para que pudessem vir a participar tanto dos rendimentos das ações, quanto do risco de oscilação do valor das ações. Aproximam-se, assim, os trabalhadores da realidade dos acionistas.

[...]

Quando do lançamento de cada Programa, o Conselho de Administração, ou o Comitê, deverá celebrar, ainda, contratos individuais de outorga de opções de compra de ações com os beneficiários. De plano, já se verifica que a característica da voluntariedade está presente no Plano em análise, eis que, ao assinar o respectivo contrato, o beneficiário aceita as condições ali previstas.

Quanto ao preço de exercício das opções, nos termos da Cláusula 5.1, este será equivalente ao valor médio das ações nos últimos 20 pregões anteriores à data da concessão da opção, sendo possível, ainda, a concessão de desconto de até 20% na fixação do preço de exercício.

Veja-se, sob esse prisma, a nítida onerosidade do Plano, que prevê preço de exercício baseado em cotações das ações no mercado acionário.

Ressalte-se, também, que tais procedimentos de apuração do preço de exercício obedecem não apenas às melhores práticas contábeis aplicáveis (metodologia Black & Scholes), como também se assemelham à prática de mercado de derivativos.

Ademais, o Plano prevê que os participantes se sujeitem a uma cláusula de restrição de venda das ações (Cláusula 7.1 – "lock up"), de acordo com a qual estes só poderão vender, transferir ou, de qualquer forma, alienar as ações adquiridas no âmbito do Plano, se atendido o período mínimo de indisponibilidade eventualmente estabelecido, a critério do Conselho de Administração ou do Comitê, para cada lote de ações, o qual nunca será superior a dois anos, a contar da data da outorga da opção.

Frise-se que a cláusula de lock up é uma das evidências concretas de que o negócio jurídico objeto de análise implica risco do investimento performedo pelo participante.

Isso porque, além da oscilação de valores que as ações subjacentes às opções se sujeitam durante o período de carência até o efetivo exercício das opções (com o consequente recebimento das ações adquiridas), depois de ter exercido as opções, o beneficiário ainda será obrigado a manter esse investimento por certo período até que se complete o período de lockup, sujeitando-se, novamente, à volatilidade do mercado acionário.

Como se observa, o Plano traça as condições e termos gerais da outorga de opções da Recorrente a empregados e administradores, cabendo ao Conselho de Administração ou ao Comitê, periodicamente, a criação dos Programas, os quais conterão as disposições específicas de cada outorga.

Mais adiante, o recorrente reforça esses argumentos, trazendo exemplos e sintetizando as características do Plano que permitem reconhecê-lo como um contrato mercantil, conforme a seguinte tabela (fls. 1003):

| | |
|-----------------------|--|
| Voluntariedade | O titular deve, por livre e espontânea vontade, (i) em um primeiro momento assinar o contrato de outorga de opções (repisa-se que, no Programa Adicional de 2011, o beneficiário teve que cumprir condição adicional para o cumprimento das opções, a saber a <u>aquisição das Ações Próprias da Recorrente a mercado</u>) e (ii) em um segundo momento, exercer as opções. |
| Onerosidade | O titular deve sacrificar patrimônio próprio para exercer as opções, via de regra mediante pagamento à vista do preço de exercício. |
| Risco | O titular sacrifica tempo e esforço (e recursos financeiros, como já esclarecido) para manter as condições que lhe garantam o exercício e pode nunca conseguir exercer as opções, dado o risco de mercado. Nesse cenário, fosse a opção contraprestação a serviços prestados, o titular teria perdido sua remuneração sem nunca ter auferido quaisquer ganhos (trabalhado "de graça"). |

Além de afirmar que os Programas de Opção de Compra de Ações mantidos pela empresa têm natureza mercantil, o recorrente se esforça para afastar a acusação fiscal de que tais programas têm natureza de remuneração, destacando o fato de que o beneficiário, apesar de ter prestado o seu trabalho para a empresa, pode não obter a vantagem do programa, quando não atende ao prazo mínimo para o exercício da opção (*vesting*).

Ademais, afasta dois elementos de convicção trazidos pela fiscalização para considerar o Programa uma forma de remuneração: o fato de a empresa ter contabilizado o custo do Programa como remuneração e o fato de a empresa ter convertido a opção em pecúnia, com tributação sobre remuneração, alguns casos de pedido de exclusão do Programa. Transcrevem-se alguns trechos do Recurso (fls. 1008):

A ausência de caráter contraprestacional é tão evidente no contrato de opção de compra de ações de caráter mercantil que, diferentemente do salário, o empregado pode vir a trabalhar na sociedade por 90% do período de vesting nenhuma opção lhe será devida pelo empregador, diferentemente do que ocorre com salários, que efetivamente servem para remunerar o trabalho e são devidos proporcionalmente ao tempo trabalhado.

[...]

O exercício das opções de compra, como se viu, não depende do desempenho de atividade remunerada, pode haver casos em que os trabalhadores sejam demitidos e não possam exercer nenhuma opção, por não terem completado o período de carência, como há casos de trabalhadores aposentados que podem vir a exercer antecipadamente a integralidade de suas opções, sem ter trabalhado, conforme se depreende da leitura da Cláusula 8a do Plano.

[...]

Cabe ressaltar que quanto ao argumento utilizado pela Autoridade Fiscal para corroborar sua tese de que os Programas possuiriam natureza remuneratória pois supostamente a própria Recorrente assim teria reconhecido em diversos documentos societários e informativos, bem como ao observar o CPC 10, não possui qualquer razoabilidade ou veracidade.

Isto porque, o enquadramento realizado pelo CPC para fins de contabilização de despesas decorrentes dos planos de opções de compra de ações não pode ser simplesmente transportado para o campo tributário, sem qualquer análise crítica. E o mesmo ocorre com eventual reconhecimento realizado pela Recorrente em seus documentos societários e informativos ao mercado.

[...]

Destarte, diferentemente do que leva a crer a Autoridade Fiscal e mantido no acórdão recorrido, o CPC 10 não reconhece a natureza remuneratória de todos os pagamentos baseados em ações, cujas despesas são registradas em conformidade com o pronunciamento técnico.

Até porque, de acordo com linha de raciocínio (tese exclusivamente fiscal), todos os acordos com pagamentos baseados em ações, entre eles os planos de opção de compra de ação, possuiriam caráter remuneratório, o que vai de encontro com a própria jurisprudência deste E. CARF que admite, em princípio, a natureza mercantil destes planos.

Segundo, porque o Comitê de Pronunciamentos Contábeis não possui competência para a definição da natureza jurídica dos planos de opção de compra de ação, uma vez se trata de norma contábil para fins de escrituração das despesas incorridas pelas companhias.

[...]

Cumprido destacar, por fim, a acusação fiscal de que a Recorrente teria supostamente remunerado seus funcionários através do pagamento de valores em dinheiro, em virtude do cancelamento de opções já vestidas, no âmbito dos Programas, o que teria sido reconhecido pela própria Recorrente ao computar referidos montantes como parte da remuneração dos beneficiários.

Ao contrário do alegado pela Fiscalização, os valores pagos aos participantes que tiveram suas opções vestidas (prazo de carência devidamente cumprido) canceladas não se tratam de parcelas remuneratórias, mas, sim, de indenizações, tendo em vista que, com o cancelamento, o direito de exercício de tais opções restou frustrado.

Acontece que, diante da ausência de qualquer legislação específica sobre o tema e considerando o cenário da época (em que a maioria das participantes do Plano e a própria Recorrente haviam sido autuadas reiteradas vezes pela RFB, em razão da outorga de opções), a Recorrente, de forma notadamente conversadora, entendeu por incluir os montantes pagos em dinheiro nas bases de cálculo das contribuições, a fim de mitigar o risco de qualquer questionamento pelas Autoridades Fiscais.

Nesse momento, a questão a ser solucionada por esta Turma de Julgamento consiste em definir se os Programas de Opção de Compra de Ações mantidos pela empresa autuada possuíam natureza de remuneração, conforme apontado na acusação fiscal, ou se possuíam natureza de contrato mercantil, conforme apontado pelo recorrente.

Tal questão já foi trazida para este Tribunal Administrativo em muitos outros momentos, principalmente por meio de processos de exigência de contribuições previdenciárias,

julgados no âmbito da 2ª Seção de Julgamento. Recentemente, a Revista Conjur (Consultor Jurídico) publicou o artigo intitulado “Stock options: como o CARF pode colaborar com o Legislativo e o Judiciário?”¹, de onde extraí a seguinte definição:

As opções de compra de ações são definidas como instrumentos derivativos que outorgam ao adquirente o direito de comprar ações de determinada empresa por um valor antecipadamente fixado no presente, a ser exercido em data futura. Para ter tal direito, o adquirente paga um prêmio à vista para ter o direito de, até determinada data, adquirir o ativo por um valor já estipulado na data da outorga da opção.

As employee stock options, como o nome já sugere, são opções de compra de ações concedidas ou já incluídas no pacote de remuneração do obreiro, estipulando-se a possibilidade de aquisições de ações da empresa a um preço determinado por um determinado período de tempo. Há, neste caso, o desembolso apenas do valor correspondente às ações na data do exercício da opção, sem a necessidade de pagamento de um prêmio.

Em resumo, o estabelecimento de um plano de stock options se dá da seguinte forma:

- preestabelece-se um preço para as ações;
- marca-se uma data futura para que a ação possa ser adquirida por aquele preço, se mantida a permanência do profissional na companhia; e,
- vencida a data e durante algum tempo, fica o beneficiário com a opção de adquirir ações da companhia pelo preço anteriormente determinado, independente do valor de mercado da ação.

Portanto, a *stock option* é um instrumento financeiro que possui as características apregoadas pelo recorrente: voluntariedade, onerosidade e risco. Contudo, uma empresa pode utilizar esse instrumento financeiro com a finalidade de dar uma remuneração diferenciada para alguns de seus administradores e empregados, principalmente com a finalidade de estimulá-los a permanecer nos quadros da empresa por mais tempo. Nesse caso, o contrato da *stock option* traz algumas características próprias, que o diferencia de um contrato financeiro puro, geralmente com a finalidade de diminuir a onerosidade e o risco do instrumento, bem como de restringir o grupo que pode ser beneficiado.

Sendo assim, entendo ser improfícuo o esforço de demonstrar que o Plano em tela possui as características de um instrumento financeiro (voluntariedade, onerosidade e risco), pois toda *stock option* terá essas características, em algum grau, ainda quando utilizada com a finalidade de remuneração.

Entendo que esta Turma de Julgamento melhor aplicaria os seus esforços ao buscar a resposta para duas perguntas: (i) um plano de *stock options* utilizado como forma de remuneração pode dar ensejo à tributação da correspondente remuneração, apesar de ter características de um instrumento financeiro? (ii) os Programas de Opção de Compra de Ações estabelecidos pela empresa fiscalizada têm a finalidade de remuneração?

Entendo que a resposta da primeira pergunta deve ser positiva, ou seja, se uma empresa utiliza um plano de *stock options* com a finalidade de remunerar um grupo de seus administradores e empregados, o efeito financeiro positivo desse plano deve ser tributado como remuneração do beneficiário.

¹ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-mar-27/stock-options-como-o-carf-pode-colaborar-com-o-legislativo-e-o-judiciario/>

Saliente-se que o benefício trazido por um plano de *stock options* não é uma consequência do labor diário do beneficiário, como quer crer o recorrente, pois o Plano não remunera o esforço, mas sim a disponibilidade do beneficiário em empreender o esforço.

Em outras palavras, um plano de *stock options* trará vantagem apenas para aquele beneficiário que permanecer nos quadros da empresa durante o prazo de carência para exercer a opção (*vesting*) e é essa permanência, durante esse tempo, que garante à empresa que o beneficiário prestará o labor desejado, que estará disponível para a empresa. É essa presença que constitui o objeto da remuneração da sua *stock option*.

Salientando-se que a continuidade (habitualidade) é uma característica elementar de uma relação de emprego, pois, sem a presença do empregado, o seu labor diário sequer existe.

Entendo que a resposta para a segunda pergunta também deve ser positiva. Algumas características dos presentes Programas de Opção de Compra de Ações deixam claro que a sua finalidade era remunerar a permanência dos optantes nos quadros da empresa, aumentando consideravelmente a chance de ganho efetivo, em comparação a uma *stock option* obtida no mercado aberto. Essas características já foram apontadas no Relatório acima, mas serão repetidas aqui em benefício da clareza:

- Na administração dos Planos/Programas, o Conselho de Administração da Companhia tem o poder de estabelecer metas relacionadas ao desempenho dos administradores e empregados, de forma a estabelecer critérios objetivos para a eleição dos Beneficiários, podendo tratá-los de maneira diferenciada, não estando obrigado, por qualquer regra de isonomia ou analogia, a estender a todos as condições que entenda aplicável apenas a algum ou alguns;
- As opções de compra de ações outorgadas possuem prazos de carência mínimos definidos (média de 4 anos), escalonados anualmente, ou seja, a remuneração decorrente do exercício da opção de compra está condicionada à permanência do funcionário na Cia.;
- Se o beneficiário desligar-se da Companhia por vontade própria os direitos ainda não exercíveis na data do seu desligamento restarão automaticamente extintos, e os direitos já exercíveis na data do seu desligamento poderão ser exercidos em curtos períodos de prazo contados da data de desligamento, após o que tais direitos restarão automaticamente extintos;
- Se o beneficiário for desligado da Companhia por vontade desta, mediante demissão ou rescisão do contrato de prestação de serviços por justa causa ou destituição de seu cargo por violar ou deveres e atribuições de administrador, todos os direitos já exercíveis ou ainda não exercíveis na data do seu desligamento restarão automaticamente extintos, de pleno direito;
- As opções outorgadas são pessoais e intransferíveis, não podendo o Beneficiário, em hipótese alguma, ceder, transferir ou de qualquer modo alienar a quaisquer terceiros as opções, nem os direitos e obrigações a ela inerentes;

- Não há pagamento de Prêmio pelo beneficiário na aquisição das opções de compra de ações;
- Os Contratos de Outorga de Opção de Compra de Ações firmados com os Beneficiários estabelecerão uma quantidade base de opções que cada um poderá receber: A quantidade base irá variar de acordo com a função estratégica dos Beneficiários e das metas a eles estabelecidas.
- A quantidade efetiva das opções que serão outorgadas a cada Beneficiário será definida em função da avaliação de seu desempenho realizada pelo Diretor Presidente, e, em determinados níveis hierárquicos, em conjunto com a Diretoria Executiva;
- O preço de exercício a ser pago pelo beneficiário quando do exercício da opção é fixado de acordo com parâmetros estabelecidos nos Programas, podendo ser aplicadas reduções no valor obtido, que no período fiscalizado variaram de 20% a 50%.

Além disso, a fiscalização traz elementos normativos que evidenciam a possibilidade de utilização de planos corporativos de *stock options* para fins de remuneração.

O primeiro é o Pronunciamento nº 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata da forma correta de contabilizar os pagamentos de obrigações da entidade quando realizados por meio de dação de suas ações. Esse pronunciamento, que tem efeito de norma, trata expressamente da situação em que a entidade entrega ações aos seus empregados com a finalidade de remunerá-los, conforme transcrição contida no Termo de Verificação fiscal e aqui reproduzida em parte (fls. 330):

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

[...]

Via de regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são outorgados aos empregados como parte do pacote de remuneração destes, adicionalmente aos salários e outros benefícios. Normalmente não é possível mensurar, de forma direta, os serviços recebidos por componentes específicos do pacote de remuneração dos empregados. Pode não ser possível também mensurar o valor justo do pacote de remuneração como um todo de modo independente, sem se mensurarem diretamente o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados. Adernais, ações e opções de ações são, por vezes, outorgadas como parte de acordo de pagamento de bônus, em vez de serem outorgadas como parte da remuneração básica dos empregados. Objetivamente, trata-se de incentivo para que os empregados permaneçam nos quadros da entidade ou de prêmio por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade. Ao beneficiar os empregados com a outorga de ações ou opções de ações, adicionalmente a outras fornias de remuneração, a entidade visa a obter benefícios marginais. Em função da dificuldade de mensuração direta do valor

justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar como base o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados.

O recorrente repele a referência feita pela fiscalização, defendendo que a referida norma contábil não pode ser utilizada como prova e não se aplica ao presente caso, bem como defende que o órgão que a emanou não tem competência para definir a natureza jurídica dos planos de *stock options*, nos seguintes termos (fls. 1010):

O cumprimento das normas contábeis contidas no CPC 10 nada se relaciona com a natureza jurídica dos planos de opção de compra de ações, se remuneratória ou mercantil, para fins tributários.

Portanto, à revelia do entendimento contido no acórdão recorrido, tal normativo contábil não poderia servir inclusive como elemento para "robustecer a argumentação da autoridade autuante, cuida-se de utilização de elemento de prova não admitido pelo sistema jurídico tributário, pautado na estrita legalidade.

Destarte, diferentemente do que leva a crer a Autoridade Fiscal e mantido no acórdão recorrido, o CPC 10 não reconhece a natureza remuneratória de todos os pagamentos baseados em ações, cujas despesas são registradas em conformidade com o pronunciamento técnico.

Até porque, de acordo com linha de raciocínio (tese exclusivamente fiscal), todos os acordos com pagamentos baseados em ações, entre eles os planos de opção de compra de ação, possuiriam caráter remuneratório, o que vai de encontro com a própria jurisprudência deste E. CARF que admite, em princípio, a natureza mercantil destes planos.

Segundo, porque o Comitê de Pronunciamentos Contábeis não possui competência para a definição da natureza jurídica dos planos de opção de compra de ação, uma vez se trata de norma contábil para fins de escrituração das despesas incorridas pelas companhias.

Os esses argumentos do recorrente não procedem, porque a fiscalização não utilizou o referido Pronunciamento como prova da infração tributária, mas como demonstração de que é fato que as entidades podem fazer e fazem pagamentos com suas ações, inclusive pagamentos de remuneração de seus empregados. Afinal, uma norma contábil existe para alinhar a forma como as entidades devem registrar a sua realidade patrimonial e correspondentes mutações.

O segundo elemento adicional trazido pela fiscalização para demonstrar a possibilidade de utilização de planos de *stock options* com fins de remuneração é o artigo 33 da Lei n.º 12.073/2014, o qual possui a seguinte redação, conforme a transcrição contida no Termo de Verificação Fiscal (fls. 336):

Outra norma que reconhece de modo expresso a natureza remuneratória dos pagamentos em ações é a Lei n.º 12.073/14. Vejamos o que diz seu Art. 33:

Art. 33. O valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados. (Grifamos)

§1o A remuneração de que trata o caput será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções, quando liquidados com instrumentos patrimoniais. (Grifamos)

Mais uma vez, a fiscalização não está utilizando essa norma como fundamento legal para o lançamento tributário, apenas a utiliza para demonstrar que a “remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações” é uma realidade no meio corporativo e tem efeitos tributários. O recorrente não faz qualquer alusão a essa referência da fiscalização.

Por fim, embora de grande importância, a fiscalização aponta que o próprio contribuinte dá tratamento equivalente a uma remuneração para as opções de compra de ações, no âmbito dos seus Programas, conforme a seguinte transcrição do Termo de Verificação Fiscal (fls. 336):

Adicionalmente, e com importância relevante á presente discussão, em janeiro de 2015 a Cia, remunerou seus funcionários (beneficiários das opções outorgadas) através de valores pagos em dinheiro, em decorrência do cancelamento das opções já vestidas (aquelas que já cumpriram os prazos de carência), e computando tais valores na base de cálculo das contribuições previdenciárias e do imposto de renda na fonte incidentes sobre a remuneração paga aos funcionários.

Tal situação foi observada na Ata de Reunião Extraordinária do Conselho de Administração, realizada em 24 de dezembro de 2014, como segue:

4.1 Stock Options - Alternativa as opções outorgadas: O Presidente do Conselho de Administração introduziu a discussão esclarecendo que a documentação de suporte relativa ao tema fora disponibilizada previamente aos Conselheiros, e que a proposta ali contida consiste na recomendação do Comitê de Remuneração que fora alinhada na reunião deste Comitê realizada em 19 de dezembro de 2014.

Após debates, e não obstante as ressalvas apresentadas..., o Conselho de Administração, em complemento à matéria aprovada na reunião deste órgão realizada em 11/12/2014 no sentido de a Companhia assumir a responsabilidade pelas defesas dos beneficiários e pelos eventuais passivos tributários atribuídos aos beneficiários em decorrência dos Programas por ela oferecidos, decidiu a que Companhia (i) deverá propor aos beneficiários dos Programas, desde já e com relação a todas as opções outorgadas no âmbito dos Programas, a alternativa de (i.a) ter todas as opções já vestidas e que ainda não tenham sido exercidas canceladas, com pagamento do valor justo correspondente em dinheiro, e (i.b) ter suas opções não vestidas canceladas, com entrega de ações de emissão da Companhia, a valor justo (valor de mercado na data da conversão), com prazos de transferência semelhantes aos estipulados nos Programas, nos termos propostos pelo Comitê de Remuneração; e (ii) a alternativa pela transição não deverá ser atrelada à indenização, pela Companhia, de valor correspondente aos tributos objeto de autuação em relação aos beneficiários. Ainda, conforme sugerido pelo Comitê de Remuneração, ficou decidido que a data base de referência para aferição do valor justo das opções e das ações será 5 de janeiro de 2015, devendo a Diretoria Executiva tomar as devidas providências para que a presente aprovação seja comunicada e proposta aos beneficiários dos Programas, e devidamente operacionalizada.

Como se vê, a empresa permite que o benefício do Plano (possibilidade de adquirir ações a preço diferenciado) seja convertido em pecúnia, a qual recebe o tratamento tributário de remuneração.

O recorrente se manifesta sobre essa referência da fiscalização da seguinte maneira (fls. 1011):

Cumprir destacar, por fim, a acusação fiscal de que a Recorrente teria supostamente remunerado seus funcionários através do pagamento de valores em dinheiro, em virtude do cancelamento de opções já vestidas, no âmbito dos Programas,

o que teria sido reconhecido pela própria Recorrente ao computar referidos montantes como parte da remuneração dos beneficiários.

Ao contrário do alegado pela Fiscalização, os valores pagos aos participantes que tiveram suas opções vestidas (prazo de carência devidamente cumprido) canceladas não se tratam de parcelas remuneratórias, mas, sim, de indenizações, tendo em vista que, com o cancelamento, o direito de exercício de tais opções restou frustrado.

Acontece que, diante da ausência de qualquer legislação específica sobre o tema e considerando o cenário da época (em que a maioria das participantes do Plano e a própria Recorrente haviam sido autuadas reiteradas vezes pela RFB, em razão da outorga de opções), a Recorrente, de forma notadamente conversadora, entendeu por incluir os montantes pagos em dinheiro nas bases de cálculo das contribuições, a fim de mitigar o risco de qualquer questionamento pelas Autoridades Fiscais.

De fato, cumprir a legislação tributária é a melhor forma “de mitigar o risco de qualquer questionamento pelas Autoridades Fiscais”.

Portanto, quanto à questão proposta nesse momento, conforme as considerações feitas acima, entendo que os planos corporativos de opção de compra de ações (*employee stock options*) são uma ferramenta lícita e comum de remuneração de administradores e empregados, embora se utilizem de um instrumento financeiro para atingir a sua finalidade. Ademais, entendo que os Programas de Opção de Compra de Ações da empresa autuada têm as características de uma *employee stock options*, de forma que a vantagem obtida pelos administradores e empregados beneficiados deve ser tributada como remuneração.

Tal entendimento vem sendo adotado no âmbito da tributação das Contribuições Sociais, por exemplo, no Acórdão nº 9202-008.532, de 23/01/2020, da 2ª Turma da CSRF, o qual adotou a seguinte ementa:

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. FATO GERADOR.

Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações, caracterizam-se como remuneração, cabível, desta forma a incidência de contribuições sociais previdenciárias.

Da mesma forma, vem sendo adotado no âmbito da tributação do IRRF, por exemplo, o Acórdão nº 1402-006.239, de 18/11/2022, da 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção, o qual adotou a seguinte ementa:

STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. VANTAGENS OBTIDAS NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA REMUNERATÓRIA. FATO GERADOR OCORRIDO NA DATA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO. BASE DE CÁLCULO APURADA PELA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DE MERCADO DA AÇÃO E O PREÇO DE EXERCÍCIO PAGO PELO BENEFICIÁRIO DA OPÇÃO.

As vantagens econômicas decorrentes do exercício da opção para aquisição de ações ofertada para beneficiários que mantenham relação de trabalho com a ofertante, condicionada a elementos relacionados à qualidade da prestação dos serviços e com o esforço do colaborador, ou com seu desempenho, têm natureza remuneratória.

No plano de opção de ações, é irrelevante a ocorrência de negociação futura, bastando o exercício do direito de opção com a aquisição das ações para caracterizar o benefício, cuja base de cálculo consiste no valor justo da contrapartida recebida, correspondente à diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício pago pelo beneficiário da opção.

Uma menção especial deve ser feita para o caso de alguns beneficiários que não possuíam vínculo de emprego direto com a empresa autuada, embora possuíssem vínculo de emprego com outra empresa do mesmo grupo econômico. O recorrente inquiriu o auto de infração de nulidade em razão de este exigir o IRRF sobre os benefícios dessas pessoas, o que foi afastado neste voto, de início. Adicionalmente, também deve se perquirir da possibilidade da presente tributação.

Entendo que a tributação deve ser mantida nessa situação, por dois motivos. Primeiramente, não há dúvida de que o benefício dessas pessoas deve-se a uma relação de trabalho, apesar de essa relação se dar com empresa ligada ao contribuinte, sendo devida a forma de tributação. Por fim, não há dúvida de que foi a empresa autuada quem disponibilizou o benefício, atendendo a um compromisso formalmente estabelecido, o que lhe atrai a responsabilidade pela retenção do imposto correspondente.

Saliente-se que a empresa recorrente já havia sofrido outras duas autuações pelo mesmo motivo, mas sobre períodos diferentes. A primeira delas, formalizada no processo n.º 16327.721267/2012-33, foi exonerada por meio do Acórdão n.º 2401-003.891, quando foi reconhecida a natureza remuneratória do Programa, mas foi afastada a exigência em razão de a fiscalização ter adotado como data do fato gerador a data de vencimento da carência, independentemente do efetivo exercício da opção. A segunda delas, formalizada no processo n.º 16327.720432/2015-82, foi exonerada por meio do Acórdão n.º 2401-005.729, quando foi afastada a natureza remuneratória do Programa, foi considerado que houve mudança de critério jurídico e foi apontado um erro na apuração da base de cálculo, quando foi adotado o valor justo na data da outorga das opções de compra das ações.

Veja-se que é muito relevante a análise do fato gerador e da base de cálculo adotados no presente processo, para fins de completar o julgamento do feito.

4 Fato gerador do IRRF

A utilização de um instrumento financeiro para remunerar empregados e administradores traz para a correspondente tributação algumas dificuldades oriundas da própria natureza desse instrumento. A primeira delas, a ser resolvida nesse momento, é a data do fato gerador do tributo.

Na espécie, o tributo incidente é o Imposto de Renda que deve ser retido pela fonte pagadora (IRRF), cujo fato gerador é o pagamento ou o crédito do rendimento do trabalho e cuja base de cálculo é a soma dos rendimentos pagos ou creditados no mês, nos termos do artigo 7º da Lei n.º 7.713/1988, *verbis*:

Art. 7º Ficam sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei:

I - os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas;

II - os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

§1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.

Na espécie, a fiscalização apontou como fato gerador do tributo, que deveria ter sido retido na fonte, a disponibilidade das ações comprometidas para o

administrador/empregado, o que teria ocorrido quando este comunicou à empresa que iria exercer a sua opção de compra, conforme o seguinte excerto do TVF (fls. 343):

Diante do que foi exposto, 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. Ou seja, as obrigações tributárias principal e acessória somente se iniciam no momento em que a contraparte (beneficiário) exercer o seu direito mediante assunção dos custos previstos em contrato (pagamento do preço de exercício).

Nesse sentido, citamos o Acórdão n.º 2402-006.475, de 07/08/2018, proferido pela 4ª Câmara. 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF:

STOCK OPTIONS. FATO GERADOR. MOMENTO DA OCORRÊNCIA. Com o exercício da opção, materializam-se todos os aspectos da hipótese de incidência, ou, na expressão adotada pelo CTN, ocorre o fato gerador da obrigação tributária.

[...]

Portanto, a data da ocorrência do fato gerador do IRRF incidente sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do exercício dessas opções pelo beneficiário.

O recorrente, inicialmente, reclama da incoerência da Administração Tributária nos três lançamentos tributários que sofreu sobre essa matéria, quando foram apontados fatos geradores distintos. Reclama da falta de segurança jurídica na atuação da Administração Tributária e conclui que essa indefinição é fruto da inexistência de previsão legal para os lançamentos tributários, conforme o seguinte excerto (fls. 1013):

Acontece que, apesar de o posicionamento da Receita Federal ser no sentido da natureza remuneratória destes planos, fato é não há qualquer fundamento legal que autorize a tributação das outorgas de opções de compra de ações ou o exercício destas opções, evidenciando tratar-se de tese exclusivamente fiscal, sem qualquer amparo legal.

Tanto isso é verdade que, na lavratura de autos de infrações pelas Autoridades Fiscais, não se verifica qualquer coerência ou congruência quanto aos critérios utilizados para a constituição do pretense crédito tributário.

Ora se determina que o suposto fato gerador para fins de retenção do imposto de renda na fonte ocorre quando da outorga das opções pela companhia, ora no momento do exercício, ou, ainda, após o encerramento do período do vesting. Não há qualquer motivo a justificar a incongruência do Fisco na lavratura das autuações fiscais, a não ser a ausência de previsão legal de tais exigências.

Verifico que o recorrente está a exigir uma norma que, expressamente, preveja a tributação da remuneração realizada por meio de *stock options*. Contudo, o contribuinte não pode impedir a tributação de um rendimento somente porque o nome desse rendimento não está expressamente apontado em uma lei.

A lei é uma norma geral é abstrata e não pode ser reduzida sempre a uma lista exhaustiva dos fatos a que se aplica, bastando que esteja clara a categoria dos fatos a que se aplica. Na espécie, está claro na norma citada que o IRRF incide sobre o rendimento pago ou creditado em benefício do empregado/administrador. Já foi definido neste voto, de forma fundamentada, que os Programas do contribuinte trazem um rendimento aos seus beneficiários, além dos seus salários, mas relacionado ao trabalho. Portanto, existe norma legal que

fundamenta o presente lançamento tributário, devendo ser afastada a argumentação do recorrente.

O recorrente prossegue a sua defesa reconhecendo a existência de uma norma que fundamenta o lançamento tributário, mas defende que tal norma prevê a incidência do tributo apenas quando há pagamento do rendimento. Demonstra que, na espécie, não há pagamento e conclui que, por isso, não há a incidência do tributo, conforme o seguinte excerto (fls. 1016):

Vê-se, pois, que no entendimento do acórdão recorrido, a "efetiva alienação" não seria necessária para a incidência do IR/Fonte, desconsiderando, portanto, o fato de que o imposto incidente sobre a renda tem como hipótese de incidência a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o que, por óbvio, não se mostrou no presente caso.

De fato, nos termos do artigo 43 do RIR/99 - vigente à época dos fatos geradores -, são tributáveis pelo imposto de renda os "rendimentos provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou vantagens percebidos".

Por outro lado, ao tratar do regime de tributação na fonte, o artigo 620, não deixa dúvidas de que o IR/Fonte incide sobre os rendimentos "efetivamente recebidos" pelo titular. Esse cristalino ponto, contudo, é trazido pelo parágrafo 1o, do referido dispositivo legal, o qual foi ignorado pela Autoridade Fiscal e pela E. DRJ na disposição de suas razões, assim como o parágrafo 2o, do mesmo comando legal, dispositivo que dá os contornos temporais da obrigação tributária determinando que o imposto seja "retido por ocasião de cada pagamento". Confira-se:

Não assiste razão ao recorrente. Ele se prende ao texto do §2º do artigo 620 do RIR/99 (Decreto nº 3.000/1999) que utiliza a expressão "cada pagamento" para falar da base de cálculo do tributo. Contudo, o *caput* do mesmo artigo 620 e o seu §1º não possuem essa especificidade, pois utilização a palavra "rendimentos" para tratar do mesmo objeto.

É certo que se o rendimento é salário, a sua disponibilidade se dá pelo pagamento. Mas se o rendimento tem outra natureza, a disponibilidade se dá conforme a sua própria natureza. Na espécie, o rendimento é a aquisição do domínio de ações da empresa. Assim, a sua disponibilidade se dá com a satisfação das condições contratuais que suspendiam essa aquisição, conforme apontado na acusação fiscal.

Por seu turno, o recorrente combate esse entendimento afirmando que a apuração do IRRF segue o regime de caixa, não comportando a sua tributação sobre um rendimento que não tem materialidade financeira, conforme o seguinte excerto (fls. 1026):

No que se refere ao conceito de renda e à necessidade de observância ao regime de caixa como informador do IR/Fonte, observa-se que a Autoridade Fiscal se equivoca ao eleger como fato gerador o momento em que o titular das opções realiza o exercício (aquisição das ações), aduzindo que nesse momento o titular percebe um rendimento para fins de incidência do IR/Fonte.

[...]

Deveras, em sentido oposto àquele defendido pela Autoridade Fiscal e pela E. Delegacia, o fato de o titular possuir uma opção e simplesmente adquirir as ações correspondentes (efetuar o exercício), podendo vendê-las ou não no futuro, não será apto para o indivíduo auferir renda. Ao contrário, no momento do exercício, o titular somente paga pela aquisição da ação, inexistindo qualquer disponibilidade passível de ser tributada.

Isso porque, a renda será efetivamente auferida quando o titular vender, de fato, essas ações (situação essa que não foi demonstrada no presente caso) e que, por óbvio, não caberia à Recorrente proceder ao recolhimento do IR/Fonte.

Entendo que não assiste razão ao recorrente.

No heroico esforço de defender o contribuinte, o recorrente introduz no debate matéria que não é pertinente ao feito.

A questão existente entre regime de caixa e regime de competência somente é pertinente quando há uma tributação complexiva, cujo período de apuração abrange múltiplos fatos geradores que serão tributados em uma única data, mormente quando há fatos geradores que extrapolam um período de apuração, produzindo efeitos além da data do período de apuração.

Ainda que o Imposto de Renda incidente sobre as pessoas físicas beneficiadas pelos Programas seja complexo, não é dessa espécie que trata o presente lançamento tributário.

Não deveria ser necessário lembrar que o presente lançamento tributário trata de IRRF, cujo fato gerador é atômico, mormente quando se trata de rendimentos em decorrência do trabalho, não sendo pertinentes as ponderações trazidas pelo recorrente.

Apenas por clareza, deve ser reafirmado que o IRRF em tela incide sobre toda remuneração do empregado/administrador relacionada a sua atividade laboral, não apenas os rendimentos pagos em numerário.

Por exemplo, veja-se o caso da remuneração indireta, em que não há pagamento de numerário ao beneficiário, mas há tributação do benefício, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.383/1991, *verbis*:

Art. 74. Integração a remuneração dos beneficiários:

I - a contraprestação de arrendamento mercantil ou o aluguel ou, quando for o caso, os respectivos encargos de depreciação, atualizados monetariamente até a data do balanço:

a) de veículo utilizado no transporte de administradores, diretores, gerentes e seus assessores ou de terceiros em relação à pessoa jurídica;

b) de imóvel cedido para uso de qualquer pessoa dentre as referidas na alínea precedente;

II - as despesas com benefícios e vantagens concedidos pela empresa a administradores, diretores, gerentes e seus assessores, pagos diretamente ou através da contratação de terceiros, tais como:

a) a aquisição de alimentos ou quaisquer outros bens para utilização pelo beneficiário fora do estabelecimento da empresa;

b) os pagamentos relativos a clubes e assemelhados;

c) o salário e respectivos encargos sociais de empregados postos à disposição ou cedidos, pela empresa, a administradores, diretores, gerentes e seus assessores ou de terceiros;

d) a conservação, o custeio e a manutenção dos bens referidos no item I.

§ 1º A empresa identificará os beneficiários das despesas e adicionará aos respectivos salários os valores a elas correspondentes.

Salientando-se que, nesses casos, também há a tributação do IRRF, pois as despesas da empresa com tais benefícios é remuneração tributável, apesar de não haver pagamento de numerário aos beneficiários.

Portanto, a tese do recorrente não se sustenta diante do ordenamento jurídico pátrio.

Desta feita, está correto o entendimento da fiscalização, em consonância com os julgados do CARF que deixam claro que o fato gerador do tributo ocorre no momento do exercício da opção de compra das ações, conforme o Acórdão n.º 2402-006.475, de 07/08/2018, citado no TVF, bem como os Acórdãos n.º 9202-008.532, de 23/01/2020, da 2ª Turma da CSRF, e n.º 1402-006.239, de 18/11/2022, da 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção, já citados nesse voto.

O recorrente ainda prossegue tratando da tributação do eventual ganho de capital que teria o empregado/administrador no momento em que alienasse as ações obtidas por meio do Programa da empresa. Contudo, não é essa a hipótese de incidência apontada pela fiscalização, não possuindo qualquer relação com a presente causa, devendo ser afastados tais argumentos impertinentes, para evitar ruídos e falta de clareza na elucidação e solução do feito.

Com isso, entendo correto o lançamento tributário quando adota como fato gerador do tributo ocorre no momento do exercício da opção de compra das ações comprometidas nos Programas da empresa.

5 Base de cálculo do IRRF

Ainda que conhecidos os fatos geradores das obrigações tributárias em tela, a determinação do seu *quantum* ainda pode causar questionamentos, pois envolve a valoração de ações, que são ativos financeiros negociados em mercado aberto.

Na espécie, a fiscalização adotou como base de cálculo o montante encontrado pela diferença entre os valores de mercado das ações, fornecidos pela empresa, e os valores pagos pelos beneficiários por essas mesmas ações, conforme o seguinte excerto (fls. 344):

Como dito anteriormente, o fato gerador ocorre (aspecto temporal) 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 preço de exercício da opção correspondente - valor efetivamente pago pelo beneficiário.

Os referidos valores (valor de mercado da ação e preço de exercício da opção) foram informados pelo contribuinte em planilhas apresentadas em resposta ao Termo de intimação Fiscal n.º 03 em 24.09 2018.

Assim, a base de cálculo do IRRF é aferida e calculada multiplicando-se a quantidade de opções exercidas dentro do período 01/2014 a 12 2015, pela diferença positiva entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data de exercício.

O resultado da aplicação desse critério está nas tabelas de fls. 350.

O recorrente não questionou os valores encontrados pela fiscalização.

6 Juros de mora isolados

A fiscalização entendeu que o contribuinte estava obrigado a reter e recolher IRRF sobre a remuneração auferida pelos seus administradores e empregados que exerceram a opção de compra de ações estabelecida em Programa da empresa (*employee stock option*).

A não retenção do tributo deu ensejo à exigência de multa isolada e o não pagamento dos correspondentes valores deu ensejo à exigência de juros de mora isolados.

O recorrente não combate especificamente os juros de mora exigidos, mas essa exigência depende do acolhimento da fundamentação do lançamento tributário, da mesma forma que a exigência da multa isolada.

Assim, a manutenção da exigência da multa isolada implica a imediata manutenção da exigência dos juros isolados.

7 Conclusão

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Com a devida vênia ao voto do ilustre conselheiro relator, apresento aqui declaração de voto em sentido oposto, ressaltando as razões que me levam a dar provimento ao Recurso Voluntário.

Da Evolução Histórica do Uso das “Stock Options” para alinhamento de interesses

A concessão de “stock options” por uma entidade para seus administradores tem origem no mercado de capitais norte-americano.

O surgimento de tal uso nos Estados Unidos da América se justifica por uma série de condições de mercado que fizeram com que, diferentemente das companhias abertas de outros países do mundo, não houvesse uma identificação precisa dos proprietários de grande parte das companhias norte-americanas.

Nesse sentido, Adolph Berle e Gardiner Means constataram, em plena década de 30 do século XX, que grande parte das companhias norte-americanas não possuía um acionista controlador com posição majoritária, isto é, um acionista controlador que possuísse mais de cinquenta por cento das ações com direito a voto².

Assim, a maior parte das companhias possuía capital disperso no mercado de ações a ponto de: (i) o acionista controlador possuir menos de cinquenta por cento das ações votantes, situação a qual denominaram “controle minoritário”; ou (ii) não ser possível identificar

² BERLE, Adolph, MEANS, Gardiner. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987. pp. 17-48.

acionista controlador com base nas últimas assembleias da companhia, situação a qual denominaram de “controle administrativo ou gerencial”³.

Dessa forma, Berle e Means capturaram uma tendência ao divórcio entre a propriedade das ações (que é dos acionistas) e o controle da companhia (que estava sendo exercido pelos diretores em razão da dispersão do capital nos casos de “controle gerencial”) em mercados de capitais altamente desenvolvidos, em que há grande pulverização dos acionistas⁴.

Em face desse fenômeno, Fabio Konder Comparato divisou o que denominou de propriedade-dinâmica, em contraposição à propriedade-pertinência ou propriedade-estática, advertindo pertencer ao controlador a chamada propriedade-dinâmica, invocando a lição de Champaud de que o controlador exerce a “propriedade sob a forma de empresa”, como “senhor da atividade econômica”⁵.

A separação entre a propriedade e o controle fez com que fosse exacerbado um *potencial conflito* entre os acionistas e os administradores, uma vez que os administradores teriam um incentivo a maximizar os seus benefícios em detrimento da riqueza da companhia em companhias com capital disperso.

Frente ao risco de conflito entre os interesses dos acionistas e dos administradores, Michael Jensen e William Meckling desenvolveram a *teoria da agência*, segundo a qual há um *principal* (ex.: acionistas) e um *agente* (ex.: administradores), que deveria agir no interesse do principal. Ocorre que, sem certos estímulos, o agente pode, eventualmente, agir em seu próprio interesse em detrimento do interesse do principal⁶.

O estudo da teoria da agência foi a pedra fundamental para o desenvolvimento da governança corporativa, enquanto campo de atuação e estudo, de forma que ela nasce com o objetivo de criar mecanismos que auxiliem o *alinhamento dos interesses* dos administradores aos dos acionistas.

Dentre os mecanismos internos de governança corporativa, Alexandre Di Miceli da Silveira menciona o sistema de “remuneração” dos administradores, uma vez que o montante e a forma de “remuneração” dos executivos podem interferir no grau de alinhamento de interesses entre os administradores e os acionistas⁷.

Ao detalhar como o sistema de “remuneração” dos administradores pode funcionar como forma de alinhamento de interesses, Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti citam quatro regras básicas para a constituição de tal sistema de remuneração: (i) criação de um comitê de remuneração; (ii) vinculação da remuneração com o desempenho; (iii) balanceamento de relações custos/benefícios de agência; e (iv) relação com os padrões de mercado⁸.

Dentre as formas mais adotadas para vinculação da “remuneração” com o desempenho, destacam-se: (i) bonificações com base no desempenho empresarial, isto é, de

³ BERLE, Adolph, MEANS, Gardiner. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987. pp. 17-48.

⁴ BERLE, Adolph, MEANS, Gardiner. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987. pp. 17-48.

⁵ Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1977, pp. 89 a 99.

⁶ JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, In: *Journal of Financial Economics*, v. 3, 305-360, 1976.

⁷ SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 10-11.

⁸ ANDRADE, Adriana, ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 237-238.

acordo com medidas contábeis ajustadas ou não; e (ii) “stock options”, ou seja, opções de compra de ações a um preço pré-determinado⁹.

Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti assinalam que bonificações são mais adequadas para objetivos de curto prazo, ao passo que as “stock options” atendem mais aos objetivos de longo prazo. Os referidos autores mencionam ainda que idealmente devem ser combinados instrumentos com efeitos de curto e longo prazo, no entanto, vale lembrar que a gestão de curto prazo está mais sujeita a manipulações por estar relacionada a operações mais rotineiras, ao contrário da gestão de longo prazo, que é mais relacionada com questões estratégicas¹⁰.

Ainda, no tocante às “stock options”, Robert Monks e Nell Minow destacam que elas representam uma forma de “remuneração” relacionada com a performance empresarial, permitindo que o beneficiário somente venha a ter eventual ganho caso o preço das ações suba¹¹.

Nesse cenário, as “stock options” surgem como um dos vários instrumentos pelo qual se *alinham os interesses* dos administradores aos da empresa (e conseqüentemente aos dos acionistas), isto é, elas funcionam como um mecanismo de governança corporativa que diminui os potenciais conflitos de agência existentes entre administradores e acionistas.

Vale notar que emprego aqui a expressão “remuneração” em seu significado econômico amplo, sendo utilizado no sentido de todo e qualquer benefício potencial ou efetivo do agente (administradores), e independente de se configurar ou não retribuição de trabalho.

Características das “Stock Options”

Embora haja diversos planos de incentivo de longo prazo envolvendo ações¹², que são denominados genericamente de planos de “stock options”, os modelos mais comuns são os seguintes: (i) plano com valor fixo; (ii) ações restritas; e (iii) ações fantasmas.

O modelo de planos de “stock options” com valor fixo é baseado na concessão de opção de compra de ação por um preço pré-determinado após o cumprimento de alguns requisitos¹³.

Por sua vez, o modelo de concessão de ação restrita (“restricted share unit”) se fundamenta na concessão de ação a título gratuito após o cumprimento do prazo de carência¹⁴.

Por fim, o modelo de ações fantasmas (“phantom stock options”) se baseia no pagamento da diferença entre o preço de compra e o de venda das ações, sem que estas tenham sido propriamente adquiridas¹⁵.

Ainda que sejam chamadas genericamente de “stock options”, cumpre ressaltar que tal terminologia se aplica de forma adequada tão somente aos modelos que envolvem opções de ações.

⁹ ANDRADE, Adriana, ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 238-239.

¹⁰ ANDRADE, Adriana, ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 238-239.

¹¹ MONKS, Robert A. G. MINOW, Nell. *Corporate Governance*. 2ª ed. Oxford: Blackwell, 2001. p. 225.

¹² Para um maior detalhamento de tais planos de incentivo, vide: KIMURA, Herbert, BASSO, Leonardo Fernando Cruz, PERERA, Luiz Carlos Jacob. *Stock Options e Criação de Valor para o Acionista*. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009. pp. 33-38.

¹³ KIMURA, Herbert, BASSO, Leonardo Fernando Cruz, PERERA, Luiz Carlos Jacob. *Stock Options e Criação de Valor para o Acionista*. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009. pp. 33-36.

¹⁴ KIMURA, Herbert, BASSO, Leonardo Fernando Cruz, PERERA, Luiz Carlos Jacob. *Stock Options e Criação de Valor para o Acionista*. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009. pp. 33-36.

¹⁵ KIMURA, Herbert, BASSO, Leonardo Fernando Cruz, PERERA, Luiz Carlos Jacob. *Stock Options e Criação de Valor para o Acionista*. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009. pp. 33-36.

Juridicamente, a opção pode ser entendida como um contrato financeiro, que confere ao titular o direito, mas não a obrigação, de executar determinada operação em data futura, de modo que o exercício da opção pode ser realizado ou não no futuro a depender da conveniência de tal exercício para seu titular¹⁶.

A opção pode se referir a uma futura compra (“call option”), quando ela confere o direito de comprar um determinado ativo por um preço determinado no futuro, ou a uma futura venda (“put option”), quando ela confere o direito de vender um determinado ativo por um preço determinado no futuro.

No que tange às “stock options” usadas como forma de alinhamento de interesses, elas são opções de compra de ações, que visam garantir o direito de que administradores ou empregados de uma determinada entidade possam exercer a compra por um valor pré-determinado.

O artigo 168, § 3º, da Lei de S.A. permite que o estatuto da companhia preveja, dentro do limite de capital autorizado, conforme plano aprovado pela assembleia geral, a outorga de opção de compra de ações (“stock options”) a seus administradores ou empregados (ou mesmo a outras pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle).

Note-se que as “stock options” são personalíssimas, não sendo negociáveis ou transferíveis, de modo que não há como se falar de preço, nem de valor de mercado, a tais opções.

Também são elementos fundamentais das opções o preço pré-determinado de exercício do direito e a data de vencimento da opção. Ao preço pré-estabelecido é dado o nome de “strike price” ou “exercise price”.

Caso o preço de mercado do ativo a ser adquirido mediante o exercício da opção seja superior ao “strike price”, há um grande incentivo ao exercício da opção, uma vez que estar-se-á adquirindo por um valor menor do que aquele ativo vale.

Por sua vez, a data de vencimento (“expiration date”) diz respeito ao termo final para que o titular da opção exerça o seu direito de compra.

Considerando um plano de “stock options” convencional, Viviana Dal Mas assevera que tal modalidade de plano se divide geralmente em quatro fases: (i) fase de concessão da opção; (ii) fase de possibilidade de exercício da opção de compra; (iii) fase de compra das ações pelo beneficiário; e (iv) fase de venda das ações pelo beneficiário¹⁷.

Thiago Taborda Simões também divide os planos de “stock options” em quatro etapas: (i) aprovação do plano; (ii) concessão da opção; (iii) aquisição do direito de exercício da opção; e (iv) expiração do plano¹⁸.

Diferentemente da proposta de quatro fases de Viviane Dal Mas, Thiago Taborda Simões acrescenta uma etapa anterior relativa à aprovação do plano, na qual ele é votado em assembleia geral e é dada ciência aos empregados no que toca ao teor do plano, bem como não inclui a fase de venda das ações pelo beneficiário que exerceu a opção, uma vez que esta fase já estaria fora do plano de “stock options”¹⁹.

¹⁶ KIMURA, Herbert, BASSO, Leonardo Fernando Cruz, PERERA, Luiz Carlos Jacob. *Stock Options e Criação de Valor para o Acionista*. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009. pp. 13-14.

¹⁷ DAL MAS, Viviana Castro Neves Pascoal. *Stock Options na Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 2008. pp. 25-26

¹⁸ SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock Options: os planos de opções de ações e sua tributação*. São Paulo: Noeses, 2016. pp. 30-34.

¹⁹ SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock Options: os planos de opções de ações e sua tributação*. São Paulo: Noeses, 2016. pp. 30-34.

Na fase de concessão da opção a fase, a companhia oferece aos seus colaboradores a opção de compra de ações por um valor pré-determinado (“strike price”). Ainda que não haja nenhuma garantia de que o beneficiário do plano de “stock options” irá cumprir as condições pré-estabelecidas em tal plano ou até mesmo de que exercerá a opção da compra, há necessidade de registro contábil da outorga da opção segundo o Pronunciamento Contábil n. 10 “Pagamento Baseado em Ações” do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), sendo que os instrumentos patrimoniais outorgados deverão ser mensurados pelo seu valor justo no momento de sua concessão (“grant date”)²⁰.

A fase de possibilidade de exercício da opção de compra se inicia com o cumprimento dos requisitos e do eventual prazo de carência (“vesting period”), momento no qual o beneficiário pode exercer ou não sua opção de compra.

O estabelecimento de um prazo de carência nos planos de “stock options” é uma forma de incentivar que o beneficiário permaneça mais tempo na empresa, o beneficiário passa a ter o direito de exercer ou não essa opção de compra²¹.

Vale ressaltar ainda que o plano de “stock options” geralmente contém um termo final para o exercício da opção (“expiration date”).

Ainda no que tange ao prazo para o exercício da opção, Herbert Kimura, Leonardo Basso e Luiz Pereira mencionam que as “stock options” podem ser classificadas como do tipo europeu ou do tipo americano (considerando especificamente as duas espécies mais comuns). As opções de compra do tipo europeu possibilitam que o exercício da opção somente ocorra na data do vencimento, ao passo que as opções de compra do tipo americano possibilitam que o exercício seja feito a qualquer momento até a data do vencimento²².

Na fase de exercício da opção mediante compra das ações, o beneficiário exerce a opção de compra pelo preço pré-determinado (“strike price”) no plano de “stock options”.

Caso o preço da ação seja maior do que o preço de exercício das “stock options”, é razoável que o beneficiário exerça a opção de compra da ação, hipótese que provavelmente não acontece caso o preço da ação seja menor do que o preço do exercício da opção. Quando a opção de compra da ação não é exercida, diz-se que a opção “virou pó”.

Herbert Kimura, Leonardo Basso e Luiz Pereira assinalam que as “stock options” podem ser classificadas de acordo com a relação entre o preço do ativo-objeto e o “strike price”. Caso o preço da ação esteja menor do que o preço pré-determinado para exercício da opção, a opção está “in-the-money”. Por sua vez, na hipótese em que o preço da ação está igual ao preço para exercício da opção, a opção está “at-the-money”. Por fim, caso o preço da ação esteja maior do que o “strike price”, a opção está “out-of-the-money”²³.

Por fim, na fase de venda das ações, o beneficiário aliena as ações por ele compradas em função do exercício das “stock options”, realizando o provável ganho, que é derivado da diferença entre o preço de exercício de compra da ação e o preço de alienação da ação.

Cumprido notar que o plano de “stock options” pode prever um período determinado para que as ações possam ser vendidas (“lock up period”).

²⁰ GELBCKE, Ernesto Rubens, SANTOS, Ariovaldo dos, IUDÍCIBUS, Sérgio de, MARTINS, Eliseu. *Manual de Contabilidade Societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. pp. 601-605.

²¹ KIMURA, Herbert, BASSO, Leonardo Fernando Cruz, PERERA, Luiz Carlos Jacob. *Stock Options e Criação de Valor para o Acionista*. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009. pp. 16-22.

²² KIMURA, Herbert, BASSO, Leonardo Fernando Cruz, PERERA, Luiz Carlos Jacob. *Stock Options e Criação de Valor para o Acionista*. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009. pp. 20-22.

²³ KIMURA, Herbert, BASSO, Leonardo Fernando Cruz, PERERA, Luiz Carlos Jacob. *Stock Options e Criação de Valor para o Acionista*. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009. pp. 22-23.

A instituição de um “lock up period” pode induzir o titular das “stock options” que exerceu a sua opção a pensar ainda mais no longo prazo da companhia.

Do Reconhecimento Contábil das “Stock Options”

Embora não haja nenhuma garantia de que o beneficiário do plano de “stock option” irá cumprir as condições pré-estabelecidas em tal plano ou até mesmo de que exercerá a opção da compra, há necessidade de registro contábil da outorga da opção, segundo o Pronunciamento Contábil n. 10 “Pagamento Baseado em Ações” do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), sendo que os instrumentos patrimoniais outorgados deverão ser mensurados pelo seu valor justo²⁴.

No caso, a avaliação das “stock options” outorgadas aos executivos *deve ser feita a valor justo da data de sua outorga* (“grant date”). Como não há mercado para as “stock options”, e como não é possível se estimar de modo confiável o valor justo dos “serviços” recebidos, a avaliação a valor justo pode ser feita por modelos matemáticos de avaliação ou “precificação”, sendo as mais comuns a fórmula ou metodologia de Black-Scholes e o modelo binomial. O Pronunciamento Técnico CPC n. 10 (R1) não impõe nenhum modelo específico para a mensuração do valor justo das “stock options”²⁵. Mas, repita-se, essa mensuração do valor justo das “stock options” deve se dar na data de sua outorga.

Não se deve confundir o *momento da mensuração* das “stock options” (valor justo destes), em casos em que os “serviços” e bens não possam ser mensurados de forma direta pelo valor justo desses, confiavelmente, com o *momento da apropriação* desse valor em despesa. A apropriação da despesa se deve dar por regime de competência – item 7 do Pronunciamento Técnico CPC n. 10 (R1)²⁶.

Suponha-se que a companhia tenha outorgado “x” “stock options” a 500 executivos (incluem-se os empregados) sob certas “vesting conditions” para seu exercício, como a permanência deles por 3 anos e aumento do lucro da empresa em 20% no primeiro ano,

²⁴ GELBCKE, Ernesto Rubens, SANTOS, Ariovaldo dos, IUDÍCIBUS, Sérgio de, MARTINS, Eliseu. *Manual de Contabilidade Societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. pp. 601-605.

²⁵ O Pronunciamento Técnico CPC n. 10 tem por base o IFRS 2 emitido pelo IASB em fevereiro de 2004 (*International Accounting Standard Boards*; as normas internacionais de contabilidade brasileiras adotam, adaptam ou convergem com as editadas pelo IASB). Em matéria de “stock options”, houve convergência quase total entre as normas editadas pela IASB (IFRS 2) e as emitidas pelo FASB (“Financial Accounting Standard Board”; órgão americano similar ao nosso CPC).

O FASB emitiu em outubro de 1995 o FAS 123, que recomendava (mas não obrigava) a contabilização das “stock options” por seu valor justo com uso da metodologia Black-Scholes, em vez de contabilizá-las por seu valor intrínseco na data de sua concessão (o valor intrínseco corresponde à diferença entre o valor de mercado das ações e o preço de exercício das opções na data de sua concessão, o que poderia ser zero, se o referido preço na data da concessão fosse igual ao valor de mercado das ações – “at-the-money” – ou se aquele preço fosse superior a esse – “out-the-money”). A contabilização das “stock options” pelo valor intrínseco na data da concessão era a regra anterior (do APB 25, emitido pelo APB – “Accounting Principles Board”, órgão antecessor do FASB).

Em dezembro de 2004, o FASB editou o FAS 123R, que tornou obrigatória, a partir de julho de 2005, a contabilização das “stock options” concedidas por sua mensuração a valor justo na data da concessão, e eliminou a obrigatoriedade dessa mensuração pela metodologia Black-Scholes. Logo, tal como o IFRS 2 (e o Pronunciamento Técnico CPC n. 10), não há imposição de modelo específico para a avaliação a valor justo das “stock options”. Cf. a respeito LONGO, Cláudio Gonçalo, SILVA, Fabiana Lopes da, CHAN, Betty Lilian, “IRFS 2 – Pagamento baseado em ações”. *Manual de Normas Internacionais de Contabilidade – IFRS versus Normas Brasileiras*. Ernst & Young e Fipecafi. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 347 e 348.

²⁶ TAKATA, Marcos Shiguelo. “A “Nova” Contabilidade relativa às *Stock Options* – sua relação e reflexo ou não no Direito Tributário”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexandro Broedel Lopes (coord.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos) – 2º volume*. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 153 a 169.

aumento médio do lucro em 17% no segundo ano e aumento médio do lucro em 15% no terceiro ano. O valor justo total das “stock options” deve ser reconhecido como despesa, *ao longo dos 3 anos*, considerando-se a estimativa de executivos que permanecerão ao final dos 3 anos, e a estimativa de aumento do lucro nos 2 últimos anos (no final do primeiro ano, quando será reconhecida inicialmente parte da despesa, já se terá o aumento do lucro ocorrido nesse ano 1). Essas estimativas são *recalculadas ao final de cada ano*, em função da mudança daquelas, refletindo tais alterações das estimativas no montante reconhecível como despesa, por regime de competência, em cada ano²⁷.

É importante notar que o valor justo das “stock options”, mensurado no momento da sua outorga, permanece *imutável* ao longo do tempo. O montante registrável como despesa em cada ano pode mudar, mas não em função do valor justo das “stock options” reestimado e confirmado em cada momento temporal (seja durante, seja após o “vesting period”), e sim, no exemplo acima, por conta do número de executivos reestimado a cada período e confirmado ao final do tempo, bem como do cumprimento ou não da condição de desempenho da empresa.

Cabe destacar também que, mesmo que a condição de desempenho da empresa não seja cumprida e ainda que não remanesça nenhum executivo até o final da “condição” temporal (e, portanto, que as “stock options” virem “pó”), o valor das despesas já apropriadas, por competência, não é revertido. Assim também quando, por exemplo, o preço da ação tiver caído ao tempo do momento possível de exercício das “stock options” para valor menor do que o preço de exercício. A permanência dessas despesas, sem que nunca haja desembolso nem entrada no caixa (sem emissão de ações ou alienação de ações em tesouraria), é, para dizer o mínimo, curioso²⁸.

É importante notar que a contrapartida do lançamento *a débito* em despesas, do valor justo das “stock options” (mensurado na data da concessão), por regime de competência, é o lançamento *a crédito* em instrumentos patrimoniais no patrimônio líquido. Assim é que o item 7 do Pronunciamento Técnico CPC n. 10 (R1) dispõe: a entidade deve reconhecer em contrapartida ao reconhecimento dos produtos ou “serviços” recebidos ou adquiridos o correspondente aumento do patrimônio líquido, se o pagamento baseado em ações for liquidado por instrumentos patrimoniais; ou a entidade deve reconhecer a contrapartida em um passivo, se o pagamento baseado em ações tiver sua liquidação em caixa (ou outros ativos).

Ao mesmo tempo em que se lança uma despesa, é registrado um aumento no mesmo valor em conta do patrimônio líquido. Dessa forma, o lançamento contábil das “stock options” a seu valor justo mensurado na data da outorga, obedecido o regime de competência, é:

| | |
|---|-----|
| <i>Débito – Despesas (conta de resultado)</i> | “x” |
| <i>Crédito – Instrumentos Patrimoniais Outorgados (conta do PL)</i> | “x” |

O valor do *acréscimo* do patrimônio líquido registrado (em contrapartida a despesas) “*permanece*” no patrimônio líquido, quer as “stock options” *sejam exercidas ou não*. Simplesmente o valor registrado na conta de instrumentos patrimoniais, que é do subgrupo de

²⁷ Vide exemplos de contabilização de “stock options” outorgadas a executivos, baseados no “Guidance on Implementing [Guia de Implementação] of IFRS 2 Share-Based-Payment”, no *Manual de Contabilidade Societária aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2018, pp. 610 a 613.

²⁸ LONGO, Cláudio Gonçalo, SILVA, Fabiana Lopes da, CHAN, Betty Lilian, “IRFS 2 – Pagamento baseado em ações”. *Manual de Normas Internacionais de Contabilidade – IFRS versus Normas Brasileiras*. Ernst & Young e Fipecafi. São Paulo: Atlas, 2009. p. 347.

contas de reservas de capital, do patrimônio líquido, é baixado (transferido) para outra do subgrupo de contas de *reservas de lucros* igualmente do *patrimônio líquido*.

Tendo em vista que o registro contábil do valor justo das “stock options” se dá segundo método de precificação – pois elas não são valores mobiliários, não têm mercado (= não são cedíveis) –, e que tal valor “precificado” será uma despesa contábil, faz todo o sentido se registrar a contrapartida no patrimônio líquido, como aumento deste, de molde a se ter um *efeito líquido patrimonial nulo* ou *neutro* (valor da despesa que reduz o resultado do exercício é neutralizado pelo aumento do patrimônio líquido de igual valor). Isso, pois, *não há desembolso de caixa* da companhia, além do que a entrega é de instrumento de capital próprio (e não de instrumento financeiro).

Da discussão da natureza jurídica das “Stock Options” nos processos em que se discute a incidência de contribuição previdenciária

A contribuição previdenciária sobre a folha de salários está prevista no artigo 22, I, da Lei n. 8.212/91²⁹, no qual se determina sua incidência sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho.

Ocorre que a contribuição previdenciária não incide sobre toda e qualquer remuneração paga pelo empregador ao empregado, mas abrangerá *tão somente* aquela remuneração que se destina a *retribuir trabalho*.

Nessa linha, Wladimir Martinez aponta a relevância da sinalagmaticidade do pagamento para fins de determinação da contribuição previdenciária, de forma que o legislador previdenciário não desejou incluir valores indenizatórios ou ressarcitórios no âmbito de tal contribuição, deixando de fora do conceito de salário-de-contribuição os pagamentos não retributivos do trabalho³⁰.

Ao comentar sobre a necessidade da remuneração tributável pela contribuição previdenciária se relacionar com serviços prestados, Sérgio Pinto Martins destaca que as indenizações no âmbito do Direito do Trabalho são os pagamentos feitos aos empregados sem que haja qualquer relação com a prestação dos serviços, bem como com as quantias pagas no termo de rescisão do contrato de trabalho, de forma que não cabe a exigência de contribuição previdenciária sobre indenizações, que não possuem natureza salarial e não estão compreendidas na folha de salários³¹.

Tal relação também pode ser denominada como retributividade, de modo que Giacomino Paro assinala que a retributividade aos serviços prestados é a característica fundamental que refletirá a natureza remuneratória da verba (e a sua sujeição à contribuição previdenciária), isto é, que a remuneração deve ser entendida como uma contraprestação proporcional ao serviço prestado pelo trabalhador³².

²⁹ Lei n. 8.212/91: “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”.

³⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003. pp. 193-194.

³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 190-191.

³² PARO, Giacomino. *Tributação da Renda nos Planos de Opção de Compra de Ações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 43.

A partir dos lançamentos tributários que foram revisados no âmbito do CARF e que envolveram a incidência de contribuição previdenciária sobre as opções de ações, verifica-se que a principal discussão é se: (i) as “stock options” possuem natureza salarial; ou (ii) as “stock options” possuem natureza mercantil.

A natureza salarial das “stock options” implica a incidência da contribuição previdenciária, visto que elas seriam concedidas como forma de retribuição pelo trabalho. Por outro lado, a natureza mercantil das “stock options” implica que elas não se destinam a retribuir trabalho, o que afastaria, por si só, a incidência da contribuição previdenciária.

Ante a inexistência de previsão específica sobre a natureza das “stock options” no ordenamento jurídico, há o Projeto de lei n. 286/15³³, de autoria do deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), no qual se busca tornar mais claros os contornos salariais ou não de cada plano de “stock options” por meio da análise das características contratuais específicas.

No âmbito da Justiça do Trabalho, vale mencionar que há diversas decisões em que foi entendido, com base nos elementos concretos de cada plano analisado, que as “stock options” possuem natureza mercantil, não sendo parte do salário do beneficiário, quer seja em função da onerosidade dos planos analisados, quer seja em virtude da existência de risco de mercado para o beneficiário. Nessa linha, citem-se as decisões do Tribunal Superior do Trabalho nos processos AIRR 85740-33.2009.5.03.0023; RR 3273/1998-064-02-00; RR 217800-35.2007.5.02.0033; e RR-201000-02.2008.5.15.0140³⁴.

Ainda no âmbito do Direito do Trabalho, merece ser citado o artigo de Caio Lignani de Miranda Bermudes e Pedro Mourente, denominado “A jurisprudência do TST sobre a concessão de stock options” (<https://www.migalhas.com.br/depeso/398653/a-jurisprudencia-do-tst-sobre-a-concessao-de-stock-options>), no qual os referidos autores pontuam que ainda que possam existir decisões diversas na 1ª e 2ª instância da Justiça do Trabalho, todas as cinquenta decisões proferidas nos últimos cinco anos pelo Tribunal Superior do Trabalho são no sentido de que as “stock options” não integram o salário dos empregados, conforme se pode observar no trecho abaixo:

Matéria ainda controvertida na Justiça do Trabalho de 1º e 2º Grau, a natureza jurídica das stock options, muitas vezes, é matéria de recurso perante o TST, em busca de uma decisão final quanto à integração ou não de tal parcela à remuneração dos empregados. Nesse sentido, faz-se necessário analisar qual o entendimento atual do TST no que se refere à tal temática.

Para tanto, mediante termo de busca "Stock Options" no site do TST, com filtro de acórdãos proferidos nos últimos 5 anos, foi possível extrair 50 decisões colegiadas em que se discutiam as Stock Options, desde sua integração até alteração de cláusulas relativas a ela durante o contrato de trabalho.

³³ Projeto de lei n. 286/15: “Art. 458-A A participação acionária de empregado por meio de Plano de Concessão de Ações sob a modalidade de Opções de Ações (Stock Options) consiste em vantagem contratual de natureza:

I – não salarial, quando tratar-se de condição de contrato estabelecida como luvas ou apenas com o objetivo de fidelizar o trabalhador na empresa, sem qualquer conotação de caráter retributivo, e o método de exercício autorizado implicar onerosidade e risco para o empregado;

II – salarial, quando, em complementação ao salário fixo contratado, entre outras hipóteses de utilização do plano de opções como estratégia de remuneração variável: [...]”.

³⁴ No que tange às decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, destaquem-se as seguintes decisões no sentido de que as “stock options” possuem natureza mercantil: RO 42364200290202002 (TRT 2ª Região); RO 0387-2003-045-15-85-7 (TRT 15ª Região); e RO 02125-2007-109-15-00-2 (TRT 15ª Região).

Ao longo da pesquisa, foi possível observar que, em análise dos acórdãos proferidos, todos aqueles que discutiam a integração ou não das stock options à remuneração do empregado entenderam pela não integração desta, pois na verdade, se trataria de verba de natureza indenizatória, estando ausente qualquer espécie de violação a preceitos legais. Tal entendimento pode ser extraído dos seguintes inteiro teor: (...)

No que tange às decisões emanadas pelo CARF, verifica-se que as seguintes características têm levado os julgadores a decidir pela natureza salarial das “stock options”: (i) obrigatoriedade de adesão ao plano de “stock options”, o que poderia demonstrar que inexistente voluntariedade por parte do beneficiário; (ii) inexistência de onerosidade na aquisição da ação, quer seja em virtude sua gratuidade para o beneficiário, quer seja em virtude da instituição de um preço vil; (iii) inexistência de risco de mercado para o beneficiário, que pode tanto ser derivada da falta de onerosidade quanto pela existência de alguma cláusula que retire ou mitigue o risco de quem possui uma opção de compra de ação; (iv) habitualidade, isto é, a “stock option” passa a ser concedida com frequência, tal qual uma remuneração salarial; (v) sujeição do beneficiário a metas vinculadas, o que pode vir a demonstrar algum caráter retributivo direto do trabalho prestado pelo beneficiário; e (vi) existência de cláusulas de limitação de perdas para o beneficiário, o que denota que o risco permanece no todo ou em parte significativa com a instituidora do plano de “stock options”³⁵.

Por outro lado, algumas características podem indicar uma maior natureza mercantil às “stock options”, tais quais as seguintes: (i) liberdade de adesão ao plano de “stock options”, o que demonstra a mencionada voluntariedade; (ii) onerosidade, isto é, o beneficiário deve pagar pela aquisição da “stock option”; (iii) existência de risco de mercado para o beneficiário, de modo que ele suporte o ônus caso as condições de mercado daquela ação mudem de tal forma que não compense o exercício da opção; (iv) inexistência de habitualidade; (v) inexistência de metas vinculadas, demonstrando a falta de vinculação da concessão da opção com a retribuição pelo trabalho; e (vi) inexistência de cláusulas de limitação de perdas, o que só confirmaria que o risco de mercado é do beneficiário³⁶.

No âmbito das decisões do CARF acerca do tema, proferidas a partir de 2016, verifica-se que o entendimento majoritário tem sido na linha de que as “stock options” possuem natureza salarial.

Nessa linha, a partir da análise concreta de cada plano de “stock options”, frente à suposta ausência de risco de mercado para o beneficiário somada ao entendimento de que a concessão da “stock options” teria caráter retributivo ao trabalho, as seguintes decisões do CARF entenderam que as “stock options” teriam natureza salarial: Acórdãos 2402-005.010 (17/02/16); 2402-005.781 (06/04/16); 2402-005.346 (15/06/16); 2401-004.467 (16/08/16); 2202-003.741 (16/03/17); 2301-004.973 (04/04/17); 2301-005.006 (09/05/17); 2301-005.007 (09/05/17); 2401-004.861 (06/06/17); 2402-006.475 (07/08/18); 2301-005.772 (05/12/18); 2301-005.771 (05/12/18), 2401-005.990 (12/02/19)³⁷, 2301-005.988 (09/04/19)³⁸, 2402-007.208 (08/05/2019),

³⁵ PINTO, Alexandre Evaristo. *Carf analisa tributação das stock options pela contribuição previdenciária*. Revista Consultor Jurídico, 29 de maio de 2019, 9h46. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-29/direto-carf-carf-analisa-tributacao-stock-optionspela-contribuicao-previdenciaria>

³⁶ PINTO, Alexandre Evaristo. *Carf analisa tributação das stock options pela contribuição previdenciária*. Revista Consultor Jurídico, 29 de maio de 2019, 9h46. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-29/direto-carf-carf-analisa-tributacao-stock-optionspela-contribuicao-previdenciaria>

³⁷ Quanto ao Acórdão 2401-005.990, a bem ver, o reconhecimento do caráter retributivo do trabalho das “stock options” se deu pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (no Acórdão 9202-005.968, de 26/06/17), a qual determinou o retorno dos autos à Turma Ordinária para se apreciar a questão do momento do fato gerador e de seu

2201-005.151 (04/06/19), 2201-005.152 (04/06/19), 2201-005.153 (04/06/19). O Acórdão 2402-005.011 (17/02/16) não enfrentou o mérito (em que pese o entendimento do relator ser o de que as “stock options” possuíam natureza salarial).

Na Câmara Superior de Recursos Fiscais, também se nota o entendimento predominante pela natureza salarial das “stock options”, o que foi decidido nos Acórdãos 9202-005.470 (24/05/17); 9202-005.968 (26/09/17) e 9202-006.628 (21/03/18), todos por voto de qualidade.

A título ilustrativo, citamos os argumentos deduzidos em alguns desses acórdãos.

É dito que a existência do período de “vesting”, no qual o trabalhador deve ficar vinculado à empresa, oferecendo sua força de trabalho, evidencia, de plano, que as “stock options” ostentam natureza contraprestacional e que as condições para os beneficiários receberem as “stock options” são distintas das oferecidas aos interessados externos, o que afasta a natureza mercantil daquelas. Ainda, os planos de “stock options” não se sujeitam às regras comuns de mercado, não havendo a extensão a todos os colaboradores, tampouco ao público em geral, sendo as “stock options” personalíssimas, e, pois, intransferíveis. E são pagas na proporção das remunerações e performance, sendo dependentes e relacionadas com a relação de trabalho.

Não se há de falar em onerosidade, pois o beneficiário não paga para receber as “stock options”, que lhe são concedidas como retribuição pelo trabalho prestado à empresa, sendo ausente uma relação mercantil entre as partes. A remuneração se consolida não pela venda das ações, mas pelo seu recebimento, não contaminando a relação empresa-trabalhador a desvalorização das ações. Também, nenhum risco aflige o trabalhador, pois as “stock options” são um ativo econômico distinto das ações subjacentes: o risco de perda financeira se refere à variação do preço das ações, e não às opções de compra, de modo que não há risco para o trabalhador, que, sem consequência patrimonial, poderá não exercer as opções de compra; simplesmente nada perderá, caso não as exerça; trata-se de risco externo à relação formada em decorrência do plano. A existência de “lock up” não é inerente à operação de mercado, e se amplia o alegado risco de desvalorização das ações, por outro representa garantia de retorno do investimento ao fomentar a manutenção da relação de trabalho.

São os argumentos, em síntese, dos Acórdãos 2401-004.467, 2401-004.861 e 2402-006.475. Destaque-se que essas razões de decidir são mais extensas e detalhadas do que as deduzidas nos Acórdãos 9202-005.470 e 9202-005.968. No que toca a tais argumentos, nos parece que é justamente o período de “vesting” que *permite* e *justifica* a criação de um instrumento (“stock options”) de *alinhamento de interesses* entre o agente e o principal, conforme a teoria da agência. E são os requisitos previstos no programa de “stock options” que viabilizam o *objetivo* de o trabalhador incorporar a visão de empresa, de sua evolução, e de *proprietário*, e, assim, de permanência na empresa para o crescimento *desta*. Logo, é evidente que as “stock options” são personalíssimas, pois, do contrário, não atenderiam aos objetivos descritos.

A eleição de trabalhadores e a proporcionalidade das “stock options” outorgadas com a remuneração percebida pelos trabalhadores se coloca *na lógica de uma relação empresarial* de se buscar a maximização do alinhamento de interesses do agente com os do principal (eleição dos trabalhadores que se revelaram ou se podem revelar mais aptos e

concreto aperfeiçoamento. O Acórdão 9202-005.968 reformou o Acórdão 2401-003.888 (11/02/15), que havia reconhecido que as “stock options”, no caso, não tinham natureza salarial.

³⁸ Embora, nesse acórdão, isso conste somente na ementa, sendo silente a respeito o voto do relator, acompanhado à unanimidade.

proporção como critério de adequação), e da contribuição do agente na evolução e crescimento da empresa, com sua permanência nela. É óbvio, portanto, que os requisitos para aquisição das “stock options” são diversos aos das opções negociadas no mercado, pois as “stock options” se prestam a colocar os trabalhadores, enquanto tais, na posição *próxima* ou *alinhada* aos *interesses de principal*. Caso contrário, não seria um instrumento de viabilização de incorporação da visão da empresa, e de alinhamento de interesses. Não por menos, como já dito, nas “stock options”, o sacrifício econômico é *dos acionistas*, que sofrem diluição de sua participação societária, e não da empresa, da qual não há nem haverá nenhuma saída de caixa. O que há para a empresa é somente o custo de oportunidade, que, teoricamente, nem deveria ser reconhecido como despesa – aliás, é de se discutir se mesmo esse custo de oportunidade é da empresa ou dos acionistas.

Para se visualizar as “stock options” como remuneração em senso estrito, “i.e.”, como retribuição pelo trabalho, é necessário que a análise dos elementos *risco* e *onerosidade* se dê em face da *possibilidade de exercício* das “stock options”. Ou seja, risco e onerosidade devem estar *atrelados* ao exercício das “stock options”. Do contrário, como se cogitar de remuneração em senso estrito, na qual deve ser inerente a *efetiva* mais-valia obtível, ainda mais se considerando que o trabalhador terá de *pagar* para obter as ações? Isso fica mais evidente à vista da *base de cálculo* da contribuição previdenciária, consoante pacificado no CARF, segundo o qual ela (base de cálculo da contribuição previdenciária) é a diferença positiva entre o valor de mercado da ação, no dia do exercício das “stock options” e seu preço de exercício. A onerosidade e o risco se *atrelam*, pois, ao exercício das “stock options” ou, analiticamente, ao período que medeia a sua outorga e seu exercício. E a presença de risco e onerosidade nos termos expostos parece de rigor, diante de uma relativa equivalência entre o valor de mercado das ações no momento da outorga das “stock options” e seu preço de exercício. Some-se a isso a existência, em muitos casos, de “lock up”, em que as ações adquiridas, ou parte delas, não podem ser alienadas. *Divorciar* o risco e a onerosidade relativos às “stock options” das ações subjacentes é, com a devida vênia, *contrariar a própria base de cálculo* da contribuição previdenciária e, portanto, a essência do fato gerador. Associe-se a isso as demais características das “stock options”, as quais refletem a justificativa e os objetivos de tal instrumento.

Por outro lado, a natureza mercantil das “stock options” foi reconhecida no Acórdão 2401-005.729 (11/09/18). Neste acórdão, o relator discorreu sobre a causa típica da concessão das “stock options”, reveladora de sua incompatibilidade com retribuição por trabalho prestado (remuneração em senso estrito), afirmando que a outorga das “stock options” não tem como consequência inflexível sua caracterização como remuneração em senso estrito. Em seguida, o relator concluiu que não houve no lançamento análise minuciosa do caso concreto que denunciasse a descaracterização ou o desvirtuamento do caráter mercantil das “stock options”. Observou que, em outro lançamento, fundado nos mesmos planos de opções, considerou-se ocorrido o fato gerador quando as “stock options” se tornaram “vested”, e que o lançamento objeto deste acórdão reconheceu que o fato gerador só se dá no exercício das opções. Assim, adicionalmente, firmou entendimento de que houve ofensa ao artigo 146 do CTN, implicando vício substancial do lançamento, por mudança de critério jurídico do aspecto temporal do fato gerador, em relação ao outro lançamento que, embora relativo a outros períodos, fundaram-se nos mesmos fatos continuados, pois relativos aos mesmos planos de ações. Além disso, acusou o erro da base de cálculo, ao se considerar como tal o valor justo das “stock options” (na data de sua outorga), em vez da diferença entre o valor de mercado das ações na data de exercício das “stock options” e seu preço de exercício. O julgamento se deu por unanimidade, mas 3 dos 8 conselheiros votaram pelas conclusões, ou, sendo preciso, pelo último dos fundamentos aduzidos pelo relator (vício substancial do lançamento por erro da base de cálculo) – como se constata da declaração de voto de um desses conselheiros.

Aliás, curiosamente um dos únicos casos em que a 2ª Seção de Julgamento do CARF reconheceu a natureza mercantil das “stock options” é o presente no Acórdão 2401-005.729, cujo contribuinte é BM&F BOVESPA S.A. - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS, isto é, exatamente o contribuinte contra o qual foi lançado o IRRF no presente caso.

Dessa forma, se for entendido aqui na 1ª Seção de Julgamento do CARF que as presentes “stock options” possuem natureza remuneratória, estaremos diante de uma decisão que é incoerente com decisão que analisou o mesmo plano de “stock options” na 2ª Seção de Julgamento do CARF. Logo, cria-se aquela situação contraditória na qual contribuinte eventualmente perde em todas as pontas, cada qual com um fundamento.

Para piorar a situação, caso seja entendido aqui na 1ª Seção de Julgamento do CARF que as presentes “stock options” possuem natureza remuneratória, estaremos sendo mais conservadores do que a Justiça do Trabalho, que vem reiteradamente decidindo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que as “stock options” não possuem natureza remuneratória.

Como se viu, embora as decisões recentes do CARF tenham entendido, em sua quase totalidade, pela natureza salarial das “stock options”, cumpre salientar que em alguns casos os créditos tributários não foram mantidos em função de erros ou vícios no aspecto temporal do fato gerador da contribuição previdenciária ou na sua base de cálculo. Erro no aspecto temporal do fato gerador ou na determinação de sua base de cálculo são vícios substanciais atinentes ao artigo 142 do CTN, fulminando o lançamento, por nulidade material, e não formal.

Assim, no Acórdão 2402-005.011 (17/02/16), o lançamento foi cancelado, por unanimidade, ao se considerar ocorrido o fato gerador das contribuições previdenciárias na data imediatamente posterior ao “vesting period”, e não na data do exercício das “stock options” (ou na data após o “lock up”). Ademais, o lançamento mensurou a base de cálculo pela diferença entre o valor de mercado das ações/units na citada data e o valor de exercício das “stock options”.

No Acórdão 2402-005.781 (06/04/16), apesar de se entender que as “stock options” possuem natureza salarial, o lançamento foi considerado improcedente. Isto, pois o lançamento elegeu como base de cálculo o valor justo das “stock options” no momento de sua outorga (registradas como despesas), em vez de mensurar a base de cálculo pela diferença entre o valor de mercado das ações, no momento do exercício das opções, e o preço de seu exercício; e também por reputar ocorrido o fato gerador no momento da concessão das “stock options”, em vez de reconhecer o aperfeiçoamento do fato gerador com e no momento do exercício das “stock options”. Embora figure no dispositivo do acórdão que a decisão se deu por maioria, não consta quem teria votado em sentido contrário nessa matéria.

No Acórdão 2301-004.973 (04/04/17), foi considerado como base de cálculo a soma do valor justo das “stock options” no momento de sua concessão (registradas como despesa) com a redução ocorrida no preço de exercício das “stock options” originalmente fixado, sendo que o entendimento da relatora era no sentido de que a base de cálculo das “stock options” seria a diferença entre o valor desembolsado pelo participante do plano e o valor da ação no mercado, no momento do exercício da opção. Como consequência da adoção de tal critério no lançamento, apesar de a relatora considerar que as “stock options” têm natureza salarial, ela entendeu que o lançamento continha vício material e deu provimento ao recurso voluntário, no que foi seguida pela maioria dos julgadores (alguns pelas conclusões).

Nos Acórdãos 2301-005.771 (05/12/18), 2401-005.990 (12/02/19)³⁹ e 2301-005.988 (09/04/2019), também se entendeu pela natureza salarial das “stock options”, mas o crédito tributário foi exonerado, por unanimidade, uma vez que o lançamento tributário teria partido da equivocada premissa de que o fato gerador seria a data de vencimento da carência (“vesting period”), e não a data do exercício das “stock options”. Além disso, não houve comprovação pela autoridade fiscal do efetivo exercício do direito de ações.

Nota-se, pois, que os julgamentos do CARF acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre as “stock options” têm sido, em quase sua totalidade, no sentido de que elas possuem natureza salarial, implicando a incidência de contribuição previdenciária sobre tais valores. O critério temporal da contribuição previdenciária sobre “stock options” se dá no momento do exercício das opções pelo beneficiário, sendo que a base de cálculo seria a diferença entre o preço pago pelo exercício das opções e o valor de mercado das ações naquele momento.

Aqui é possível observar que uma visão conservadora tributária pode fazer com que o instituto das “stock options” deixe de ser utilizado. A título de ilustração, entre 2018 e 2020, era comum no centro expandido da cidade de São Paulo aplicativos de bicicletas e patinetes elétricos compartilhados. A normatização municipal foi tão detalhada, que estrangulou a oferta de tais meios de locomoção, de forma que tais aplicativos deixaram de existir.

Tal visão conservadora pode ter o mesmo efeito no que tange às “stock options”, mas com um fator ainda pior. No caso das “stock options”, não está havendo uma regulamentação a estrangular o instituto, mas precedentes administrativos “a posteriori” que estão tirando toda a atratividade do instituto.

No âmbito do Poder Legislativo, quando da discussão do Marco Legal das Startups, houve até uma subemenda Substitutiva Global ao Projeto de Lei Complementar n. 146/19, de autoria do deputado federal Vinicius Poit, no seguinte sentido:

CAPÍTULO VII

DAS OPÇÕES DE SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES (Stock Options)

Art. 16. A remuneração poderá ser complementada com bônus que levem em consideração a eficiência e a produtividade da empresa, do empregado ou do time de empregados, ou outros objetivos e parâmetros que as partes vierem a acordar, incluindo a remuneração decorrente da outorga de opção de compra de ações (stock options), nos termos do art. 17 e 18 da presente lei.

Art. 17. O art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar

com os dispositivos:

"Art. 28 (...) § 12 Considera-se remuneração do empregado e do contribuinte individual o valor justo atribuído conforme as normas contábeis à opção de compra de ações, outorgada de acordo com o artigo 168, §3º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não sendo tratado como remuneração qualquer outro benefício decorrente do exercício de tal opção"

Art. 17. O art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar

com os dispositivos:

"Art. 28 (...) § 13 A remuneração prevista no parágrafo anterior será considerada paga, devida ou creditada no momento do exercício da

³⁹ Em relação a estes 2 últimos acórdãos, vide notas de rodapé anteriores.

opção de compra de ações, outorgada de acordo com o artigo 168, §3º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Dessa forma, havia uma proposta de lei que alteraria a lei do custeio da previdência social, isto é, a Lei n. 8.212/91, demarcando uma natureza remuneratório, mas não da diferença entre o valor de mercado da ação adquirida por meio da opção de compra da ação e o “strike price”, mas sim do “valor justo” atribuível à opção que foi conferida ao colaborador da empresa, valor este muito menor do que o valor da ação. E considerando que não necessariamente se sabe no momento da concessão da opção se haverá ou não o exercício da opção, a lei fixava como critério temporal da contribuição previdenciária o momento em que a opção de ação era exercida. Isto é, o fato gerador da contribuição se dava com o exercício da opção e a base de cálculo da referida contribuição era o valor justo atribuído contabilmente à opção no momento de sua concessão anos atrás.

Ainda que eu entenda que no presente caso, a “stock option” tenha claramente um caráter mercantil (conforme inclusive já havia decidido a 2ª Seção de Julgamento do CARF ao avaliar as “stock options” da BM&F BOVESPA) e portanto não seria uma remuneração passível de tributação pela contribuição previdenciária, entendo que a solução presente na proposta de lei acima citada não era de todo ruim, pois se há algo que eventualmente poderia ser enquadrado como remuneração, esta seria a opção concedida no momento de instituição do plano de “stock options” e ela somente se tornaria efetivamente recebida pelo beneficiário no momento em que fosse exercida a opção.

Do momento de incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física sobre “Stock Options”

No tocante à tributação pelo imposto de renda da pessoa física (IRPF), cumpre notar que o critério material do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é auferir renda e proventos de qualquer natureza, sendo que o seu critério temporal diz respeito ao momento de percepção dos rendimentos pela pessoa física.

Nos casos em que as ações (e não as opções de ações) são oferecidas gratuitamente para os seus beneficiários, como acontece no caso das ações restritas, o IRPF é devido, mensalmente, pela metodologia do recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), conforme a tabela progressiva mensal do imposto de renda, sendo que tais rendimentos ainda serão levados em conta quando da declaração do ajuste anual⁴⁰.

Nesse diapasão, em caso envolvendo a concessão de ações de companhia estrangeira a beneficiário que é funcionário de pessoa jurídica brasileira integrante do mesmo grupo econômico, a Receita Federal do Brasil se manifestou por meio da Solução de Consulta DISIT n. 175/10 da SRRF da 6ª Região Fiscal que tal concessão constitui rendimento tributável da pessoa física, pelo valor que as ações tiverem na data da percepção. Quando tais ações forem alienadas, haverá apuração de ganho de capital.

No entanto, quando houver onerosidade no tocante ao exercício da opção de compra da ação, resta dúvida sobre qual seria a forma e o momento de tributação pelo imposto de renda, de forma que há autuações entendendo que a tributação do IRPF deve acontecer em diferentes fases dos planos de concessão de “stock options”.

Desse modo, a partir dos lançamentos tributários que foram revisados no âmbito do CARF, verifica-se que a grande discussão é se: (i) as “stock options” são tributadas no momento em que são exercidas, isto é, na fase de aquisição das ações pelo beneficiário, hipótese

⁴⁰ PINTO, Alexandre Evaristo. *Carf analisa o momento de incidência do IRPF sobre stock options*. Revista Consultor Jurídico, 6 de março de 2019, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/direto-carf-carf-analisa-momento-incidencia-irpf-stock-options>

na qual elas seriam considerados rendimentos tributáveis sujeitos ao recolhimento mensal obrigatório; ou (ii) as “stock options” são tributadas no momento em que as ações decorrentes do exercício da opção são alienadas, ou seja, na fase de venda das ações pelo beneficiário, hipótese na qual a alienação das ações é tributada como ganho de capital.

Além disso, partindo-se da premissa de que as “stock options” são tributadas na fase de aquisição das ações, ora as autoridades fiscais consideraram como base de cálculo do imposto de renda a diferença entre o preço de exercício da opção de compra da ação e o valor de mercado da ação na data de exercício, ora as autoridades consideraram o valor justo das “stock options” no momento de sua outorga, e, assim, o valor reconhecido como despesa da empresa, nos termos do já comentado Pronunciamento Técnico CPC n. 10 (R1).

No Acórdão 2301-005.752, julgado em 08/11/2018, entendeu-se, por maioria de votos, que a diferença positiva entre o valor de mercado da ação no dia do exercício da opção de compra e o valor pago para o exercício da opção constituiria provento de qualquer natureza, isto é, um acréscimo patrimonial.

Tal acréscimo patrimonial teria ocorrido quando o beneficiário exerce a opção de compra pelo valor inferior ao que ação vale segundo a sua cotação de mercado, de modo que se considerou que a tributação se dá na fase de aquisição das ações.

Em sentido contrário ao entendimento majoritário dos conselheiros julgadores no referido julgamento, o voto vencido (escrito coincidentemente por este conselheiro) considerou que não há que se falar em aquisição de disponibilidade de renda da pessoa física antes do momento de venda das ações adquiridas. Assim, a potencial renda decorrente do exercício da opção de compra da ação somente seria realizada com a alienação da ação, sendo tributada enquanto ganho de capital. Some-se a isso o fato de que a pessoa física é tributada, como regra geral, pelo regime de caixa.

Por fim, destaque-se que, no referido caso, entendeu-se que o montante pago pelo contribuinte a título de imposto de renda sobre o ganho de capital poderia ser compensado com o tributo objeto do lançamento.

No Acórdão 2301-005.761, julgado em 03/12/2018, o entendimento manifestado pela Turma foi semelhante ao do Acórdão 2301-005.752, embora tenha sido dado provimento total, por maioria de votos, ao Recurso Voluntário.

Ocorre que na autuação fiscal, embora o lançamento do IRPF também tenha levado em consideração o momento do exercício da opção, ele teve como base de cálculo o valor justo das “stock options” no momento de sua outorga.

Assim, a Turma entendeu que a base de cálculo deveria ser a diferença entre o preço de exercício da opção e o valor de mercado das ações (vigente no momento do efetivo exercício).

O Acórdão 2201-004.815, julgado em 05/12/2018, seguiu o mesmo entendimento consagrado no citado Acórdão 2301-005.752.

Entendemos que a inteligência adequada acerca do fato gerador de IRPF está com o mencionado voto vencido do Acórdão 2301-005.752. Nos casos aventados, não conseguimos atinar com a concreção do pressuposto fático de incidência de IRPF.

O fato gerador do IRPF implica *realização (da renda)*, a qual tem em sua base a *transação com terceiros* (o maior sancionador da mais-valia é o mercado, que a torna concreta), com um *ato de disposição*⁴¹.

Nos mencionados casos, houve transação com terceiros, mas somente com *ato de aquisição* (exercício das “stock options” ou compra das ações), o que é insuficiente para se considerar realizada a renda correspondente à diferença entre o preço de exercício das “stock

⁴¹ Por parte de quem escoia (transmissão) a mais-valia.

options” e o valor de mercado das ações, na data daquele exercício. Para a *realização da renda* (e, pois, a aquisição da renda com o qualificativo de sua *disponibilidade econômica ou jurídica* – artigo 43 do CTN), mensurada nos referidos termos (ou segundo o valor de mercado na data do ato de disposição das ações, em dia diverso ao do exercício das “stock options”), é necessário – e suficiente – *transação com terceiros* (“i.e.”, no mercado), com o *ato de disposição* das ações adquiridas com o exercício das “stock options”. Só com sua alienação ou outro ato de disposição (realização do ativo), tem-se por *realizada* a renda da pessoa física, e, pois, por ocorrido o *fato gerador de IR* da pessoa física. Isto, seja em face dos artigos 2º, 3º, *caput*, §§ 1º e 4º, 7º e 8º da Lei n. 7.713/88 c/c o artigo 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.250/95⁴² e alterações posteriores (rendimentos sujeitos à tabela progressiva, com ou sem retenção de IRF), seja por conta dos artigos 3º, § 2º e 19 da Lei n. 7.713/88 c/c o artigo 21 da Lei n. 8.981/95⁴³ (ganho de

⁴² Lei n. 7.713/88: “Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

[...]

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

[...]

Art. 7º Ficam sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei:

I - os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas;

II - os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

§ 1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.

Art. 8º Fica sujeito ao pagamento do imposto de renda, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei, a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos e ganhos de capital que não tenham sido tributados na fonte, no País.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica, também, aos emolumentos e custas dos serventuários da justiça, como tabeliães, notários, oficiais públicos e outros, quando não forem remunerados exclusivamente pelos cofres públicos.

§ 2º O imposto de que trata este artigo deverá ser pago até o último dia útil da primeira quinzena do mês subsequente ao da percepção dos rendimentos.”

Lei n. 9.250/95: “Art. 3º O imposto de renda incidente sobre os rendimentos de que tratam os [arts. 7º, 8º e 12, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988](#), será calculado de acordo com a seguinte tabela progressiva em Reais:

[...]

Parágrafo único. O imposto de que trata este artigo será calculado sobre os rendimentos efetivamente recebidos em cada mês.”

⁴³ Lei n. 7.713/88: “Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

[...]

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

[...]

Art. 19. Valor da transmissão é o preço efetivo de operação de venda ou da cessão de direitos, ressalvado o disposto no art. 20 desta Lei.

capital), seja à vista do artigo 72 da Lei n. 8.981/95 c/c o artigo 2º, *caput*, I, da Lei n. 11.033/04⁴⁴ (ganhos líquidos de renda variável – operações em bolsas). *Esses dispositivos legais consagram, nos diversos regimes de IR da pessoa física, a tributação da renda realizada segundo o que conhecemos por regime de caixa.*

Em que pese a consideração ora expendida, nota-se que os primeiros julgamentos do CARF relativos ao IRPF sobre as “stock options” têm sido no sentido de que o beneficiário das opções de ações auferidas sofre acréscimo patrimonial tributável pelo imposto de renda quando exerce a opção de compra, sendo que a base de cálculo é a diferença entre o preço do exercício e o valor de cotação da ação na data do exercício.

Mais uma vez, me parece bastante incoerente com a própria sistemática da tributação do IRPF uma tributação de uma mera expectativa de ganho em decorrência do exercício da opção de compra de uma ação por um “strike price”, que é inferior à cotação da ação adquirida na bolsa de valores.

É como se os precedentes do CARF tivessem instituído uma figura correlata ao “ganho por compra vantajosa”, existente na normatização contábil e tributária (Pronunciamento Contábil n. 15 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, Decreto-lei n. 1.598/77 e Lei n. 12.973/14) quando da aquisição de participação societária (ou até de negócios nos termos do CPC 15) por valor inferior ao valor justo de tal participação.

Ocorre que o reconhecimento do “ganho por compra vantajosa” pela pessoa jurídica adquirente está tipificado em lei e o reconhecimento na pessoa física (que é tributada pelo regime de caixa) de ganho em virtude de se estar pagando um “strike price” menor do que a cotação da ação não está em lei, sequer em ato infralegal, mas é uma construção da fiscalização (como parte do Poder Executivo) e que vem sendo referendada pelo CARF.

Ou seja, estamos diante da tributação de uma expectativa de ganho por compra vantajosa da pessoa física estabelecida sem amparo em lei.

Somente haverá ganho por parte da pessoa física no momento em que o contribuinte pessoa física aliena as ações adquiridas pelo valor do “strike price” por um valor de

Parágrafo único. Nas operações em que o valor não se expressar em dinheiro, o valor da transmissão será arbitrado segundo o valor de mercado.”

Lei n. 8.981/95: “Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda, com as seguintes alíquotas: [...]”

⁴⁴ Lei n. 8.981/95: “Art. 72. Os ganhos líquidos auferidos, a partir de 1º de janeiro de 1995, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados pelo Imposto de Renda na forma da Legislação vigente, com as alterações introduzidas por esta lei.

§ 1º A alíquota do imposto será de dez por cento, aplicável sobre os ganhos líquidos apurados mensalmente.

§ 2º Os custos de aquisição dos ativos objeto das operações de que trata este artigo serão:

a) considerados pela média ponderada dos custos unitários;

b) convertidos em Real pelo valor de R\$ 0,6767, no caso de ativos existentes em 31 de dezembro de 1994, expressos em quantidade de Ufir.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também:

a) aos ganhos líquidos auferidos por qualquer beneficiário, na alienação de ouro, ativo financeiro, fora de bolsa;

b) aos ganhos líquidos auferidos pelas pessoas jurídicas na alienação de participações societárias, fora de bolsa.

§ 4º As perdas apuradas nas operações de que trata este artigo poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos nos meses subsequentes, em operações da mesma natureza.[...]”

Lei n. 11.033/04: “Art. 2º O disposto no art. 1º desta Lei não se aplica aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros, e assemelhadas, inclusive day trade, que permanecem sujeitos à legislação vigente e serão tributados às seguintes alíquotas:

I - 20% (vinte por cento), no caso de operação day trade;

II - 15% (quinze por cento), nas demais hipóteses.”

mercado maior. Aí é que termos a tributação de tal acréscimo patrimonial na forma de ganho de capital da pessoa física.

Mais uma vez, hipoteticamente falando, se fôssemos ter algum tipo de acréscimo patrimonial na pessoa física antes da alienação das ações para terceiro somente poderia se admitir um ganho decorrente do recebimento da opção de compra de ações no momento de outorga das “stock options”.

No âmbito do Poder Legislativo, quando da discussão do Marco Legal das Startups, houve até uma subemenda Substitutiva Global ao Projeto de Lei Complementar n. 146/19, de autoria do deputado federal Vinicius Poit, no seguinte sentido:

DAS OPÇÕES DE SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES (Stock Options) (...)

Art. 18 O art. 3º, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, passa a vigorar com o seguinte dispositivo:

*“Art. 3º (...) § 7º **Integrará o rendimento bruto o ganho relativo ao valor justo atribuído conforme as normas contábeis à opção de compra de ações, outorgada de acordo com o artigo 168, §3º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não sendo tratado como ganho qualquer outro benefício decorrente do exercício de tal opção**”.*

Art. 18 O art. 3º, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, passa a vigorar com o seguinte dispositivo:

*“Art. 3º (...) § 8º **O ganho previsto no parágrafo anterior será apurado no momento do exercício da opção de compra de ações, outorgada de acordo com o artigo 168, §3º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**”.*

Art. 19. As regras nos artigos 18 e 19 da presente lei também se aplicam na hipótese em que as opções de compra de ações forem outorgadas a empregados e similares da pessoa jurídica contratante por pessoa jurídica a ela ligada, domiciliada no Brasil ou no exterior.

Dessa forma, em tal projeto de lei constava expressamente que o eventual ganho do contribuinte seria o montante da opção pelo valor justo que ela foi contabilizada no momento de outorga das “stock options”, sendo que somente poderia ser determinado tal acréscimo patrimonial se houvesse o exercício da opção em anos posteriores.

Diante do exposto, considerando que entendo que é errônea a tributação do IRPF no momento de exercício da opção de compra da ação conferida no âmbito de um plano de “stock options” pelo valor da diferença entre o valor de mercado da ação e o valor do “strike price”, tampouco há que se falar em IRRF, como na presente autuação.

Da inexistência de pagamento e, portanto, da impossibilidade de ocorrência do fato gerador do IRRF

Uma prática bastante comum em alguns setores econômicos, sobretudo no comércio e na indústria, é a alienação com desconto de produtos ou mercadorias produzidos ou comercializados pela empresa para seus funcionários.

Isso acontece desde o ambiente de lojas de roupa que alienam suas roupas com desconto para seus funcionários até no ambiente de indústrias automobilísticas que alienam seus veículos com desconto para seus funcionários.

Na hipótese em que uma indústria automobilística conceda um desconto de 20% na venda de veículos para seus funcionários e que o valor de um determinado veículo seja R\$

150 mil, temos que a referida indústria alienará o veículo para seu funcionário por R\$ 120 mil (80% do valor de venda do veículo no mercado).

Ninguém em sã consciência diria que a diferença de R\$ 30 mil deveria ser considerada uma transferência de renda da empresa para seu funcionário a título de remuneração, exigindo-se a cobrança de tal montante como ganho da pessoa física pelo IRPF no momento em que esta adquiriu o veículo por R\$ 120 mil, assim como deveria ser lançada uma multa isolada em virtude do não recolhimento de IRRF sobre a base de R\$ 30 mil pela empresa que alienou o veículo.

Explico. A tributação sobre tais montantes pressuporia que a empresa virtualmente pagou R\$ 30 mil a seu funcionário para que este adquirisse o veículo pelo seu valor de mercado de R\$ 150 mil, pagando R\$ 120 mil com dinheiro “de verdade” e os demais R\$ 30 mil com esse dinheiro virtual.

Ocorre que inexistiu tal “pagamento virtual” e inexistindo pagamento não há que se falar em transferência de renda passível de tributação pelo IRRF.

Tal forma de tributação seria ainda contrária à lei, uma vez que a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece que não seria possível efetuar descontos sobre a remuneração dos empregados e quando houver acesso a mercadorias (“armazéns”) ou serviços mantidos pela empresa, as mercadorias e os serviços deverão possuir preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefícios dos empregados, conforme segue:

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado. (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços estimados a proporcionar-lhes prestações " in natura " exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 3º - Sempre que não fôr possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela Empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando a que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 4º - Observado o disposto neste Capítulo, é vedado às empresas limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de dispôr do seu salário. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Ou seja, a própria CLT reconhece que mercadorias produzidas ou revendidas pela empresa poderão ser oferecidas aos funcionários por valores mais baixos e isto se dá em virtude de tais vendas poderem ser feitas pelo custo (sem intuito de lucro) e em benefício dos empregados.

Logo, as diferenças a menor pagas pelos funcionários quando da aquisição de roupas, carros ou quaisquer outras mercadorias ou produtos revendidos ou produzidos pelos seus empregadores não é renda.

Diferente não é a situação da concessão da opção de compra de ações no âmbito de um plano de “stock options”, uma vez que o fato de haver uma promessa de venda por parte da empresa por um valor fixo no futuro para que o funcionário possa exercer ou não essa opção de compra não configura um pagamento. Primeiro porque no momento inicial sequer há certeza de que o valor da promessa de venda (sob a ótica da empresa) será menor do que o valor de mercado da ação no futuro. Segundo porque a própria CLT permitiria que os produtos da empresa fossem revendidos por um preço menor a seus funcionários. Vale lembrar que no caso concreto, estamos falando inclusive de opções de compra de ações da bolsa de valores, de forma que é possível entender que as ações fazem parte do próprio negócio de uma bolsa de valores.

Com a devida vênia ao entendimento que tem preponderado no âmbito do CARF no que tange ao IRPF e que foi de certa forma replicado aqui com relação ao IRRF, trata-se de hipótese de renda imputada não prevista em lei.

A renda imputada é um dos temas mais instigantes da teoria do imposto de renda, uma vez que se configura uma tributação sobre uma renda não auferida. Sob a ótica da renda na economia, um dos conceitos mais importantes é o de Haig-Simons, que abrangeria os valores consumidos durante o período somados aos acréscimos patrimoniais líquidos⁴⁵.

No âmbito do direito brasileiro, o artigo 23, VI, da Lei n. 4.506/64 estabeleceu que o valor locativo do prédio urbano construído quando cedido seu uso gratuitamente será classificado como rendimento de aluguel⁴⁶.

Nesse sentido, tal dispositivo foi regulamentado nos artigos 49, §1º, do RIR/99⁴⁷ e 41, §1º, do RIR/18, que determinaram que, na hipótese de imóvel cedido gratuitamente, constitui rendimento tributável na declaração de ajuste anual o equivalente a 10% do seu valor venal, ou do valor constante da guia do IPTU correspondente ao ano-calendário da declaração.

Vale notar que o artigo 6º, III, da Lei n. 7.713/88 previu a isenção do valor locativo do prédio construído, quando ocupado por seu proprietário ou cedido gratuitamente para uso do cônjuge ou de parentes de primeiro grau⁴⁸, sendo que tal dispositivo foi reafirmado nos artigos 39, IX, do RIR/99⁴⁹ e 35, VII, “b”, do RIR/18⁵⁰.

⁴⁵ SIMONS, Henry C. Personal Income Taxation: The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy. Chicago: University of Chicago Press, 1938, p. 49-51.

⁴⁶ Lei n. 4.506/64: “Art. 23. Serão classificados como aluguéis ou "royalties" tôdas as espécies de rendimentos percebidos pela ocupação, uso, fruição ou exploração dos bens e direitos referidos nos artigos 21 e 22, tais como: (...) VI - o valor locativo do prédio urbano construído, quando cedido seu uso gratuitamente”.

⁴⁷ RIR/99: “Art. 49. São tributáveis os rendimentos decorrentes da ocupação, uso ou exploração de bens corpóreos, tais como: (...)

§ 1º Constitui rendimento tributável, na declaração de rendimentos, o equivalente a dez por cento do valor venal de imóvel cedido gratuitamente, ou do valor constante da guia do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU correspondente ao ano-calendário da declaração, ressalvado o disposto no inciso IX do art. 39”.

⁴⁸ Lei n. 7.713/88: “Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...)

III - o valor locativo do prédio construído, quando ocupado por seu proprietário ou cedido gratuitamente para uso do cônjuge ou de parentes de primeiro grau;”.

⁴⁹ RIR/99: “Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (...)

IX - o valor locativo do prédio construído, quando ocupado por seu proprietário ou cedido gratuitamente para uso do cônjuge ou de parentes de primeiro grau;”.

⁵⁰ RIR/18: “Art. 35. São isentos ou não tributáveis: (...)

VII - os seguintes rendimentos diversos: (...)

Tal modalidade de tributação não passou ilesa a críticas da doutrina, dado que a tributação dessa possível “renda imputada” não seria compatível com o nosso ordenamento jurídico, sobretudo com o Código Tributário Nacional (CTN).

Nessa linha, a referida matéria já foi inclusive objeto de análise na coluna “Consultor Tributário”, em artigo de autoria de Hugo de Brito Machado Segundo⁵¹, para o qual inexistia aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de qualquer acréscimo patrimonial na cessão de gratuita de imóvel, não havendo que se falar em renda sobre montantes que o contribuinte “deixou de receber” em virtude de cessão gratuita de imóvel ou sobre serviços prestados sem contraprestação.

Miguel Gutierrez afirma que a referida tributação equivale a tributar a renda potencial ou a capacidade de adquirir renda, não se tratando de uma tributação de um acréscimo patrimonial efetivo, de modo que a norma brasileira parte da premissa de que toda cessão gratuita de imóvel acoberta uma locação por meio de uma presunção absoluta de ocorrência da renda⁵².

Nesse sentido, Fabiana Carsoni também assinala a incompatibilidade entre a tributação pelo IRPF do valor locativo de imóvel cedido gratuitamente e o artigo 43 do CTN, visto que este dispositivo somente admite a tributação de renda realizada, isto é, de renda cuja disponibilidade esteja adquirida⁵³.

A referida autora destaca ainda que a determinação do valor locativo do imóvel prevista no Regulamento do Imposto de Renda (10% do valor venal ou da guia do IPTU) não possui amparo legal⁵⁴.

Por mais que a renda imputada possa se justificar no âmbito teórico em uma noção de justiça fiscal, é fundamental que ela tenha previsão expressa de sua aplicação e que ela seja juridicamente compatível com o ordenamento jurídico.

Ainda que haja previsão de renda imputada no caso de cessão gratuita de bem imóvel por pessoa física, inexistia qualquer outra hipótese em nosso ordenamento jurídico. Ademais, ainda que houvesse uma disposição, a renda imputada é incompatível com o conceito de renda adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual pressupõe um acréscimo patrimonial definitivo no patrimônio do titular da renda, sendo que no exercício de uma opção de compra e respectiva aquisição de uma ação pelo “strike price”, não há garantia nenhuma de que a pessoa física irá obter necessariamente a diferença entre o valor pago pela ação e o valor de mercado daquela ação, situação que se torna ainda mais acentuada nos cenários em que há cláusula de “lock up”.

b) o valor locativo do prédio construído, quando ocupado por seu proprietário ou cedido gratuitamente para uso do cônjuge ou de parentes de primeiro grau;”.

⁵¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Uma estranha tributação de rendimentos inexistentes. *Conjur.* 13 de março de 2019, 13h52. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-13/consultor-tributario-estranha-tributacao-rendimentos-inexistentes>

⁵² GUTIERREZ, Miguel Delgado. Da Renda Imputada. *Revista Direito Tributário Atual* n. 23. São Paulo: IBDT/Dialética, 2009. p. 364-365.

⁵³ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. A Tributação da Renda na Cessão Gratuita de Uso de Imóveis, prevista no art. 24, inciso VI, da Lei n. 4.506/1964: Renda Imputada ou Cláusula Especial Antiabuso. *Revista Direito Tributário Atual* n. 39. São Paulo: IBDT, 2018. p. 150-153.

⁵⁴ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. A Tributação da Renda na Cessão Gratuita de Uso de Imóveis, prevista no art. 24, inciso VI, da Lei n. 4.506/1964: Renda Imputada ou Cláusula Especial Antiabuso. *Revista Direito Tributário Atual* n. 39. São Paulo: IBDT, 2018. p. 150-153.

A aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda requerida pelo artigo 43 do CTN somente ocorrerá no momento em que a pessoa física aliena as ações por um valor superior ao valor de custo.

E se tudo isso não fosse o bastante, o regime jurídico de tributação do IRPF se dá pelo regime de caixa nos termos do artigo 2º da Lei n. 7.713/88, que dispõe que “o imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos”.

Portanto, torna-se totalmente criticável o entendimento que vem se consolidando no CARF, uma vez que: (i) inexistente transferência de renda da pessoa jurídica para a pessoa física pelo fato do plano de “stock options” autorizar a compra das ações por um “strike price”; (ii) o caráter mercantil do plano fica evidente, uma vez que não necessariamente o “strike price” será maior que o valor de mercado da ação; (iii) tributar a diferença do preço de cotação da ação e o “strike price” equivale a tributar uma renda virtual ou imputada que não decorre de transações efetivadas, mas meras expectativas de ganhos; (iv) a renda imputada deveria ter previsão expressa, o que não existe no caso concreto; (v) a renda imputada é incompatível com o artigo 43 do CTN; (vi) a tributação da pessoa física é feita com base no regime de caixa no que tange ao momento de tributação da renda; e (vii) inexistente previsão de algo semelhante ao “ganho por compra vantajosa” na pessoa física, uma vez que na pessoa jurídica há norma contábil tratando do tema.

Diante de tal cenário, em que inexistente pagamento no caso concreto e muito menos previsão legal de um instituto semelhante ao “ganho por compra vantajosa” no âmbito da tributação da pessoa física, não há que se falar em tributação pela multa isolada do IRRF no presente caso.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto