



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.720085/2013-26
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-005.443 – 2ª Turma
Sessão de 23 de maio de 2017
Matéria 30.634.4140 - Penalidades/Multa Isolada, Falta de retenção/recolhimento pela fonte pagadora.
Recorrente UNIBANCO-UNIAO DE BANCOS BRASILEIROS S.A.
Interessado PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2009

STOCK OPTIONS. NATUREZA REMUNERATÓRIA X MERCANTIL. DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. TRIBUTOS DIFERENTES. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

Restando demonstrado que outro colegiado ao analisar a natureza de plano de stock options ofertado em situações semelhante pela recorrente, atribuiu-lhe natureza diversa, é possível o conhecimento do recurso especial para dirimir dita divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma.

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS NÃO ATENDIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

Não há que se falar em dar interpretação divergente à legislação tributária, quando estão em confronto julgados exarados à luz de arcabouços normativos diversos, regulando incidências diferentes.

Hipótese em que discute-se o momento da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, tendo sido trazido, como acórdão paradigma, decisão em que foram discutidos aspectos do fato gerador de contribuições previdenciárias.

REMUNERAÇÃO BASEADA EM AÇÕES. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Sobre a retribuição pela prestação de serviços na forma de acréscimo patrimonial derivado de ativo financeiro, opções de ações, conferidas a colaboradores vinculados à pessoa jurídica, incide imposto de renda, devendo ele ser retido pela fonte originária do acréscimo a esse direito.

IMPOSTO DE RENDA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO PELA FONTE PAGADORA. MULTA ISOLADA APLICÁVEL.

Encerrado o prazo para entrega da declaração de pessoa física, 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 nº 10.426, de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, tendo ou não os rendimentos sido submetidos à tributação no ajuste.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas quanto (i) à ocorrência do fato gerador pela natureza mercantil ou remuneratória do programa de remuneração por stock options e (ii) à multa isolada, por falta de retenção e recolhimento do Imposto de Renda na Fonte, vencidos os conselheiros Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, João Victor Ribeiro Aldinucci (suplente convocado) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que conheceram integralmente do recurso. Originalmente, nos termos do art. 60 do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 2015, (a) os conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (relator), Maria Helena Cotta Cardozo e Heitor de Souza Lima Júnior haviam votado por conhecer parcialmente do recurso, apenas quanto à multa isolada por falta de retenção e recolhimento do Imposto de Renda na Fonte, (b) a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, havia votado por conhecer parcialmente do recurso, quanto à multa isolada e à ocorrência do fato gerador, pela natureza do programa e (c) os conselheiros Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, João Victor Ribeiro Aldinucci e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri haviam votado por conhecer integralmente do recurso. No mérito, na parte conhecida, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao recuso, vencidos os conselheiros Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, João Victor Ribeiro Aldinucci e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe deram provimento. Votou pelas conclusões a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Solicitaram apresentar declaração de voto as conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Ana Paula Fernandes.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em Exercício e Relator.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Redatora-Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, João Victor Ribeiro Aldinucci (suplente convocado), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício).

Relatório

Trata o presente processo de exigência de multa exigida isoladamente por falta de retenção de Imposto sobre a Renda na Fonte – IRRF, conforme auto de infração de e-fls. 1190 a 1192, cientificado ao contribuinte em 21/02/2013 (e-fl. 1190). O procedimento fiscal com as razões da exigência dele decorrente está descrito no Termo de Verificação Fiscal – TVF, às e-fls. 1194 a 1215, sendo o montante do crédito tributário exigido de R\$ 15.809.054,34.

Os fatos geradores das multas isoladas lançadas foram as remunerações pagas a empregados e pessoas físicas sem vínculo empregatício, na forma de concessão de opções de compra de *units* (Certificado de Depósito de Ações - grupo de ativos negociados em conjunto), *stock options*, sobre as quais não houve a devida retenção do imposto sobre renda pela fonte pagadora.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, o procedimento de remuneração por *stock options* se deu da seguinte forma:

Linha Temporal	
Evento	Características
(1) Outorga da Opção	Concessão gratuita do direito de futura aquisição de opção Condicional à prestação de serviço durante o "prazo de exercício"
(2) Aquisição da Opção (Fato Gerador do IRRF)	Aquisição da opção de compra de ações ou units Gratuita e sem pendência de condição Na proporção de 1/3 das opções outorgadas por ano, após o prazo de 3 anos Retribuição pelo serviço prestado no "prazo de exercício"
(3) Exercício da Opção	Aquisição da Ação ou Unit, pelo preço predefinido na opção adquirida
(4) Alienação da Ação ou Unit	Venda da Ação ou Unit, no mercado

Identificado o fato gerador nos termos acima, a fiscalização apurou a base de cálculo da seguinte forma:

Base de Cálculo
() Preço de Mercado da Unit / Ação
(-) Preço de Exercício da Opção
(=) Valor da Remuneração por Unit / Ação
(*) Qtd. de Opções Outorgadas/Adquiridas
(=) Valor Total da Remuneração (Base de Cálculo)

O auto de infração foi objeto de impugnação pelo contribuinte, em 25/03/2013, anexada às e-fls. 1219 a 1228 dos autos. A impugnação foi apreciada na 10ª Turma da DRJ/SP1 em que, em 04/07/2013, julgou a impugnação improcedente, por unanimidade, mantendo o crédito tributário exigido.

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário, em 20/08/2013, às e-fls. 1286 a 1296. Naquele recurso, argumentou em síntese:

- o plano de opções de compra de ações não tem natureza remuneratória, não se ligando ao contrato de trabalho, buscando apenas reter os colaboradores na empresa e sendo um típico negócio societário, como investimento em um mercado de risco, com os riscos desta natureza de negócio;
- acórdãos da justiça trabalhista têm marcado o entendimento que planos de *stock options* não tem natureza salarial;
- diferentemente do que entendeu a fiscalização, não haveria renda a ser tributada quando do término da carência para o exercício da opção, sem que ela fosse exercida, pois não se realizaria acréscimo patrimonial nesse momento;
- não devem incidir juros de mora sobre a multa aplicada no corrente processo.

Em 23/10/2013, às e-fls. 1325 a 1338, Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário, no qual reafirma o caráter remuneratório das *stock options*, na partir também da análise de cláusulas do plano do banco e também assevera a legalidade da incidência de juros moratórios sobre as multas lançadas.

Apreciando o recurso, a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento veio a prolatar, em 11/02/2015, o acórdão nº 2201-002.685, às e-fls. 1377 a 1400, que foi assim ementado:

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

Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações, caracterizam-se como fato gerador de imposto de renda.

FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. MULTA. CABIMENTO.

É cabível a aplicação da multa sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida, conforme dispõe o art. 9º da Lei n.º 10.426/2002, com a redação dada pelo artigo 16 da Lei nº 11.488/2007.

MULTA PELA FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

É legítima a incidência de juros de mora sobre multa, que constitui espécie do gênero crédito tributário.

O acórdão teve a seguinte redação:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros NATHALIA MESQUITA CEIA e GERMAN ALEJANDRO SAN MARTÍN FERNÁNDEZ, que deram provimento integral ao recurso, inclusive relativamente à multa por falta de retenção na fonte e aos juros de mora sobre ela incidentes. O Conselheiro GUSTAVO LIAN HADDAD declarou-se impedido. Fizeram

sustentação oral pelo Contribuinte o Dr. Ricardo Krakowiak, OAB/SP 138.192 e pela Fazenda Nacional a Dra. Livia da Silva Queiroz. As Conselheiras NATHALIA MESQUITA CEIA e MARIA HELENA COTTA CARDOZO farão declaração de voto.

RE da contribuinte

Cientificada do acórdão acima em 25/05/2015 (fl. 1542), o contribuinte apresentou recurso especial de divergência - RE, às fls. 1544 a 1549, em 09/06/2015.

No RE foram alegadas divergências quanto a três matérias:

- a) momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda nas operações de Stock Options;
- b) não ocorrência do fato gerador do imposto de renda nas operações de Stock Options; e
- c) não cabimento da multa isolada pela falta de retenção e recolhimento do IRRF por parte da fonte pagadora, após o término do prazo de entrega da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física - DIRPF.

Quanto a primeira matéria, indica divergência do momento da ocorrência do fato gerador. Para isso, argumenta que:

(a) o acórdão recorrido entendeu estar correto o critério da autuação, que considerou como ocorrido o fato gerador do IRRF no dia seguinte ao vencimento da carência das opções e que, entretanto;

(b) no acórdão nº 2401-003.891, indicado como paradigma, a 1ª Turma da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento considerou como marco do fato gerador de contribuição social previdenciária a data do exercício em relação às ações outorgadas.

Além do acórdão acima referido, foi apontado também, como um segundo acórdão paradigma divergente, a decisão da mesma Turma, de nº 2401-003.044, na qual se apurou a base de cálculo pela diferença entre o valor de mercado na data do exercício e o preço do exercício.

A segunda matéria recorrida diz respeito a inexistência do próprio fato gerador que, no entendimento da recorrente, não seria remuneração. Nesse sentido, aponta como divergência jurisprudencial, o disposto no acórdão paradigma de nº 2401-003.889 que viu nos *stock options* caráter mercantil e não remuneratório, por trabalhar sobre valor de mercado, liberdade de adesão e risco. Adicionalmente, indica ainda um segundo acórdão paradigma, de nº 2803-03.815, da 3ª Turma especial da Segunda Seção de Julgamento, que também trata de contribuições sociais previdenciárias em plano de *stock option*, com opção de compra.

Por fim, quanto à multa isolada, por falta de retenção e recolhimento do Imposto de Renda na Fonte, o contribuinte entende indevida a multa, por falta de base legal para sua aplicação de forma isolada. Para comprovação da divergência, apresenta paradigmas da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de números 9202-002.288 e 9202-

001.886. Ambos esses paradigmas determinam o afastamento da multa isolada por falta de retenção e recolhimento do imposto de renda, quando não mais for possível exigir-se da fonte pagadora o próprio imposto que deveria ter sido anteriormente retido.

Em análise de admissibilidade do recurso especial do contribuinte, a Presidente da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento emitiu despacho, de fls. 1773 a 1788, em 30/03/2016, no qual deu seguimento parcial ao recurso, apenas no tocante à matéria c): não cabimento da multa isolada por falta de retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte.

Quanto às demais matérias, a) e b), negou-lhes seguimento, por serem os paradigmas referentes ao conceito de salário de contribuição, relativos aos fatos geradores das contribuições sociais previdenciárias, portanto matérias diversas, não fazendo sentido falar em interpretação divergente da lei em casos de legislações distintas.

Em face da negativa parcial de seguimento ao recurso especial, a decisão da Presidente da Câmara foi apresentada ao Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, com base no art. 71, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015 (com a redação anterior à vigência da Portaria MF nº 152 de 03/05/2016, que o modificou), para reexame. O Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais apreciou o recurso, conjuntamente com o despacho da Presidente da Câmara recorrida, e, em sede de reexame, no despacho às e-fls. 1789 e 1790, confirmou as conclusões do exame de admissibilidade, dando seguimento ao recurso apenas quanto à questão da possibilidade de aplicação da multa isolada e negando-lhe seguimento quanto às matérias concernentes (i) ao momento de ocorrência dos fatos geradores e (ii) da própria existência destes.

Contrarrazões da Fazenda Nacional

Cientificada do recurso e dos despachos em 04/04/2016, a Procuradoria da Fazenda Nacional manejou contrarrazões ao recurso especial do contribuinte em 07/04/2016, conforme fls. 1792 a 1800.

Naquele momento, a Fazenda Nacional arguiu apenas a preclusão com relação à discussão da alegada não incidência da multa isolada, sob a alegação de que a matéria não fora expressamente impugnada pelo contribuinte e que que, em sede de recurso voluntário não teria sido sequer contestada. Nesse sentido, argumenta que a insurgência do contribuinte teria se resumido à incidência de juros moratórios sobre a multa.

Mandado de Segurança

Em 22/11/2012, o contribuinte juntou aos autos decisão liminar, no Mandado de Segurança nº 1009212-86.2016.4.01.3400, às e-fls. 1828 a 1833. Naquele *mandamus*, a magistrada determinou que fosse dado seguimento ao recurso especial do contribuinte para que fossem apreciadas, pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, as três matérias que o contribuinte arrolou em seu recurso especial de divergência.

Resolução

Em 23/11/2016, com a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais reunida para apreciação do recurso especial, que havia sido devidamente pautado conforme publicação no Diário Oficial da União, no prazo regimental de dez dias da sessão de julgamento, em face da decisão no mandado de segurança, o relator votou por converter o julgamento do recurso em diligência, para que se desse ciência à Fazenda Nacional da

admissão integral do recurso especial do contribuinte, abrindo-lhe prazo para contrarrazões quanto a todas essas matérias então admitidas.

Contrarrazões complementares da Fazenda Nacional

Cientificada para apresentação de complemento às suas contrarrazões em 12/12/2016, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou seus argumentos em 19/12/2016, às e-fls. 1842 a 1857.

Inicia sua argumentação, procurando demonstrar que as *stock options* são um conjunto de benefícios e vantagens oferecidos aos colaboradores de companhias como parte da retribuição pela execução de tarefas, a lado dos planos de saúde, planos de aposentadoria, bônus e comissões.

Afirma ausência de risco, ou contrato de natureza mercantil, pois não há óbice à venda imediata de metade das ações adquiridas, realizando a diferença entre preço de exercício e o valor de mercado, tendo a outra metade apenas restrição formal a sua venda, na medida que o Comitê pode autorizar a sua realização independentemente do referido prazo de dois anos.

Quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, reafirma o entendimento da fiscalização de que seria o momento de término da condição suspensiva, após ser cumprido o prazo de carência, quando o colaborador obtém efetiva vantagem vinculada a seu liame laboral com a empresa.

É o relatório

Voto Vencido

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator.

O recurso é tempestivo, entretanto, quanto a seu conhecimento, cabem as seguintes colocações.

Do conhecimento do RE

Foi dado integral seguimento ao recurso especial de divergência em razão do Mandado de Segurança nº 1009212-86.2016.4.01.3400 (e-fls. 1828 a 1833), impetrado contra ato do Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais - Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, sem que até o momento haja qualquer decisão que afaste sua eficácia.

Extrai-se da e-fl. 1832 o teor do *mandamus*:

*Ante o exposto, **defiro o pedido** liminar para determinar à Autoridade Impetrada seja dado seguimento integral ao Recurso Especial interposto pelo Impetrante (alíneas "a", "b" e "c") no Processo Administrativo nº 16327.720085/2013-26.*

(Sublinhei, negrito do original.)

Observa-se que (a) o mandado de segurança foi impetrado contra ato monocrático do Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais e que (b) o pedido do contribuinte, então impetrante, objetivou que fosse dado seguimento ao recurso especial interposto, em sua totalidade, conforme se pode observar no primeiro parágrafo da decisão, à e-fl. 1828.

Em sua decisão, a magistrada expôs o seguinte argumento:

Ressalto que o Presidente da Câmara Especial, em reexame de ofício, confirmou a conclusão do Presidente da Câmara recorrida, mantendo a decisão que deu seguimento apenas parcial ao Recurso Especial do impetrante, decisão contra a qual não havia previsão de recurso na via administrativa, devendo a parte interessada se valer da via judicial para buscar o resguardo do direito reputado líquido e certo. Atualmente, o art. 71 da RICARF foi alterado para admitir a interposição de Agravo pela parte prejudicada pela negativa de seguimento do recurso especial.

E conforme bem explicado pela impetrante, a alteração teve por finalidade oportunizar ao interessado a explanação de suas razões para ver revista a decisão obstativa do seguimento do recurso especial, já que a anterior previsão era de reexame de ofício, em que a parte não tinha a faculdade de explanar seus argumentos.

Assim, cumprida a decisão judicial, e tendo sido afastado o óbice de ver devolvida a este colegiado a competência para apreciar o integralmente o recurso especial, início aqui sua análise. Pois bem, assim como na apreciação de qualquer recurso especial

admitido, início a análise deste recurso pelo conhecimento de suas matérias, com base no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009, vigente até 09/06/2015, data da interposição do referido recurso.

Saliente-se que, não houve qualquer provimento jurisdicional que impedisse o colegiado de analisar o conhecimento do recurso. Com efeito, apenas foi afastada a decisão monocrática do Sr. Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais e determinado o seguimento do recurso em sua totalidade.

Assim, apresento ao colegiado meu entendimento sobre a questão, nos termos a seguir.

No presente caso, foram enfrentadas, pelo colegiado ora recorrido, as questões (a) da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda na Fonte, no caso de remuneração por *stock option* e (b) do momento da ocorrência desse fato gerador. Entretanto, os acórdãos trazidos ao processo, a título de paradigma, pelo contribuinte, trataram das matérias: (a) momento da ocorrência do fato gerador de contribuições previdenciárias nas operações de *stock options* e (b) não ocorrência do fato gerador dessas contribuições previdenciárias nas operações de *stock options*. Ora, os fatos geradores de Imposto de Renda e de Contribuições Previdenciárias têm por base legislações específicas e diferentes, não se configurando em hipótese alguma norma geral de direito tributário.

Sem dúvida, existe similitude fática, quanto aos negócios e procedimentos realizados, afinal de contas, todos os processos tratavam de remuneração por *stock options*. Entretanto, a questão é que os processos, envolvendo tributos distintos, analisam os fatos à luz de legislações distintas. Repita-se, os paradigmas tratam de questões atinentes à contribuição social previdenciária, enquanto o recorrido trata de multa por falta de retenção de imposto de renda pela fonte. Para que haja infração no acórdão *a quo*, haveria a obrigação da realização da retenção de imposto de renda na fonte. Ainda que as contribuições sociais incidam sobre remuneração decorrente da contraprestação de serviços, e essa possa ser sujeita ao imposto de renda, o alcance deste tributo é maior que daquele, abrangendo até mesmo variações patrimoniais, que não decorram da percepção de remuneração pela contraprestação laboral.

Portanto, tratando-se de tributos distintos, a legislação, evidentemente, não é a mesma. Os fatos que se subsumem às normas podem até, eventualmente, ser idênticos, mas as normas não o são.

Situações equivalentes a essa já foram apreciadas por este colegiado, que entendeu por não conhecer de recursos quando, apesar de o procedimento discutido ser similar, a legislação aplicável ao recorrido fosse diferente daquela aplicável ao paradigma.

Nesse sentido, cabe referir o caso de recurso especial da Fazenda Nacional contra decisão que julgou improcedente a exigência de multa isolada por falta de recolhimento da antecipação mensal da pessoa física (denominada carnê leão), concomitantemente com o lançamento do tributo e da multa referentes à declaração de ajuste do IRPF. Compre referir que, nesse caso, a Fazenda Nacional havia apresentado, como paradigmas, decisões que julgaram procedente a exigência de multa isolada por falta de recolhimento da antecipação mensal da pessoa jurídica (denominada estimativa sobre a receita bruta e acréscimos), concomitantemente com o lançamento do tributo e da multa referentes à declaração de ajuste do IRPJ/CSLL. Frente a essa situação, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, em que pese a

total semelhança dos procedimentos de antecipação mensal e ajuste de final de período, para pessoas físicas e jurídicas, pelo fato de os procedimentos estarem baseados em legislações diversas, não foi conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional. Para ilustração do caso, cabe referência ao acórdão nº 9202-003.434, cuja ementa e dispositivo encontram-se a seguir reproduzidos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA-IRPF

Exercício:2000

NORMAS PROCEDIMENTAIS/REGIMENTAIS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA MULTA DE OFÍCIO. RECURSO ESPECIAL . DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. NÃO CONHECIMENTO.

Com arrimo no artigo 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, somente deverá ser conhecido o Recurso Especial, escorado naquele dispositivo regimental, quando devidamente comprovada a divergência arguida entre o Acórdão recorrido e o paradigma, a partir da demonstração fundamentada, acompanhada da cópia da publicação da ementa do Acórdão paradigma ou do seu inteiro teor, impondo, ainda, a comprovação do pré questionamento a respeito do tema. Mais especificamente, no caso de multa isolada relativo ao IRPF, pela falta de recolhimento mensal a título de carnê lêo (artigo 44, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.430/96), não se presta como paradigma o Acórdão que contempla a multa isolada inscrita no inciso IV daquele dispositivo legal, concernente a sistemática de recolhimento mensal da CSLL, com base no regime de estimativa, conforme precedentes do Pleno desta Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Recurso especial não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

A decisão acima ilustra o fato de que o *caput* e o § 1º do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343 de 09/06/2015, publicada no D.O.U de 10/06/2015, exige comprovação de interpretação diversa da legislação tributária, nos seguintes termos:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 12/02/2016)

...

*§ 6º Na hipótese de que trata o **caput**, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.*

...

*§ 8º A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.*

(Sublinhei.)

Como o recurso especial foi protocolado em 08/06/2015, cabe a análise de sua admissibilidade pelo mesmo artigo 67 do Anexo II, mas do regimento anterior, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009, vigente até a data em que ele foi interposto, onde se dispunha exatamente no mesmo sentido, conforme a seguir reproduzido:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

*§ 1º Para efeito da aplicação do **caput**, entende-se como outra câmara ou turma as que integraram a estrutura dos Conselhos de Contribuintes, bem como as que integrem ou vierem a integrar a estrutura do CARF.*

...

*§ 4º Na hipótese de que trata o **caput**, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até duas decisões divergentes por matéria.*

...

*§ 6º A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.*

(...)

(Sublinhei.)

Ou seja, considerando-se tanto o regimento atual quanto o regimento então vigente, as divergências arguidas teriam que ser demonstradas com base na interpretação da legislação aplicável a fatos fatos semelhantes. Assim, os fatos devem ser similares a ponto de atraírem a mesma legislação para seu tratamento fiscal.

Aliás, o Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial dessa casa, em sua versão 2.0 de maio de 2016, quando trata de análise de divergências, já orientava, à sua pág. 45, nesse sentido, conforme a seguir:

4.1 Caracterização de divergência jurisprudencial

A divergência jurisprudencial se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigma, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária.

(Destaquei.)

Além disso, há nesse manual orientação específica para o tratamento de incidência tributária diversa da que orientou o recorrido, fundamentando-se a negativa de seguimento ao recurso, à pág. 46:

4.1.2 Paradigma que trata de incidência tributária diversa da que orientou o recorrido

É possível a demonstração de divergência jurisprudencial mediante o cotejo de acórdãos que, embora tratem de espécies de incidências diversas (ex.: o recorrido trata de IRPJ e o paradigma de ITR), a matéria suscitada diga respeito a normas gerais (ex.: necessidade de pagamento antecipado, para aplicação da decadência com base no art. 150, § 4º, do CTN).

Entretanto, mesmo sem tratar-se de normas gerais, é comum a indicação de paradigma que cuida de incidência tributária diversa daquela retratada no recorrido, o que de forma alguma caracteriza divergência jurisprudencial. Com efeito, não há que se falar em interpretação divergente, quando estão em confronto incidências diversas, regidas por legislações específicas, cada qual com suas características e nuances.

(Destaquei.)

Ou seja, admitir-se-ia tratar de paradigmas com incidências tributárias distintas, mas somente se a matéria de divergência disser respeito a normas gerais; não é esse o caso aqui debatido.

O manual salienta em nota que a alteração do regimento a partir de 10/06/2015, com a publicação da Portaria MF nº 343, simplesmente tornou mais patente esse entendimento, conforme dispõe em seu § 1º, determinando que não se conheça de tais recursos.

Dessa forma, mantendo a coerência da jurisprudência deste colegiado e não tendo sido declarada a inconstitucionalidade ou ilegalidade, seja de forma incidental, seja de forma direta, das Portarias que se aplicam ao procedimento a ser seguido nessa casa, tendo em vista que a legislação base dos paradigmas e do recorrido são distintas, até porque se referem a distintos tributos, e não tendo o recorrente arguido matéria de norma geral, voto por não conhecer o RE no tocante a essas matérias, por não atender aos pressupostos regimentais.

Prossigo o julgamento do mérito do recurso no tocante à matéria admitida no despacho do Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF e como fiquei vencido reste vencido quanto ao conhecimento, apresento, em seguida, também, a análise de mérito da matéria adicionalmente conhecida: a ocorrência do fato gerador.

Cabimento da multa isolada pela falta de retenção e recolhimento do IRRF

No tocante a aplicação da penalidade, entendo correta sua incidência, não havendo impossibilidade de seu lançamento de forma isolada, na forma realizada pela fiscalização.

Primeiramente, a penalidade do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.488/2007 descreve uma infração que é deixar a fonte pagadora de reter ou recolher o imposto ou contribuição, independentemente de ser o tributo pago ou não. Logo, não me parece lógico que a remissão ao artigo 44 da Lei 9.430/1996, também com a redação dada pela mesma lei de 2007, viesse para impossibilitar a penalização da conduta reprovada pelo sistema, que já existia. Entender diferente seria aceitar que a conduta reprovável não fosse sancionada pela mesma norma que impõe a sua sanção.

Outrossim, o art. 44 da Lei 9.430/1996, definia fato gerador autônomo de penalidade e a multa por falta de recolhimento do IRRF se lastreava apenas na base de cálculo daquela norma; continuou a fazê-lo após a edição da Lei nº 11.488/2007.

Adoto ainda as considerações e argumentos sobre a matéria expostos pela i. Conselheira Dra. Maria Helena Cotta Cardozo, tratando da mesma matéria, em voto exarado no acórdão nº 9202-003.583, de 03/03/2015, nesta 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, que aliás é quase idêntico ao voto por ela declarado no acórdão recorrido. Segue-se o voto daquele acórdão:

Referida multa foi aplicada à fonte pagadora, com fundamento no art. 9º, da Lei nº 10.426, de 24/04/2002, com a redação dada pelo artigo 16, da Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

De plano, não há que se falar em suposta retroatividade benigna (art. 106, inciso II, “a”, do CTN), considerando-se que a penalidade em tela teria sido extinta inicialmente pela Medida Provisória nº 303, de 29/06/2006, que perdera eficácia, e depois pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

Ora, os fatos geradores objeto da autuação ocorreram em novembro e dezembro de 2007, portanto já na vigência da Lei nº 11.488, de 15/06/2007, de sorte que se a penalidade ora tratada houvesse efetivamente sido extinta – o que aqui não se admite – ela haveria de ser afastada pela simples aplicação direta da citada lei, e não por meio do art. 106, II, “a”, do CTN.

Entretanto, tal nuance não merece ser discutida, tendo em vista que a multa em tela nunca foi extinta, conforme será demonstrado.

(...)

O que está sendo cobrado, no presente caso, é unicamente a multa pelo não cumprimento, por parte da fonte pagadora, da obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento do IRRF, a título de antecipação.

A penalidade em tela foi instituída pela Medida Provisória nº 16, de 27/12/2001, convertida na Lei nº 10.426, de 2002, que assim estabelecia, em sua redação original:

“Art.9º. Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art.

44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou

recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

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

O dispositivo acima não deixa a menor brecha para que se entenda que a penalidade nele prevista poderia ser exigida de outra forma, que não a isolada. Com efeito, a penalidade está sendo aplicada à fonte pagadora, que não é a beneficiária dos rendimentos, portanto resta descartada qualquer possibilidade de cobrança desta multa juntamente com o imposto, cujo ônus, repita-se, não é da fonte pagadora, e sim do beneficiário. Confirmando esse entendimento, o parágrafo único especifica a base de cálculo da multa, que nada mais é que o tributo que deixou de ser retido ou recolhido.

O art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, por sua vez, tinha a seguinte redação:

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

I. de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; II. cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

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

I juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos; II. isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora; III. isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão)

na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste; IV. isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente; V. isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido.

(...)”

Como se pode constatar, o art. 44, acima, não trata de multas incidentes sobre imposto cobrado por meio de responsabilidade tributária de fonte pagadora, e sim de penalidades que recaem diretamente sobre o imposto exigido do sujeito passivo, na qualidade de contribuinte, que relativamente ao Imposto de Renda é o próprio beneficiário dos rendimentos. Nesse passo, nenhuma das modalidades de exigência elencadas no § 1º se

amolda à exigência estabelecida no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, portanto não há que se falar que este último dispositivo tenha se referido ao art 44 da Lei nº 9.430, de 1996, para tomar de empréstimo algo além dos percentuais nele estabelecidos – 75% e 150%. Isso porque a problemática que envolve as modalidades de exigência das penalidades constantes do § 1º do art. 44 – vinculadas ao imposto ou exigidas isoladamente – não se coaduna com a multa por falta de retenção na fonte. Esta, quando exigida, obviamente será isolada, eis que o principal, ou seja, o imposto, será cobrado não da fonte pagadora, mas sim, repita-se, do beneficiário dos rendimentos.

Com estas considerações, constata-se que a referência feita pelo art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, aos incisos I e II, do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, está focada nos incisos I e II do caput, e não nos incisos I e II do § 1º, do contrário estar-se-ia atribuindo à fonte pagadora o papel de sujeito passivo contribuinte do tributo, e não o de mera intermediária entre este e o Fisco, responsabilidade esta conferida por lei.

Ora, se os incisos I e II do caput do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, tratam de penalidades aplicáveis ao sujeito passivo na qualidade de contribuinte, que no caso do Imposto de Renda é o próprio beneficiário dos rendimentos, e o art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, trata exclusivamente de multa por descumprimento da obrigação de reter e recolher o tributo, aplicável à fonte pagadora na qualidade de responsável, o único elemento passível de empréstimo, do art. 44 para o art. 9º, diz respeito efetivamente aos percentuais de 75% ou 150%. Com efeito, não existe qualquer outro liame entre os dois dispositivos legais.

Corroborando este entendimento, a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 16, de 27/12/2001, que foi convertida na Lei nº 10.426, de 2002, encaminhada ao Congresso Nacional, assim esclarece:

“Os arts. 7º a 9º ajustam as penalidades aplicáveis a diversas hipóteses de descumprimento de obrigações acessórias relativas a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, reduzindo-as ou, no caso do art. 9º, instituindo nova hipótese de incidência, preenchendo lacuna da legislação anterior.” (grifei)

O texto acima não deixa dúvidas, no sentido de que o art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, trata unicamente de multa por descumprimento de obrigação acessória pela fonte pagadora, portanto descartase a sua exigência juntamente com o respectivo imposto, cujo ônus é do beneficiário dos rendimentos.

Ademais, fica patente que se trata de nova hipótese de incidência, o que também a desvincula definitivamente das hipóteses de incidência elencadas no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, eis que estas já existiam no ordenamento jurídico muito antes do advento da Medida Provisória nº 16, de 2001.

Com a edição da Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15/06/2007, foi alterado o art.

44, da Lei nº 9.430, de 1996, dentre outras finalidades, para extinguir a multa de ofício incidente sobre o pagamento de tributo ou contribuição fora do prazo, desacompanhado de multa de mora. Dito dispositivo passou a ter a seguinte redação:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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; II. de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

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

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 anocalendarário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

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

(...)”

Assim, o art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, foi reformulado, mantendo-se a aplicação das multas de ofício vinculadas ao tributo, nos percentuais de 75% e 150%, a primeira mantida no inciso I, do caput, e a segunda não mais abrigada no inciso II, do caput, mas sim no inciso I, do §1º. O inciso II, do caput, que anteriormente continha a multa no percentual de 150%, passou a prever a multa isolada, no percentual de 50%, nos casos de falta de pagamento do carnê-leão e de falta de pagamento do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido devido por estimativa (alíneas “a” e “b”). Quanto à multa isolada pelo pagamento de tributo ou contribuição fora do prazo sem o acréscimo de multa de mora, esta foi extinta.

Observe-se que a extinção da multa isolada acima destacada, levada a cabo pela nova redação do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, promovida pela Lei nº 11.488, de 2007, não tem qualquer reflexo nas multas do art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, eis que, conforme já patenteadado no presente voto, os dois dispositivos legais tratam de penalidades distintas, o primeiro disciplinando as exigências em face do sujeito passivo contribuinte, que no caso do Imposto de Renda é o beneficiário dos rendimentos, e o segundo regulamentando a incidência pelo descumprimento de obrigação de retenção e recolhimento do tributo pela fonte pagadora, na qualidade de responsável. Como ficou assentado, a conexão entre os dois dispositivos diz respeito unicamente aos percentuais de 75% e 150%.

Tanto é assim que o art. 9º teve de sofrer também um ajuste, em função da re-alocação da multa de 150% (do caput para o § 1º).

Ademais, também havia neste dispositivo a previsão de aplicação de multa de ofício à fonte pagadora, pelo recolhimento em atraso do Imposto de Renda Retido na Fonte, sem o acréscimo da multa de mora. Assim, na mesma linha da exclusão levada a cabo na nova redação do art. 44, esta penalidade teria de ser excluída do art 9º, já que não haveria sentido em permanecer no ordenamento jurídico apenas para apenar a fonte pagadora. Confira-se a alteração do art. 9º, promovida pela mesma Lei nº 11.488, de 2007:

“Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art.

44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

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.”

Ora, se a multa pela falta de retenção e recolhimento na fonte houvesse sido efetivamente extinta, não haveria qualquer razão para que se alterasse o art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, como foi feito acima. A alteração visa claramente adaptar esse dispositivo à nova topografia do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, o que de forma alguma sinaliza que dita penalidade teria sido extinta. Além disso, repitase que a nova redação visou excluir a exigência de multa de ofício pelo recolhimento, pela fonte pagadora, do IRRF fora do prazo sem multa de mora, tal como ocorrera com penalidade semelhante, que antes também era imposta ao beneficiário do rendimento, relativamente ao recolhimento do principal. Assim, igualouse a exoneração desta penalidade, tanto em face do sujeito passivo contribuinte da obrigação principal, como perante a fonte pagadora, na qualidade de responsável pela obrigação de reter e recolher o tributo.

As conclusões acima ficam evidenciadas no quadro comparativo a seguir:

Redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996	Redação do art. 44, dada pela MP nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007
<i>Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:</i> <i>I. de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;</i> <i>II. cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i> <i>§1o As multas de que trata este artigo serão exigidas:</i> <i>I juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;</i> <i>II. isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;</i> <i>III. isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha</i>	<i>Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:</i> <i>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;</i> <i>II. de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:</i> <i>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;</i> <i>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.</i> <i>§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i>
<i>apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;</i> <i>IV. isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;</i>	
Redação original do art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002	Redação do art. 9º, dada pela MP nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007
<i>Art. 9º. Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i> <i>Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.</i>	<i>Art. 9o Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1o, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i> <i>Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade u diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.</i>

Além de todas as razões que conduzem à conclusão de que não ocorreu a alegada extinção da multa de ofício pela falta de retenção ou recolhimento do IRRF, é o fato de que a adoção de tal tese equivaleria a admitir-se a instituição de uma obrigação – retenção e recolhimento do imposto pela fonte pagadora – sem o estabelecimento de sanção, o que seria inusitado no Sistema Tributário Nacional.

Ademais, ninguém põe em dúvida a manutenção da multa pela falta de recolhimento do carnê-leão, que pressupõe relação entre pessoas físicas, que nem sempre possuem estrutura para cumprir com a obrigação, sendo que quem recolhe a antecipação, nesse caso, é o próprio contribuinte que arca com o encargo financeiro do tributo, descartada a possibilidade de apropriação indébita. Nesse passo, causa ainda maior perplexidade a conclusão de que a multa pela falta de retenção e recolhimento do imposto pela fonte pagadora teria sido extinta, já que as

fontes pagadoras, na sua maciça maioria, são pessoas jurídicas, que dispõem de meios adequados ao cumprimento da obrigação.

Acrescente-se que a retenção na fonte sem o respectivo recolhimento caracteriza apropriação indébita, portanto ter-se-ia ainda a possibilidade do cometimento de crime, sem qualquer previsão de sanção na esfera tributária, o que também seria inédito no Sistema Tributário Nacional.

Em síntese, no entender desta Conselheira, há que se diferenciar o imposto devido, cuja obrigação principal é do beneficiário do rendimento, da multa pela falta de retenção/recolhimento do IRRF, cuja obrigação é da fonte pagadora, na qualidade de responsável.

Assim, após o prazo final para entrega da declaração de pessoa física, o que cessa é a responsabilidade da fonte pagadora sobre o recolhimento do tributo – cuja obrigação passa a ser do beneficiário. Entretanto, a falta de responsabilidade sobre o recolhimento do tributo não exime a fonte pagadora do pagamento da multa pelo descumprimento da obrigação de reter e recolher o imposto, e é exatamente esta a exigência que ora se analisa. Nesse passo, assim estabelece o item 16 do Parecer Normativo COSIT nº 1, de 2002, que deve ser considerado na sua integralidade, e não apenas em parte. Confira-se:

“16. Após o prazo final fixado para a entrega da declaração, no caso de pessoa física, ou, após a data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica, a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do contribuinte. Assim, conforme previsto no art. 957 do RIR/1999 e no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, constatando-se que o contribuinte:

a) não submeteu o rendimento à tributação, serão exigidos o imposto suplementar, os juros de mora e a multa de ofício, e, da fonte pagadora, a multa de ofício e os juros de mora; b) submeteu o rendimento à tributação, serão exigidos da fonte pagadora a multa de ofício e os juros de mora.”

Destarte, tendo ou não os rendimentos sido oferecidos à tributação, remanesce a aplicação da penalidade pela falta de retenção e recolhimento por parte da fonte pagadora.

Não há que se falar aqui de aplicação do percentual de 50% à multa, por falta de previsão legal expressa, mas sim a aplicação dos percentuais definidos em lei (75% ou 150%), conforme acima esclarecido.

Assim, é de se negar provimento ao recurso especial do sujeito passivo quanto a esta matéria.

Sobre a ocorrência do fato gerador

Apesar de ter votado por não conhecer da matéria "ocorrência do fato gerador", como restei vencido quanto ao conhecimento, passo à análise de mérito da questão,

expressando, a seguir, meu entendimento em relação à **ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, na remuneração baseada em *stock options***.

Para enfrentamento da questão da ocorrência, ou não, de fato gerador do Imposto de Renda em operações de remuneração baseada em ações, é necessário conhecer o conceito da operação.

Como introdução, simplificada, cabe afirmar que as *stock options* são transações de remuneração de serviços com pagamento baseado em instrumento patrimonial (derivativo) outorgado, utilizadas nos casos em que a entidade negocia serviços, de seus administradores e empregados, para pagamento mediante a entrega de ações ou outros instrumentos financeiros que permitam a posterior aquisição de ações por valores vantajosos ao empregado ou administrador.

O valor do serviço prestado é, de início mensurado pelo valor justo das ações ou dos instrumentos financeiros outorgados, porém nem sempre o valor de mercado dos títulos é facilmente obtido e, assim, é admitido que os instrumentos sejam mensurados pelo valor justo do serviço prestado. De qualquer forma, o valor atribuído a esses serviços, recebidos pela entidade, é registrado:

- a crédito de reserva de capital, representando o direito, do administrador ou do empregado, de adquirir ações da entidade em condições pré- estabelecidas e

- a débito de despesa operacional, em virtude do serviço prestado à entidade, podendo também ser debitado à conta de estoque em elaboração, no ativo, no caso de o serviço estar sendo utilizado na fabricação de produtos.

Na verdade, o lançamento acima é o resultado da reunião de dois lançamentos, que representam as duas faces da operação, conforme a seguir.

(a) por um lado, pela prestação de serviços realizada pelo empregado ou administrador, a empresa deveria pagar um valor em dinheiro e reconhecer despesas ou custos:

D = Despesa com benefícios a empregados ou diretores

C = a Caixa XXX,XX

(b) por outro lado, para que empregados, diretores ou terceiros pudessem adquirir o direito de entrar no quadro societário da companhia por um valor inferior ao de mercado, eles deveriam entregar algum valor, geralmente em dinheiro, para a sociedade:

D = Caixa

C = a Reserva de Capital (bônus de subscrição/opções outorgadas) XXX,XX

Repara-se que os lançamentos acima têm em comum a saída e a entrada de valor equivalente em caixa. Ora, no caso do pagamento baseado em ações, o empregado ou administrador adquire o direito de entrar no quadro societário da empresa sem entrega de dinheiro, mas com a entrega de seu serviço. Assim, não há entrada nem saída de dinheiro do caixa, mas remanescem: (a) o reconhecimento da despesa com a remuneração do empregado ou administrador e (b) o registro da reserva de capital, representando o direito de o empregado, ou o administrador, entrar no quadro societário da companhia. A seguir, o lançamento:

D = Despesa com benefícios a empregados ou diretores

C = a Reserva de Capital (bônus de subscrição/opções outorgadas) XXX,XX

Num singelo exemplo: considere que um executivo tenha sido contratado por uma entidade e compondo sua remuneração ele tenha o direito ao recebimento de 10.000 opções de ações da companhia, por seu trabalho ao longo de três anos. Considere ainda que, na data da contratação, uma opção tenha valor de mercado de R\$ 15,00.

Repare que a parcela do serviço, prestado pelo executivo ao longo dos três anos contratados, a ser remunerada pelas opções outorgadas, está avaliada em R\$ 15,00 x 10.000 opções = R\$ 150.000,00. Portanto, a cada ano trabalhado, o executivo fará jus a 1/3 desse valor:

D = Despesa com Salários

C = a Opções Outorgadas 50.000,00 PL

Todo esse tratamento é detalhadamente descrito no Pronunciamento Técnico CPC nº 10 (R1) - Pagamento Baseado em Ações.

Entendida a concepção básica do que é a remuneração baseada em stock options, é possível enfrentar o argumento do contribuinte, que tenta enquadrar seu plano como investimento em mercado, procurando demonstrar existência de risco, baseado em Termo de Constatação de empresa de auditoria (KPMG Tax Advisors Ltda.) que juntou às e-fls. 1407 a 1428, em 26/09/2014.

Nesse sentido, cabe ressaltar que o mercado de opções, em sua gênese, se trata de mercado de derivativos voltado à gestão de risco, sendo as opções direitos de compra (ou de venda), a um preço predeterminado de um ativo-objeto em uma data específica ou até uma certa data. As opções negociadas em um mercado com liquidez são padronizadas pela instituição que o gerencia, como a BMF/Bovespa, no Brasil, a qual define as séries de opções a serem abertas, discriminadas por vencimento.

Portanto, em negócios envolvendo opções de compra, os agentes econômicos podem, ao comprar determinadas opções na bolsa, buscar proteção contra as oscilações de preço de mercado, caso possuam ações da empresa; poderão simplesmente especular, ao adquirir opções de compra que não precifiquem, a seu ver, adequadamente as possibilidades de incremento no valor da empresa; ou ainda, montar estratégias de renda fixa mediante o uso simultâneo de opções de compra e de venda do ativo ("box" de opções). Tudo isso é viabilizado pela negociação em um mercado de livre acesso, que possibilita a adequada mensuração do preço do ativo que é a opção, preço esse chamado "prêmio", o qual por sua vez requer dos operadores a consideração de elementos tais como a volatilidade do ativo-objeto, a taxa de juros do mercado, tempo entre a negociação e o vencimento da opção, assim como, por óbvio, a diferença entre o preço do ativo em questão e o preço de exercício. Para tal feito, são utilizados sofisticados modelos matemáticos, sendo o mais conhecido dentre eles o modelo denominado "Black and Scholes".

Todavia, a remuneração baseada em ações, pelas denominadas employee stock options, nos termos antes abordados, pelo menos até o momento em que o empregado ou administrador recebe um instrumento financeiro por seus serviços prestados, possuem natureza bastante diversa das operações de mercado, revestindo-se de características muito mais próximas da remuneração de serviços.

Historicamente, essa maneira peculiar de remuneração surgiu nos países do primeiro mundo, como parte do pacote de benefícios e vantagens oferecidas a administradores e empregados, visando:

- não somente a sua retenção nos quadros da empresa, em especial nas de pequeno e médio porte, que, descapitalizadas, necessitavam de trabalhadores qualificados para a consecução de seus objetivos,

- mas também a convergência dos interesses da empresa e seus acionistas com os interesses de longo prazo dos administradores, que passariam a se comprometer em maior grau com a valorização das ações da companhia.

Por outro lado, para os empregados e administradores, a concessão de um direito de aquisição de uma participação no capital de uma empresa com potencial de crescimento, com a consequente perspectiva de valorização dessa participação - ação - revela-se bastante atrativa, representando a outorga desse direito - opção - uma efetiva vantagem econômica para o beneficiário, frente a terceiros que não possuam vínculos com a companhia. Essa remuneração passou a ser, tão ou mais interessante, no médio e longo prazos, quanto à própria remuneração em espécie.

No Brasil, a outorga de opções de compra de ações a administradores, empregados ou terceiros, por serviços prestados, está prevista no § 3º do art. 168 da Lei das S.A.:

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 assembléia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.

A Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14/02/2007, no seu item 25.3, ao tratar da matéria na qualidade de regulador dos mercados mobiliários, também entende os planos de outorga de opções a empregados, administradores ou terceiros como uma maneira de remuneração, nos seguintes termos:

A companhia aberta empregadora pode adotar vários tipos de planos para remunerar executivos e funcionários pela outorga de opções de compra de ações emitidas pela companhia. Nos planos de outorga de ações convencionais, por exemplo, a companhia empregadora outorga opções para compra de um número fixo de ações da companhia, a um preço estabelecido, durante um período específico, em troca de serviços correntes ou futuros dos executivos e funcionários.

Este tipo de remuneração é usual no mercado americano e, em menor escala, nos mercados da comunidade européia, como forma de alinhar os objetivos dos investidores ao objetivo dos administradores e empregados.

(grifos na transcrição)

Aliás, o caráter remuneratório desse tipo de operação é reafirmado no âmbito do processo de convergência das normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais de contabilidade, pela CVM, em sua Deliberação CVM nº 562/2008, que aprova o Pronunciamento Técnico CPC nº 10, pagamento baseado em ações, em linha com o IFRS 2 - Share-based Payment, nos seguintes termos:

Deliberação CVM nº 562, de 17 de dezembro de 2008 A PRESIDENTE DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM torna público que o Colegiado, (...) DELIBEROU:

I - aprovar e tornar obrigatório, para as companhias abertas, o Pronunciamento Técnico CPC 10, anexo à presente Deliberação, que trata de Pagamento Baseado em Ações, emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC;

(...)

12. Em geral, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são concedidos aos empregados como parte da remuneração destes, adicionalmente ao salário e outros benefícios concedidos (...) Ao beneficiar empregados com a concessão de ações ou opções de ações adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios adicionais (...)

(Grifos na transcrição.)

A Leitura do próprio CPC 10 esclarece os procedimentos para contabilização desse tipo de transação, revelando sua natureza remuneratória de serviços, senão vejamos:

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

(...)

8. Os produtos ou serviços recebidos ou adquiridos em transação com pagamento baseado em ações que não se qualifiquem para fins de reconhecimento como ativos, devem ser reconhecidos como despesa do período.

...

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

possível também mensurar o valor justo do pacote de remuneração como um todo de modo independente, sem se mensurar diretamente o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados. Ademais, ações e opções de ações são, por vezes, outorgadas como parte de acordo de pagamento de bônus, em vez de serem outorgadas como parte da remuneração básica dos empregados. Objetivamente, trata-se de incentivo para que os empregados permaneçam nos quadros da entidade ou de 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 formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios marginais. Em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar como base o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados.

...

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

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

(Grifei.)

Nos termos acima, é evidenciada a natureza de contraprestação pela prestação do trabalho em determinado período, e orienta para a contabilização do valor justo do direito à compra, a correção desse, com os seus respectivos débitos ao longo do *vesting period* (enquanto recebe a prestação dos serviços) como despesa, com contrapartida de créditos em reservas de capital. Todo o cuidado de mensurar o valor justo dos instrumentos patrimoniais, associando-os ao período de carência, que corresponde à fruição de tempo de trabalho, antes de findar a condição suspensiva da outorga do direito de compra das ações, demonstra claramente a natureza de contraprestação a ser remunerada ou gratificada, que é registrada como despesa para empresa, analogamente ao salário.

Por fim, a doutrina também expressa o mesmo entendimento, de caráter remuneratório das opções outorgadas a empregados, administradores e terceiros, em oposição à natureza das operações de opção livremente negociadas no mercado. Nesse sentido, cabe referir a obra de Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e outro, o Manual de Contabilidade Societária FIPECAFI, Ed. Atlas, à fl. 539, nos termos a seguir reproduzidos:

*Algumas empresas optam por remunerar seus empregados (executivos, administradores ou outros colaboradores) por meio de pacotes que incluem ações e opções de ações. A idéia subjacente à remuneração com base em ações é fazer com que os funcionários sejam incentivados a atingir determinadas metas e, assim, se tornem, também, donos da entidade ou tenham a oportunidade de ganhar pela diferença entre o valor de mercado das ações que subscrevem e o valor da subscrição. **Esse tipo de remuneração visa incentivar os empregados ao comprometimento com a maximização do valor da empresa, alinhando seus interesses com aos dos acionistas. Isso é necessário, pois de acordo com a Teoria da Agência, os empregados (agentes) e os acionistas (principais) possuem objetivos que, por muitas vezes, podem ser conflitantes.***

Nesse cenário, os planos de ações e de opções de ações constituem uma característica comum da remuneração de diretores, executivos e outros empregados.

(grifos na transcrição)

Por tudo o que se encontra acima colocado, vemos claramente que:

- (a) até o final do *vesting period*, a relação é de prestação de serviços e remuneração, com despesa reconhecida pela empresa, mediante a entrega de instrumento financeiro ao empregado, administrador ou prestador de serviço; e
- (b) somente após esse período é que o empregado, administrador ou prestador de serviço, já titular do instrumento financeiro, poderá, aceitando o risco de mercado, decidir mantê-lo, cedê-lo, exercer ou não a opção que ele representa etc.

No entender deste conselheiro, o recorrente tenta confundir esses dois períodos, enfatizando diferenças acidentais entre a remuneração por salário em espécie e a remuneração por stock options plan. Com efeito, mesmo que o plano não estabeleça um valor fixo de salário, ele define claramente a remuneração na forma de instrumento financeiro outorgado, que tem valor determinável, como retribuição pela continuidade do trabalho na organização. Esclareça-se que o conceito de instrumento financeiro, definido no parágrafo 11 do Pronunciamento Técnico CPC nº 39 como um contrato que (i) para uma parte estabelece o surgimento de um recurso e (ii) para a outra parte estabelece o surgimento de uma obrigação ou um instrumento patrimonial. Ora, essa definição se aplica tanto a depósitos bancários, quando a aplicações financeiras, ações ou opções de ações, entre outros.

Portanto, passado o *vesting period*, o direito pode, ser exercido. Se após o vencimento do prazo de exercício da aquisição o colaborador não puder ou não quiser pagar para exercer o direito que lhe foi outorgado (a opção de compra), não terá deixado de ter recebido sua retribuição, na forma do instrumento financeiro, pelo período trabalhado.

No recurso, houve alegação de que, com base em auditoria da KPMG, após o prazo de carência, o valor de mercado das *units* seria inferior ao preço de exercício da opção de sua compra. Aqui, cabem três esclarecimentos:

- (1) não houve recurso especial quanto aos valores apurados pela fiscalização;

(2) o recorrente, apesar dos cálculos apresentados pela KPMG, não indicou qualquer erro nas tabelas em que a fiscalização apurou os ganhos no período autuado, elaboradas a partir de parâmetros informados em planilha da própria empresa, conforme TVF, às e-fls. 1212 e 1213; apenas afirmou a possibilidade de perda quando da aquisição das opções, sem demonstrar em quais das apurações feitas pela fiscalização essa perda teria ocorrido; e

(3) a variação do preço das ações ou das units após o vesting period, não afetam o valor da remuneração, que foi realizada na forma de opções de compra.

Em resumo, para fins de imposto de renda, o que importa é que se constate a existência de vantagem jurídica ou econômica, ainda que sob a forma de utilidades, no caso, opções de ações, conferidas de forma exclusiva a pessoas físicas prestadoras de serviços à pessoa jurídica.

Dessa forma, voto pela improcedência do recurso especial do contribuinte quanto a essa matéria, reconhecendo a existência do fato gerador.

Conclusão

Pelos motivos expostos, voto por conhecer em parte do recurso especial de divergência, no que tange ao cabimento da multa isolada pela falta de retenção do imposto de renda pela fonte pagadora, após o término do prazo de entrega da declaração de imposto de renda da pessoa física - DIRPF, para negar provimento ao recurso nessa matéria e, como restei vencido quanto ao não conhecimento da matéria *ocorrência do fato gerador do imposto de renda nas operações de Stock Options*, voto por também negar provimento, no mérito, ao recurso do contribuinte, com relação a essa matéria.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Voto Vencedor

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Redatora designada.

Peço licença ao ilustre conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, para divergir do seu entendimento com relação ao conhecimento do recurso especial do sujeito passivo.

Do conhecimento

Inicialmente, convém destacar que o presente processo, somente chegou para apreciação desse colegiado, face existência de liminar em mandado de segurança impetrado pelo sujeito passivo contra o despacho de admissibilidade que negou seguimento ao seu recurso.

Para que a análise possa ser clara, primeiramente, devemos separar as matérias objeto de recurso especial do sujeito passivo:

I) Momento de ocorrência do fato gerador – Quanto a inoccorrência de Fato gerador do IRRF pelo simples vencimento do prazo de carência das Stock options;

II) Quanto a inoccorrência em si do fato gerador do IRRF em razão do CARATER NÃO REMUNERATÓRIO DOS STOCK OPTIONS;

III) Multa pela ausência de Retenção na Fonte.

No caso, para tratar de forma objetiva a questão, peço vênias aos ilustres conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (relator do processo) e Maria Helena Cotta Cardoso (que apreciou a admissibilidade do recurso) para discordar de seus posicionamentos quanto a demonstração da divergência APENAS em relação a segunda matéria suscitada pelo recorrente (II) Quanto a inoccorrência em si do fato gerador do IRRF em razão do CARATER NÃO REMUNERATÓRIO DOS STOCK OPTIONS).

Quanto as demais matérias trazidas no recurso, concordo que não há como conhecer do recurso, tendo em vista ser impossível a demonstração da divergência considerando que a legislação que fundamenta o lançamento de IRRF e Contribuições Previdenciárias ser totalmente distinta.

Ultrapassado esse esclarecimento trago a baila trecho do recurso especial do recorrente às fls. 1553, onde encontram-se descritos os argumentos para demonstrar tratamento divergente entre colegiados:

“Do exposto, verifica-se que a recorrente outorgou a seus executivos o direito de opção de compra de Units, por preço pré-estabelecido, desde que cumpridas determinadas exigências. Pelo que se depreende do Plano, a opção de compra de ações constitui-se uma forma de remuneração indireta que visa incentivar e estimular o desempenho e/ou produtividade. Na verdade, as opções de compra de ações ofertadas pela recorrente a seus empregados e administradores lhes foram entregues a título de permanência no vínculo laboral e incentivo profissional, constituindo, portanto, uma contraprestação pela atividade exercida.” (fls. 1382/1383 – destaques nossos)

Contudo, ressaltou que ao assim decidir, o acórdão recorrido divergiu de decisão proferida pela 1ª turma da 4ª câmara em que, analisando o plano de outorga de opções mantido pelo ITAU UNIBANCO HOLDINGS, plano mantido por sociedade do mesmo grupo econômico do recorrente, que é idêntico em essência ao plano analisado no presente processo, foi dado provimento ao recurso voluntário:

STOCK OPTIONS. CARÁTER MERCANTIL. PARCELA NÃO INTEGRANTE DO SALÁRIO REMUNERAÇÃO.

No presente caso, o plano de stock options é marcado pela onerosidade, pois

preço de exercício da opção de compra das ações é estabelecido a valor de

mercado, pela liberalidade da adesão e pelo risco decorrente do exercício da

opção de compra das ações, de modo que resta manifesto o seu caráter

mercantil, não devendo os montantes pagos em decorrência do referido plano integrarem o salário de contribuição.

Recurso Voluntário Provido.

Destaca que os mesmos argumentos utilizados pelo acórdão recorrido para negar provimento ao recurso voluntário do recorrente foram rejeitados por este primeiro paradigma.

Quanto a este ponto, entendo restar demonstrar a divergência entre os julgados. Nesse ponto não se trata de empregar legislação diferentes para definir fato gerador, mas o discussão para por um ponto comum entre a legislação do IR e da Previdência social, qual seja, possuem os contratos de outorgas de ações, chamados de *stocks options* natureza mercantil ou remuneratória. Entendo que nesse ponto, para a averiguação do caráter mercantil ou remuneratório o paradigma apresentado mostra-se válido, mesmo tratando de lançamento de contribuições previdenciárias.

Observamos também essa discussão no acórdão recorrido, fls. 4:

Cuida o presente processo de exigência fiscal de multa por falta de retenção do Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte, relativo a pagamentos de valores a título de stock option.

De um lado, a contribuinte aduz que a opção pela compra de ações é uma operação mercantil e não proporciona ao trabalhador qualquer vantagem de natureza salarial.

Assevera que eventual lucro obtido com a venda das ações não se vincula direta ou indiretamente à força de trabalho. Sustenta ainda que o resultado é incerto e ilíquido, pois a participação societária adquirida não pode ser vendida de imediato, a não ser parcialmente.

Finaliza seu inconformismo afirmando que “... se pretende exigir tributo sem a ocorrência do fato gerador que o suporte”.

Em outra via, a autoridade lançadora entendeu que a outorga de opções de compra de ações para trabalhadores tem caráter salarial, sendo uma espécie de remuneração a longo prazo, devendo, portanto, integrar os rendimentos do trabalhador para fins de incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF).

Nesse passo, para que não tenha natureza salarial, não pode o exercício da opção de compra de ações pelo empregado estar atrelado ao trabalho de forma a caracterizar um “plus”, “prêmio” ou um tipo de “saláriocondição”

em decorrência da prestação de serviços. Na verdade, na compra de ações deve sempre estar presente o risco do negócio, característica principal das operações mercantis. Trata-se de situação completamente alheia à prestação de serviços, já que o contrato de outorga de opções de compra deve ser baseado na legislação societária, que não se confunde com o contrato de trabalho, uma vez que representa uma relação meramente mercantil, embora ensejada no curso da relação de emprego. Portanto, a vantagem não pode ser concedida pelo serviço prestado ou para o serviço prestado.

Aliás, conforme trazido pelo próprio recorrente em sede de mandado de segurança para ter sua preensão atendida, disse que existe recurso da PGFN envolvendo questão idêntica, qual seja, natureza remuneratória ou mercantil do plano de *stock options* de outra empresa do grupo, onde o encaminhamento deu-se no mesmo sentido. No caso citado, aceitou-se para fins de demonstração da divergência quanto ao caráter mercantil ou remuneratório, paradigma de outro tributo, mesmo não se tratando de recurso acerca de norma geral.

Contudo, em relação ao momento de ocorrência do fato gerador (I) Momento de ocorrência do fato gerador – Quanto a inoccorrência de Fato gerador do IRRF pelo simples vencimento do prazo de carência das *Stock options*, entendo que razão não assiste ao recorrente, a definição do momento de ocorrência do fato gerador, obedece a legislação própria, o que não nos permite ultrapassar questões específicas de cada tributação para fazer o recurso do contribuinte ser apreciado sob a incidência de outra legislação. É como se estivessemos utilizando a fundamentação de outro tributo para subsidiar o lançamento, o que sabemos não é aceito nos nossos julgados.

Ao contrário do discussão sobre natureza mercantil ou remuneratória da outorga de opções, que pode ser encontrada em qualquer dos tributos, seja lançamento de contribuições previdenciárias, IRPF ou mesmo IRPJ, por tratar-se de uma discussão mais ampla, o momento e as condições para a incidência de cada um dos tributos obedece uma

sistemática restrita e objetiva que impossibilita o comparativo entre as situações, por tratar-se de arcabouços jurídicos diversos.

Conclusão

Face o exposto, encaminho por CONHECER EM PARTE do recurso especial do sujeito passivo.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes.

Em que pese o excelente voto do relator peço vênia para registrar meu entendimento pessoal no que se refere ao item do seu voto – **“ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, na remuneração baseada em stock options”**.

O Relator afirma que “a remuneração baseada em ações, pelas denominadas employee stock options, nos termos antes abordados, pelo menos até o momento em que o empregado ou administrador recebe um instrumento financeiro por seus serviços prestados, possuem natureza bastante diversa das operações de mercado, revestindo-se de características muito mais próximas da remuneração de serviços.”, e neste ponto específico acredito serem cabíveis uma série de ponderações.

A meu ver atualmente o comportamento da Administração Pública face ao conceito de salário de contribuição tem demonstrado uma insistente tentativa de alargamento forçado da base de cálculo das contribuições previdenciárias e demais reflexos que porventura a remuneração possa causar no imposto de renda, no tocante as obrigações ditigidas as empresas.

É estranho acreditar que a Justiça do trabalho com viés nitidamente social e protetivo ao trabalhador, o qual é muitas vezes criticado pela sociedade, desconsidere a natureza remuneratória de uma verba sem elementos legais para tanto.

Dessa forma, o que vemos é que a jurisprudência majoritária dos Tribunais do Trabalho não atribui natureza salarial a stock option, conforme se vê das seguintes ementas:

“STOCK OPTIONS – INCENTIVO AO EMPREGADO – CARÁTER NÃO SALARIAL. Tratando-se as denominadas stock options de incentivo ao empregado no desenvolvimento de seus misteres, condicionado, porém, a regras estabelecidas e não sendo gratuito, visto que sujeito a preço, embora com desconto, tem-se que não guardam tais opções de compra da empresa caráter salarial. Recurso Ordinário obreiro a que se nega provimento, no aspecto” (TRT 2ª Região – 42364200290202002-RO-Ac.20030636234 – 7ª T – Relª Juíza Anélia Li Chum – DOESP 5.12.2003)

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (“STOCK OPTION”). REMUNERAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Os lucros decorrentes de opções de compra de ações (stock options) não configuram remuneração, nos termos do artigo 457 ou do artigo 458, da Consolidação das Leis do Trabalho. Embora normalmente resultem em acréscimo patrimonial, não visam a remunerar o trabalho, mas a incentivar a obtenção de um

melhor desempenho da companhia empregadora, o que as aproxima da participação nos lucros ou resultados. Por outro lado, a aquisição não é obrigatória e, sim, opcional, e as ações são transferidas a título oneroso, o que exclui a hipótese de constituir-se salário-utilidade. Além do mais, tais opções implicam risco para o empregado adquirente, uma vez que as ações adquiridas podem valorizar-se ou desvalorizar-se, circunstância que a distingue do salário "stricto sensu", cujo caráter "forfetário" é conhecido. TRT 15ª Reg. (Campinas/SP), RO 0387-2003-045-15-85-7, (Ac. 31971/07-PATE, 3ªC.), Rel. Juiz Ricardo Regis Laraia. DJSP 13.7.07, p.76)

“STOCK OPTIONS. NATUREZA JURÍDICA. Não se tratando de parcela destinada a contraprestação pelos serviços prestados, os Planos de Opção de Compra de Ações (Stock Option Plan) não ostentam natureza salarial, não integrando a remuneração do empregado nos termos definidos pelos artigos 457 e 458 da CLT. (TRT 15ª Região, RO 02125-2007-109-15-00-2, Ac 80161/08 PATR 1ªC, DOE 05.12.08, p.54, Luiz Antonio Lazarim)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. Compra de ações vinculada ao contrato de trabalho. Stock options. Natureza não salarial. Exame de matéria fática para compreensão das regras de aquisição. Limites da Súmula nº 126/TST. As stock options, regra geral, são parcelas econômicas vinculadas ao risco empresarial e aos lucros e resultados do empreendimento. Nesta medida, melhor se enquadram na categoria não remuneratória da participação em lucros e resultados (art. 7º, XI, da CF) do que no conceito, ainda que amplo, de salário ou remuneração. De par com isso, a circunstância de serem fortemente suportadas pelo próprio empregado, ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa, mais ainda afasta a novel figura da natureza salarial prevista na CLT e na Constituição. De todo modo, torna-se inviável o reconhecimento de natureza salarial decorrente da possibilidade de compra de ações a preço reduzido pelos empregados para posterior revenda, ou a própria validade e extensão do direito de compra, se a admissibilidade do recurso de revista pressupõe o exame de prova documental - O que encontra óbice na Súmula nº 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (TST; AIRR 85740- 33.2009.5.03.0023; Sexta Turma; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 04/02/2011; Pág. 2143)

PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA ARGUIDA EM CONTRA-RAZÕES. I. (...) STOCK OPTION PLANS. NATUREZA SALARIAL. Não se configura a natureza salarial da parcela quando a vantagem percebida está desvinculada da força de trabalho disponibilizada e se insere no poder deliberativo do empregado, não se visualizando as ofensas aos arts. 457 e 458 da CLT. (...). (TST; RR 3273/1998-064-02-

00; Quarta Turma; Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen; Julg. 15/03/2006; DJU 31/03/2006)

Este entedimento não nasceu pronto, ele veio sendo construído ao longo do tempo pela doutrina e jurisprudência. Para o desembargador Sérgio Pinto Martins, no plano de 'stock option' o empregado aceita os riscos inerentes ao negócio que lhe é oferecido e às condições contratualmente estabelecidas, pois não há garantia alguma contra perdas decorrentes das flutuações do preço das ações, que são negociadas na Bolsa, o que afasta qualquer natureza salarial:

"Stock option plano. Natureza comercial. O exercício da opção de compra de ações pelo empregado envolve riscos, pois ele tanto poderá ganhar como perder na operação. Trata-se, portanto, de operação financeira no mercado de ações e não de salário. Não há pagamento pelo empregador ao empregado em decorrência de prestação de serviço, mas risco do negócio. Logo, não pode ser considerada salarial a prestação" (TRT 2ª R. (20030145141) - 3ª T - Rel. Sérgio Pinto Martins - DOESP 08.04.2003).

Em decisão ainda mais recente o Tribunal Superior do Trabalho no RR-201000-02.2008.5.15.0140, manteve este posicionamento, não entendendo pela natureza remuneratória:

(...)

PLANO DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. INTEGRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. Em que pese a possibilidade da compra e venda de ações decorrer do contrato de trabalho, o trabalhador não possui garantia de obtenção de lucro, podendo este ocorrer ou não, por consequência das variações do mercado acionário, consubstanciando-se em vantagem eminentemente mercantil. Dessa forma, o referido direito não se encontra atrelado à força laboral, pois não possui natureza de contraprestação, não havendo se falar, assim, em natureza salarial. Precedente. Recurso de revista de que não se conhece.

Alegações de que o que é considerado pela Justiça do Trabalho não impactam naquilo que é compreendido pela Fazenda Nacional no momento de tributar o Contribuinte não podem prosperar.

Repiso aqui meu próprio entendimento já registrado no Processo 10680.722449/2010-54, que embora trate de situações bem diversas aproveita na discussão central. Sendo a meu ver inadmissível para a segurança jurídica que o mesmo fato seja considerado de diferentes formas para o Estado ao mesmo tempo, ou seja, que para a Justiça do Trabalho não seja reconhecida natureza remuneratória de uma verba e para a Receita Federal o seja, unicamente com a finalidade de cobrar contribuição previdenciária, ou dar nova interpretação ao fato gerador do imposto de renda.

O mesmo fato não pode ser considerado de forma distinta quando aplicado sobre a ele a mesma lei. Para cobrar contribuição previdenciária é necessário que seja reconhecida a relação de emprego ou a natureza da verba havida nesta relação, dentro das hipóteses de prestação de serviço previstas em lei que o tomador é o responsável tributário. Nesta seara, a manifestação da Justiça do Trabalho se mostra mais específica, pois é de sua competência o reconhecimento destas relações.

Entendo que vínculo de emprego deve ser vínculo de emprego ou a natureza da verba deve ser a mesma sob as mesmas circunstâncias seja para o direito do trabalho seja para o tributário. Fato é que, em havendo sua comprovação aí sim, gera efeitos reflexos tributários que estão previstos na legislação previdenciária/tributária.

Assim **não há dúvida da ocorrência do fato gerador do imposto de renda para a pessoa física, contudo não se confunde com remuneração**, mas apenas com ganho de capital.

Em não havendo ligação lógica entre a verba discutida e a natureza remuneratória não há que se falar, por exemplo, **na obrigação da Empresa pelo Imposto retido na fonte muito menos na aplicação da multa isolada.**

Desse modo, conheço do Recurso do Contribuinte para no mérito dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes.

Declaração de Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

O objetivo da presente declaração é deixar claro as razões pelas quais acompanhei o relator pelas conclusões.

No processo paradigma, que aliás, entendi que serviria para demonstrar a divergência em relação a matéria caráter remuneratório X mercantil do *stock option* fornecido pela autuada aos seus colaboradores, já havia apresentado declaração de voto destacando os motivos pelos quais entendo estar claramente demonstrado o caráter remuneratório. Dessa forma, colaciono as razões lá apresentadas no presente processo, por entender que o plano apresentado assemelha-se ao aqui apresentado.

Primeiramente, naqueles autos, discordei da então relatora que havia trazido informação no meu entender equivocada de que a turma ao analisar situações anteriores firmou convicção nos acordãos acórdãos n.s 2401003.044 e 2401003.045, de que se trataria de típico contrato mercantil.

[...]

Na verdade nos citados acordãos, por maioria, entendeu-se que os planos ali ofertados constituiriam sim, salário de contribuição, contudo, enquanto relatora iniciei meu voto, fazendo uma abordagem teórica sobre o tema, indicando que em sua concepção originária os stock options constituiriam contrato mercantil, mas, destaquei que, não é a mera nomenclatura atribuída pelo sujeito passivo elemento suficiente para excluir uma verba do conceito de remuneração, restando naquele caso demonstrado pela autoridade fiscal, que o plano de stock options possuía sim natureza salarial. Assim, repriso meu entendimento acerca do tema.

Apenas, para melhor esclarecer, trago meu entendimento a repositio da questão, fazendo a seguir o cotejamento com o plano ora sob análise.

DA DEFINIÇÃO DO STOCK OPTIONS

Doutrinariamente, ou seja, em sua concepção original, o *Stock Option Plan* (Plano de Opção de Compra de Ações) representa um plano que determina regras e critérios para outorga a determinados trabalhadores da possibilidade de aquisição de ações da empresa. Esses trabalhadores podem encontrar-se na situação de empregados, autônomos, administradores (contribuintes individuais para a previdência social). A opção por ações proporciona ao beneficiário a assinatura de um contrato mediante pagamento de um valor, para ter direito de compra de ações por um valor pré determinado, após um período de carência previamente fixado (permanência na empresa) e a possibilidade de vendê-las no mercado de capitais auferindo lucro ao final desse prazo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a opção de compra de ações esta prevista no § 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404/76, *verbis*:

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

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

Para elucidar a definição do Plano de Opção de Compra de Ações, podemos citar o texto da lavra de “CALVO, Adriana Carrera. A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho – “employee stock option plans”. Clubjus, BrasíliaDF:25 ago. 2007”, que assim aborda a matéria:

1. Introdução

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

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

No início, estes programas foram implementados no Brasil com o intuito de manter os benefícios que os expatriados possuíam quando eram empregados da matriz da empresa no exterior.

Posteriormente, passou a ser comum a oferta destes benefícios não somente aos empregados estrangeiros, como também aos novos gerentes contratados no Brasil. Mais tarde, passou a ser estendido também aos demais empregados brasileiros da empresa.

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

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

Esta prática permite alcançar 2 (dois) grandes objetivos primordiais para o sucesso de qualquer empresa: retenção dos empregados considerados “talentos” da empresa e o atingimento de resultados por meio de uma parceria entre os acionistas e empregados da empresa. É à busca da verdadeira relação do tipo “ganhaganha” no ambiente de trabalho.

2. O plano de opção de compra de ações

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

Em geral, o plano de “stock options” contém os seguintes elementos: (1) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção (“exercise price”); (2) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções (“vesting”) e; (3) termo de opção – prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação (“expiration date”): O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado.

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

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

Segundo o dicionário 'Barrons Dictionary of Legal Terms', o termo stock option significa: “a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data a futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo em que a opção lhe é conferida, e não ao tempo em que as ações são adquiridas”. Assim, as opções representam o direito de comprar ações a um preço fixo, definido na data em que as opções são concedidas (preço de exercício). Após um determinado período (prazo de carência, também chamado de 'vesting'), esse direito de opção de compras pode ou não ser exercido, já que não se trata de obrigação, como mencionado acima e envolve risco para o empregado.

Ou seja, no meu entender, na sua concepção original o *stock options*, ao possibilitar a assinatura de um contrato com o correspondente pagamento de um preço ajustado para ter o direito de comprar ações futuras (sem a devolução do valor já pago), é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador). Consistiria em um regime de opção de compra de ações por preço prefixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo, dentro dessa concepção caráter salarial. Assim, não parto da premissa, de que qualquer plano de *stock options* teria natureza salarial, como também não há como se afirmar que ao atribuir a nomenclatura de "*stock options*", estará a empresa desobriga de incluir tal verba na base de cálculo de contribuições previdenciárias ou de qualquer outro tributo.

No mesmo sentido, temse encaminhado os renomados doutrinadores trabalhistas brasileiros, dentre eles cite-se a professora Alice Monteiro de Barros (in Curso de Direito do Trabalho, 6.^a ed., São Paulo: LTR, 2010, p. 783):

"As stock option constituem um regime de compra ou de subscrição de ações e foram introduzidas na França em 1970, cujas novas regras encontram-se na Lei n. 420, de 2001. Não se identificam com a poupança salarial. O regime das stock option permite que os empregados comprem ações da empresa em um determinado período e por preço ajustado previamente.

É no mesmo sentido, que entendo que o simples fato de uma empresa ofertar aos seus trabalhadores, um plano de outorga de opção pela compra de ações de forma onerosa, não pode ser fundamentação isolada para a configuração de fato gerador de contribuições previdenciárias, partindo da premissa de que toda a forma de STOCK OPTIONS, tende a remunerar, premiar o trabalhador pela prestação de serviços.

Contudo, a análise realizada acima, teve por escopo aspectos doutrinários do termo "STOCK OPTIONS", sendo que a conclusão acerca da procedência do lançamento, ou seja, sobre a efetiva natureza salarial do plano de outorga ora apresentado, merece uma análise não apenas conceitual, mas especialmente, se o pagamento feito pela recorrente encontra-se em perfeita consonância com a concepção original descrita acima, afastando-se a natureza remuneratória, conforme argumentado pelo recorrente.

Entendo que, apenas restando respeitada essa concepção original que envolveria um risco na assinatura do contrato, já que o trabalhador teria que pagar um valor para ter direito a participar do plano de stock options é que poderíamos dizer que a natureza seja mercantil. Em todos os demais casos, como nos presentes autos, onde a única exigência para que se tenha direito a participar do plano e comprar ações com um valor de deságio futuro, seja permanecer trabalhando, ou seja, cumprir uma carência de tempo de trabalho, fica nítido o caráter salarial do plano, pois não envolve qualquer risco ao trabalhador.

CONFIGURAÇÃO DA NATUREZA REMUNERATÓRIA DO STOCK OPTIONS

Assim como descreve a doutrina, o recorrente e o próprio auditor fiscal, o surgimento do Plano de Opção pela Compra de Ações – chamado de stock options, deu-se na lei da S.A em seu art. 128, o que lhe conferiu inicialmente caráter mercantil.

Mas, o objetivo desse lançamento e de toda a discussão acerca do tema, é se o fato de a previsão para outorga de ações ter se dado na lei das S.A, afastaria qualquer possibilidade de considerar o benefício como salário indireto, e por conseguinte, incluí-lo na base de cálculo de contribuições? Acredito que não!

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

Vimos, no decorrer dos últimos anos, nascer, disseminar, e morrer diversas formas de pagamentos indiretos, como é o caso das empresas de premiação, que surgiram como ideias legítimas de satisfação dos empregados, ou mesmo de diminuição dos custos das

empresas. É certo que o planejamento estratégico, muito presente nos dias atuais, tanto na contratação de trabalhadores, como organização das empresas, impulsiona os empresários a buscar formas de vencer no mercado, com a conseqüente diminuição de custos e aumento da eficiência. Mas, não podemos entender que o simples uso de uma nomenclatura seja capaz de excluir determinado benefício do conceito de remuneração. No caso, deve a autoridade fiscal e órgão julgador verificar se na essência o pagamento cumpriu sua premissa básica, aquela na qual original encontrava-se consubstanciado.

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

Como defendeu a autoridade fiscal, o caráter remuneratório nasce, na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma, que o mesmo veja no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta. Destaco, porém, que embora, não concorde com a frase dita de forma isolada, no contexto apresentado pelo auditor, entendo que a conclusão mostra-se acertada. Os próprios comunicados e instrumentos de gerenciamento descrevem a nítida intenção de remunerar os trabalhadores por meio do *stock options*. E aqui, conforme descrito acima, não importa se estamos falando de empregado, ou mesmo prestador de serviços contribuinte individual. O termo “remuneração” deve ser tomado em sua acepção mais ampla, como qualquer pagamento tendente a remunerar o trabalho prestado ou o tempo a disposição do empregador.

Partindo do posicionamento acima exposto, o qual já adoto nos meus julgados a respeito do tema, discordo do entendimento da relatora de que a fiscalização não aponta as características do plano que demonstram a sua natureza salarial. Realmente a primeira indicação da autoridade fiscal, é que o plano em questão é na verdade remuneração, mas ao contrário do que tenta demonstrar a relatora foram apreciados pontualmente características que me fazem concordar com o caráter salarial do benefício fornecido.

Uma leitura do termo de verificação fiscal, deixa claro, ter a autoridade fiscal se debruçado sobre os planos e demais instrumentos e comunicados gerenciais da empresa, assim, como descrito pelo ilustre relator desse voto. No caso, restou suficientemente demonstrado que a nítida intenção do plano ofertado era de conferir um ganho indireto ao trabalhador, razão pela qual restou caracterizada a sua natureza salarial.

Conforme descrito anteriormente, o argumento consistente para que a opção de compra de ações se afasta da natureza remuneratória e assuma a sua condição conceitual é o fato do risco atribuído ao empregado ou contribuinte individual, quando lhe é feita a opção pela compra de ações. Todavia, no presente caso, esse elemento resta mitigado, na medida que a empresa, vai criando políticas que permitem o acesso ao plano sem o desembolso de qualquer valor no momento de assinatura do contrato de opção pela compra de ações.

Conforme podemos identificar nos autos não há pagamento no momento da assinatura do contrato de outorga de opção. Ou seja, não estabeleceu a empresa um valor ou antecipação no momento da contratação da outorga, demonstrando que o recorrente simplesmente atribuiu a possibilidade de aquisição (diga-se que não é obrigatório), permitindo, ao beneficiário a escolha do melhor momento para aquisição das ações (dentro de um prazo limite estipulado pela empresa). Esse fato mostra-se relevante, quando em outras oportunidades (outros planos de *stock options*) identificou-se um desembolso no momento da assinatura do contrato de opção, sem nesse momento exercer qualquer tipo de direito, mas tão somente para

ter direito de futuramente exercê-las por um preço previamente estipulado. A atribuição de um valor no momento de assinatura do contrato, denotaria um risco, pois se o trabalhador futuramente não tiver interesse em exercer o direito de comprar, não terá direito ao reembolso do valor.

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

Assim, pelas razões apresentadas acima, chego a mesma conclusão do relator de restar nitidamente caracterizado o caráter salarial do plano de *stock options* ofertado pela recorrente aos seus trabalhadores.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Viera.