



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.720149/2017-12
ACÓRDÃO	9101-007.099 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	7 de agosto de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO CONTRIBUINTE
RECORRENTE	ITAU UNIBANCO HOLDING S/A
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2012

RECURSO ESPECIAL. DISTINÇÃO FÁTICA RELEVANTE ENTRE OS CASOS. NÃO CONHECIMENTO.

Não resta configurada a divergência jurisprudencial quando há, entre o caso recorrido e os casos paradigmáticos, distinções fáticas relevantes e determinantes para o alcance das conclusões diversas. Daí concluir que a ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões cotejadas prejudica o conhecimento recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli– Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pelo sujeito passivo em face do Acórdão nº **1402-006.239** (fls. 1.153/1.174), o qual negou provimento ao recurso voluntário com base na seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/02/2012 a 30/09/2012

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

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

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

Em resumo, trata-se de processo decorrente de Auto de Infração que exige multa por falta de retenção do imposto de renda na fonte (IRRF), com fundamento no art. 717 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, incidente sobre as *remunerações* atribuídas aos administradores da autuada por meio de outorga de opções de compra de ações (*stock options*).

Cientificada da decisão de segunda instância, a recorrente apresentou tempestivamente embargos de declaração (fls. 1.183/1.188), sustentando existir dois vícios no julgado, quais sejam: **(i)** omissão quanto à nulidade da autuação em face da alegada *incongruência entre o motivo da autuação (acusação de falta de cobrança de prêmio na outorga de opção de compra de ações) em relação ao fato gerador (exercício da opção de compra de ações) e à base de*

cálculo (diferença entre o valor de mercado da ação na data do exercício e o preço de exercício da opção); e (ii) omissão quanto à onerosidade, à eventualidade e ao risco ligados ao plano.

Despacho de fls. 1.285/1.289 rejeitou os embargos, do qual reproduzo as seguintes passagens:

Resta evidente que o Colegiado nem estaria obrigado a seguir a linha interpretativa almejada pela interessada, posto que sua função é decidir as questões que lhe são apresentadas a partir de seus próprios fundamentos e concepções.

Ainda assim, verifica-se, novamente sem grande dificuldade, que esses supostos critérios da operação foram objeto de expressa manifestação, como se pode depreender dos seguintes excertos (com destaques):

Dentre as diversas nuances da operação em questão, salta aos olhos o fato da oferta ser restrita aos colaboradores indicados pelo Comitê de Nomeação e Remuneração, conforme exposto no item 2 do Plano para outorga de opções de ações, aprovado pela assembleia geral de 01.11.2002, bem como que **as opções são concedidas sem ônus para os beneficiários, uma vez que eles não ficam obrigados a pagar qualquer prêmio**, bastando que permaneçam trabalhando para a companhia durante o período de tempo fixado no ato de outorga e cumpram as metas de resultado e de produtividade ali fixadas. Somente no ato de aquisição das ações, isto é, **ao exercerem a opção de compra, haverá onerosidade, mas sem desembolso financeiro**, sendo suficiente que sejam cumpridas determinadas obrigações de fazer estabelecidas no instrumento de outorga, todas vinculadas à relação de trabalho mantida com a empresa emissora da opção.

[...]

Como se pode observar, os critérios reclamados pela Embargante foram expressamente analisados pelo acórdão, de modo que **inexiste** qualquer omissão na decisão.

Por fim, também não prospera a tese de “inexatidão”, relativa ao momento em que seriam apurados o desempenho e a produtividade do beneficiário.

Trata-se, à evidência, de questão de mérito, de natureza interpretativa, sendo vedada a tentativa de “retificação” do entendimento adotado pelo Colegiado em sede de embargos, conforme jurisprudência assente nos tribunais superiores.

[...]

Em seguida o sujeito passivo interpôs o recurso especial, que foi admitido nos seguintes termos (fls. 1.476/1.486):

Em seu apelo especial, a Recorrente suscita divergência jurisprudencial quanto às seguintes matérias:

- **natureza remuneratória das Stock Options;**

- **momento da ocorrência do fato gerador do IRRF no contexto das Stock Options.**

Nesse sentido, são os seguintes os argumentos iniciais trazidos pela Recorrente para sustentar o cabimento de seu apelo especial:

[...]

Análise da demonstração da divergência - 1ª matéria: natureza remuneratória das Stock Options

Para fins de sustentar o cabimento de seu apelo especial em relação à 1ª matéria, a Recorrente assim se manifestou:

[...]

Segundo a Recorrente, o entendimento do Colegiado recorrido acerca da natureza do Stock Option Plan divergiu da interpretação da legislação tributária que prevaleceu no **Acórdão nº 2401-003.890**, em que se encontrava sob exame o mesmo plano de opções de compra de ações que compõe o objeto deste processo. E acrescenta que a decisão recorrida também divergiu do **Acórdão nº 2803-03.815** quanto à natureza dos planos de Stock Options.

Quanto ao primeiro paradigma (Acórdão nº 2401-003.890), de fato, entendo que a Recorrente logrou êxito em demonstrar a existência da divergência jurisprudencial suscitada.

Primeiramente, resta evidente a similitude fática do paradigma, haja vista que naquela decisão tratava-se da análise de autuação em face da própria Recorrente, em razão do entendimento da fiscalização acerca da natureza remuneratória do mesmo plano de Stock Options examinado na decisão recorrida.

E a despeito da similitude fática, chegou-se no Acórdão recorrido a conclusão diametralmente oposta àquela alcançada no primeiro paradigma, no que tange à natureza do plano de Stock Options levado a efeito pela Recorrente.

Na **decisão recorrida** prevaleceu o entendimento de que “a concessão do benefício se condiciona ao cumprimento de metas de performance e de redução de custos, bem como à permanência do beneficiário no quadro funcional da empresa”, acrescentando que “o exercício da opção está vinculado à qualidade da prestação dos serviços e com o esforço do colaborador, ou com seu desempenho, em clara demonstração da sua natureza remuneratória”.

Por outro lado, no **primeiro paradigma** adotou-se entendimento diametralmente oposto, no sentido de que “não é possível caracterizar a aquisição das ações por meio dos contratos de opção de compra de ações como remuneração”, argumentando que o fato de a oferta de ações aos trabalhadores por meio de planos de stock options ter relação direta com a qualidade e importância do serviço prestado pelo beneficiário à empresa não implica a automática caracterização de planos dessa natureza como remuneração. Nesse sentido, segue o voto condutor do paradigma enfatizando o caráter oneroso do plano,

bem como a presença de risco para o beneficiário, concluindo do plano de Stock Options em tela possui caráter mercantil, e não remuneratório.

Dessa forma, em se tratando de cenários fático análogos, e tendo a decisão recorrida chegado a conclusão diametralmente oposta àquela alcançada no primeiro paradigma quanto à natureza remuneratória do plano de Stock Options, entendo que restou demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada pela Recorrente.

Quanto ao **segundo paradigma (Acórdão nº 2803-03.815)**, entendo que também restou demonstrada a divergência suscitada, haja vista que, analisando plano similar de concessão de opções de compra de ações, a então 3ª Turma Especial da 2ª Seção do CARF concluiu que “as compras das ações mediante o plano de opção da recorrente não pode ser colocado como remuneração pelo trabalho/serviço, pois trata-se apenas de um negócio de compra e venda de direitos acionários, regulados pelo direito civil”.

Ante o exposto, uma vez demonstrada a divergência jurisprudencial, e tendo sido atendidos os demais pressupostos de admissibilidade, entendo que deve ser **dado seguimento à 1ª matéria: natureza remuneratória das Stock Options.**

Análise da demonstração da divergência - 2ª matéria: momento da ocorrência do fato gerador do IRRF no contexto das Stock Options

São os seguintes os argumentos elaborados pela Recorrente a fim de sustentar o cabimento de seu apelo especial em relação à 2ª matéria:

[...]

De acordo com a Recorrente, o entendimento do Colegiado recorrido acerca do momento de ocorrência do fato gerador no presente caso diverge da fundamentação que prevaleceu no **Acórdão nº 2803-03.815**.

Em análise ao inteiro teor do paradigma, entendo que mais uma vez restou demonstrada a divergência jurisprudencial.

Na **decisão recorrida**, entendeu-se como ocorrido o fato gerador no momento do exercício da opção de compra pelo beneficiário do plano. Nesse sentido, o acréscimo patrimonial percebido pelo beneficiário se materializa no momento em que adquire ações da companhia por valor inferior ao praticado no mercado, independentemente de venda futura das ações adquiridas.

Por outro lado, no **paradigma** entendeu-se que no momento do exercício das opções haveria apenas uma expectativa de ganho futuro, que somente se materializaria com a eventual venda das ações no futuro.

[...]

Isto posto, entendo que também restou demonstrada a divergência jurisprudencial quanto à 2ª matéria: momento da ocorrência do fato gerador do IRRF no contexto das Stock Options.

[...]

Chamada a se manifestar, a PGFN apresentou contrarrazões às fls. 1.488/1.497, atacando tão somente o mérito.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, notadamente a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial, previsto no art. 67 do Anexo II do “antigo” Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), bem como no art. 118 do RICARF/2023, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, *in verbis*:

RICARF/2015:

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.

(...)

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

(...)

RICARF/2023:

Art. 118 - Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra acórdão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara,

Turma Especial, Turma Extraordinária ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

§ 1º - O recurso deverá demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

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

(...)

Como se nota, compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara ou turma do CARF objetivando, assim, implementar a almejada “segurança jurídica” na aplicação da lei tributária.

O termo “especial” no recurso submetido à CSRF não foi colocado “à toa”, afinal trata-se de uma espécie recursal específica, mais restrita do ponto de vista processual e dirigida a um Tribunal Superior que não deve ser confundido com uma “terceira instância” justamente porque possui função institucional de uniformizar a jurisprudência administrativa.

É exatamente em razão dessa finalidade típica que o principal pressuposto para conhecimento do recurso especial é a demonstração cabal, por parte da recorrente, da efetiva existência de *divergência de interpretação da legislação tributária entre o acórdão recorrido e o(s) paradigma(s)*.

Consolidou-se, nesse contexto, que a comprovação do dissídio jurisprudencial está condicionada à existência de **similitude fática** das questões enfrentadas pelos arestos indicados e a **dissonância nas soluções jurídicas** encontrada pelos acórdãos enfrentados.

É imprescindível, assim, sob pena de não conhecimento do recurso especial, que sobre uma base fática equivalente (ou seja, que seja efetivamente comparável), julgadores que compõem Colegiados distintos do CARF tenham proferido decisões conflitantes sobre uma mesma matéria.

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², “a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a pretender a

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.

Trazendo essas considerações para a prática, um bom exercício para se certificar da efetiva existência de *divergência jurisprudencial* consiste em aferir se, diante do confronto entre a decisão recorrida e o(s) paradigma(s), o Julgador consegue criar a convicção de que o racional empregado na decisão tomada como *paradigma* realmente teria o potencial de reformar o acórdão recorrido, caso a matéria fosse submetida àquele outro Colegiado.

Caso, todavia, se entenda que o alegado *paradigma* não seja apto a evidenciar uma solução jurídica distinta da que foi dada pela decisão recorrida, e isso ocorre, por exemplo, na hipótese das decisões sinalizarem que as conclusões jurídicas são diversas em função de circunstâncias ou premissas fáticas dessemelhantes, e não de posição hermenêutica antagônica propriamente dita, não há que se falar em dissídio a ser dirimido nessa Instância Especial.

Pois bem.

Da primeira matéria: “natureza remuneratória das Stock Options”

De acordo com o voto vencido do acórdão recorrido:

[...]

24. Sem levantar discussão nesse momento sobre se houve ou não a obrigação do contribuinte, entende-se que não foram atendidas as condições estabelecidas em lei para que a obrigação do responsável pudesse surgir, conseqüente pudesse ser exigível. De acordo com o parágrafo único do art. 45 do CTN, “a lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.”. Com essa redação, o Código estabelece que cabe à lei ordinária definir os termos em que a retenção deva ser feita. Por sua vez, o art. 7º da Lei prevê que os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoa física ou jurídica, sofreriam a incidência de retenção na fonte. No presente caso, os fatos não se enquadram na descrição legal porque não há por parte do Requerente pagamento ou creditamento. Explica-se.

(...)

27. Não é possível exigir tal comportamento do responsável. Isso porque ele não tem poder de coerção, de forma a fazer com que o beneficiado entregue recursos além do valor do contrato, o que poderia, inclusive, vir a causar uma interferência nas relações negociais, portanto, na atividade econômica. Igualmente, não convém demandar que o responsável desconte o montante referente ao IRRF dos valores pagos pelas ações, pois seria exigir que ele arcasse com o ônus econômico. Além disso, advém o questionamento de quando o responsável conseguiria ou poderia reaver o valor desembolsado por ele perante o contribuinte. Ao que parece, apenas após o ajuste anual. Mas mais do que isso, no

caso de negativa de pagamento de um dos contribuintes, ou de vários deles, o responsável seria obrigado demandar judicialmente para reaver tais valores. O raciocínio demonstra que exigir algo semelhante do responsável seria desproporcional e não estaria em consonância com o ordenamento jurídico.

(...)

30. Em suma, verifica-se que os fatos relacionados a stock options não se encaixam na situação de retenção na fonte, por não haver pagamento ou creditamento por parte da fonte.

VI. Caráter remuneratório e relação de trabalho

31. Tanto o Recorrente quanto a PGFN discorrem sobre o caráter remuneratório das stock options, proveniente da relação de trabalho entre executivos e o Interessado. Dentro do ponto de vista do sujeito passivo, as opções não teriam caráter remuneratório, mas mercantil. Já para a Fazenda haveria o caráter remuneratório seria claro, proveniente da relação de trabalho. Tais argumentações dizem respeito ao enquadramento no art. 7º, I da Lei 7.713/88, uma vez que este dispõe que deve haver incidência de retenção na fonte sobre os rendimentos do trabalho assalariado.

32. Ainda que haja discussões sobre o assunto, uma vez que a 2ª Turma da CSRF decidiu, por voto de qualidade, no Acórdão nº 9202-007.378, em 27/11/18, que há caráter remuneratório proveniente na relação de trabalho, mas que, por exemplo, Gilberto Stürmer, autor de Direito do Trabalho, defende que stock options são parcelas não salariais, entende-se que a discussão foi absorvida pelo tópico anterior, já que não se vislumbra que os atos do Recorrente se enquadrem em situação que se exija a retenção na fonte.

Já do voto vencedor da decisão ora recorrida extrai-se o quanto segue:

Voto vencedor

Não obstante o bem fundamentado voto de lavra do Conselheiro Relator Luciano Bernart, o colegiado divergiu quanto à natureza das denominadas *stock options*, entendendo que elas possuem clara função remuneratória e, assim, sujeitas à incidência do IRRF no que concerne à vantagem concedida aos trabalhadores beneficiados.

[...]

Todavia, ainda que se possa discutir sobre a inexistência de efeito remuneratório nas situações em que o exercício da opção para a aquisição das ações não se condicione a qualquer contrapartida excepcional, em comparação às condições em que as ações são oferecidas ao público em geral, de modo a configurar mera natureza mercantil da operação, **esse não é o caso dos autos**.

Com efeito, sobre esse aspecto o item 77 do Relatório Fiscal de fls. 610/661 é suficientemente elucidativo ao identificar diversos traços das operações em espeque que apontam para o caráter retributivo do benefício. Confira-se:

[...]

Dentre as diversas nuances da operação em questão, salta aos olhos o fato da oferta ser restrita aos colaboradores indicados pelo Comitê de Nomeação e Remuneração, conforme exposto no item 2 do Plano para outorga de opções de ações, aprovado pela assembleia geral de 01.11.2002, bem como que as opções são concedidas sem ônus para os beneficiários, uma vez que eles não ficam obrigados a pagar qualquer prêmio, bastando que permaneçam trabalhando para a companhia durante o período de tempo fixado no ato de outorga e cumpram as metas de resultado e de produtividade ali fixadas. Somente no ato de aquisição das ações, isto é, ao exercerem a opção de compra, haverá onerosidade, mas sem desembolso financeiro, sendo suficiente que sejam cumpridas determinadas obrigações de fazer estabelecidas no instrumento de outorga, todas vinculadas à relação de trabalho mantida com a empresa emissora da opção. Acrescente-se que a cláusula 7.2 do Plano traz a previsão de que se qualquer titular da opção se desligar ou for desligado da companhia, as opções, com validade de 5 a 10 anos a contar da emissão, terão a sua vigência extinta, fato que confirma a estreita relação condicional entre o direito de opção e a relação de emprego.

Registre-se que esse cenário de evidente contraprestação do trabalho não se modifica mesmo no caso das opções bonificadas, que, por serem adquiridas por meio oneroso, diferem das *stock options* comuns, em que há a concessão de prazo de carência para o exercício, cujo ato de adesão vem acompanhado do imediato desembolso pelo beneficiário para compra ou exercício de ações próprias da companhia

[...]

Não é acaciano lembrar que não é exigido desembolso financeiro na oferta de opção de compra, de modo que, no momento da compra das ações, é possível ao beneficiário avaliar seu valor de mercado, exercendo o direito e obtendo ganhos, caso o valor seja favorável, ou não o exercendo e evitando prejuízos, na hipótese contrária. Assim, a faculdade de exercer o direito elimina qualquer risco para o beneficiário. Ademais, a posterior venda ou não das ações constitui faculdade do beneficiário, que não é obrigado a revendê-las, muito menos quando se deparar com cotação que lhe seja prejudicial.

Outrossim, a relação jurídica existente entre o ofertante da opção de compra (empregador) e o beneficiário não se confunde com a relação jurídica que se estabelece entre o adquirente da ação e o mercado perante o qual ela poderá eventualmente vir a ser negociada, sem prejuízo das condições preestabelecidas pelo ofertante que, como visto, constituem fatores que vinculam o direito de opção ao trabalho exercido, confirmando a sua natureza contraprestativa. Dessa

maneira, eventos posteriores à disponibilização do bem ao beneficiário não interferem na caracterização de sua natureza remuneratória.

Considerando que a concessão do benefício se condiciona ao cumprimento de metas de performance e de redução de custos, bem como à permanência do beneficiário no quadro funcional da empresa, conclui-se que o exercício da opção está vinculado à qualidade da prestação dos serviços e com o esforço do colaborador, ou com seu desempenho, em clara demonstração da sua natureza remuneratória.

[...]

Por via de consequência, conclui-se que não há qualquer incongruência entre o fato gerador eleito pela fiscalização (exercício das opções) e o que motivou a autuação, posto que o direito se consubstancia com o implemento das condições suspensivas, ou seja, com a compra das ações, momento em que as mesmas passam a integrar o patrimônio do beneficiário, cujo acréscimo, mensurável pelo valor de mercado da ação da data de exercício da opção de compra, configura fato gerador do imposto de renda, na acepção do artigo 43 do Código Tributário Nacional, que soa:

[...]

Como corolário lógico-jurídico da natureza remuneratória do plano de opções de ações em causa, há a obrigatoriedade da fonte pagadora proceder à retenção do imposto de renda, na forma estatuída pelo 624 do RIR/1999, vigente à época, *litteris*:

Art. 624. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, calculado na forma do art. 620, os rendimentos do trabalho assalariado pagos por pessoas físicas ou jurídicas (Lei nº 7.713, de 1988, art. 7º, inciso I)

[...]

Como se percebe, o Relator do acórdão recorrido votou pelo afastamento da multa lançada ante o entendimento de não ocorrência do fato gerador do IRRF. Na sua visão, não havendo pagamento (ou creditamento) de rendimento, a fonte pagadora (no caso, a Recorrente) não estaria obrigada a reter o respectivo imposto de renda.

Prevaleceu, porém, o entendimento de que a aquisição de ações nos termos do plano de *stock options* em questão possuiria sim natureza remuneratória, sujeitando-se ao IRRF com base no art. 624 do RIR/99, sendo esta conclusão apoiada na premissa de que *as opções são concedidas sem ônus para os beneficiários, uma vez que eles não ficam obrigados a pagar qualquer prêmio*.

Ou seja, considerando que a concessão das ações do plano estaria vinculada exclusivamente ao trabalho dos beneficiários, sem nenhum desembolso ou risco futuro, a decisão

recorrida enquadrrou o “incentivo” como uma espécie de verba remuneratória sujeita à retenção do IR no momento da opção.

O *primeiro paradigma* (Acórdão nº **2401-003.890**) analisou, é certo, autuação previdenciária emitida em face do mesmo contribuinte, para fatos geradores ocorridos em 2006, afastando a exigência lá formulada com base na seguinte motivação:

[...]

3.1. Do caráter mercantil do plano ora analisado

[...]

Esta Turma já se debruçou sobre esse tema e já manifestou o seu entendimento de que a aquisição de ações através de planos de stock options trata-se, em regra, de típico contrato mercantil, oneroso, em que o trabalhador, embora pretenda obter lucros, poderá amargar prejuízos inerentes ao risco de investir no mercado de ações - não configurando, portanto, base de cálculo das contribuições previdenciárias (acórdãos n.s 2401003.044 e 2401-003.045).

A onerosidade do contrato decorre do pagamento, pelo trabalhador, do preço de exercício estipulado. E essa onerosidade está diretamente atrelada ao elemento risco inerente a esse tipo de operação, já que, se não fosse oneroso, a entrega pelo empregador das ações ofertadas ao trabalhador poderia ser caracterizada como remuneração.

[...]

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

[...]

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

a) Onerosidade do plano

[...]

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

Isto porque, embora não seja preciso fazer desembolso inicial para adquirir a opção, o exercício da opção de ações do Recorrente é inequivocamente oneroso, já que existe a obrigação de o beneficiário pagar o preço fixado para a aquisição das ações, sendo este preço, a teor da cláusula sexta do plano, determinado pela média dos preços das ações nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, no período de no mínimo um e no máximo três meses anteriores à data das opções, facultado

ajuste de até 20%, para mais ou para menos. Esse preço do exercício das ações é devidamente reajustado até o mês anterior ao do exercício da opção pelo IGPM.

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

PREÇO DO EXERCÍCIO

[...]

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

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

b) Impossibilidade de transferência para terceiros

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

c) Livre exercício do direito de compra das ações

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

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

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

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

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

Após o exercício da opção, por sua vez, o trabalhador só pode alienar, de imediato, a metade das ações adquiridas com exercício das opções, de modo que a outra metade das ações fica indisponível pelo prazo de 2 (dois) anos, contados a partir do exercício da opção, conforme demonstram as cláusulas abaixo transcritas.

10. DISPONIBILIDADE DAS AÇÕES

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

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

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

[...]

Apenas a título exemplo, verifica-se, do Termo de Constatação elaborado pela KPMG, que, durante período inferior há um ano, as ações do Itaú tiveram grande alternância em seus valores, conforme demonstram as informações extraídas do site da BM&F Bovespa, por meio das quais se verifica que em 19/07/2007 o preço das ações era de R\$ 94,30 e, em 24/10/2008, a cotação despencou para R\$ 17,50. No caso ora analisado, tais informações tornam manifesto o risco dos trabalhadores ao adquirirem as ações da Companhia.

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

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

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

Tal risco foi ratificado a partir da análise realizada pela KPMG, que simulou algumas situações que, embora o trabalhador auferisse ganho no primeiro exercício da opção de compra de ações, passados dois anos, quando poderia exercer o direito em relação à metade das ações adquiridas anteriormente, acabaria realizando

prejuízo superior ao ganho inicialmente obtido, considerando a flutuação do valor da ação no mercado no decorrer do período analisado

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

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

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

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

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

Por oportuno, peço vênha para discordar da interpretação dada pela douta PGFN à cláusula 9 do Plano, que trata dos ajustes quantitativos das Opções. Tal cláusula diz respeito à necessidade de ajuste na quantidade ou preço das ações ofertadas em situações como desdobramento, grupamento de ações, fusão, incorporação, cisão, dentre outros, que, por sua natureza, afetam essas variáveis e demandam ajustes para que se mantenham as condições inicialmente pactuadas. Se, por exemplo, ocorreu um desdobramento de ações em mil, é preciso que as ações ofertadas sejam multiplicadas por mil, para manutenção das condições originais do plano. Isso não desvirtua o plano, nem foi utilizado pela fiscalização como argumento para descaracterização da sua natureza mercantil.

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

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

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

Como visto acima, no entender desta relatora, o plano de stock options do Recorrente não possui desvirtuamentos que levem à sua caracterização como remuneração. Não havendo que se falar em remuneração, não restou configurada a ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias, diante do que acabou ficando prejudicada a avaliação quanto à correição ou não do momento da ocorrência do fato gerador fixado pelas autoridades fiscais.

[...]

Como se percebe, o Colegiado do *primeiro paradigma* não viu nas cláusulas do plano de *stock option* concedido pela mesma contribuinte a gratuidade capaz de sustentar o aspecto remuneratório do *benefício*, valendo-se de uma premissa fática totalmente distinta, qual seja, de que teria sido celebrado na verdade um negócio jurídico mercantil, afinal a onerosidade teria sido demonstrada por um pagamento inicial e pela assunção de riscos de prejuízo quando do efetivo exercício da opção, elementos estes considerados essenciais para desvincular a contraprestação laboral.

Esclarecidas essas distintas premissas fáticas, forçoso concluir que não estamos diante de uma divergência de legislação tributária, mas sim de uma interpretação antagônica das cláusulas dos planos de *stock options*: enquanto a decisão recorrida entendeu, a partir da análise do que teria sido acordado pelas partes com base nos documentos deste processo, tratar-se de verba remuneratória ante a gratuidade e ausência de risco econômico da concessão do direito de opção, o julgado comparado vislumbrou no plano lá analisado um aspecto oneroso e com assunção de riscos financeiros, estes sim os elementos determinantes que afastaram o seu enquadramento como remuneração do trabalho propriamente dita.

Tratam-se, assim de precedentes que não possuem semelhança fática para a finalidade pretendida pela Recorrente, o que impede a caracterização do necessário dissídio na linha do que foi exposto acima.

Isso se repete com o *segundo paradigma* (Acórdão nº **2803-003.815**), que já na sua ementa registra que “*nos casos de opção de compra de ações das empregadoras pelos empregados ou diretores sem apoio financeiro daquelas, mediante preço representativo ao de mercado, não considera-se remuneração, nem fato gerador de contribuições previdenciárias, pois representam apenas um ato negocial da esfera civil/empresarial.*”

Nesse contexto, destaco o seguinte excerto do voto condutor:

[...]

No caso presente, não há participação monetária da Empresa na compra das ações, logo, de forma geral, trata-se de uma clássica de stock option, já de forma específica, no caso o valor pago não é pré-fixado, mas sim o próprio valor de mercado ou a ele representativo, obtido pela média da apuração do valor de mercado de três sessões da Bolsa de Valores de São Paulo anteriores a opção, o que se demonstra razoável. Assim, está claro que é o colaborador que assume o

risco, pois como é sabido os valores reais das ações é volátil ao gosto do mercado, possíveis diferenças não são efetivas.

A única prova efetiva nos autos é que houve compra por alguns colaboradores com preços fornecidos pelo próprio mercado. Ou seja, o aumento ou a diminuição enquadrada como “remuneração” não está atrelada à prestação de serviços do segurado, mas sim à cotação das ações no mercado, o que demonstra a completa interdependência das relações jurídicas outrora analisadas. E, o valor recebido na venda, não é pago pela empresa, mas por terceiro que adquiria as ações. Não há qualquer relação de ficta futura venda das ações entre a empresa e os compradores. Inclusive, no caso, a venda somente será permitida anos depois a compra.

[...]

Dessa forma, observa-se que as compras das ações mediante o plano de opção da recorrente não pode ser colocado como remuneração pelo trabalho/serviço, pois trata-se apenas de um negócio de compra e venda de direitos acionários, regulados pelo direito civil.

Note-se, também diante desse outro julgado comparado, que as distintas soluções se deram na verdade em função das especificidades e sistemáticas dos planos de *stock options*, e não de uma interpretação divergente da legislação tributária.

Dessa forma, não conheço do recurso voluntário no tocante à *primeira matéria*.

Da segunda matéria: “momento da ocorrência do fato gerador do IRRF no contexto das Stock Options”

Nesse ponto, o voto vencedor do acórdão recorrido assim validou o lançamento:

[...]

Do mesmo modo, no caso do plano de opções de ações sub examine, é irrelevante a ocorrência de negociação futura, bastando o exercício do direito de opção com a aquisição das ações para caracterizar a obtenção do benefício com essência remuneratória.

Destarte, na medida em que o beneficiário efetiva a aquisição das ações, com a empresa assumindo o valor que aquele deixou de pagar pelo exercício do direito de opção de compra previamente outorgado, ocorre o fato gerador do IRRF, cuja base de cálculo consiste no valor justo da contrapartida recebida, precificada nos termos do acima referido Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1), isto é, pela diferença, na data do exercício, entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício pago pelo beneficiário da opção, procedimento coincidente com o adotado pela fiscalização.

Como se nota, a aquisição gratuita do direito de opção e seu consequente enquadramento como verba remuneratória também foram determinantes para definir como fato gerador do IRRF o momento no qual a Recorrente teria assumido o valor pelo exercício desse direito, situação esta que, por se mostrar distinta da premissa fática adotada pelo julgado admitido nesta matéria (Acórdão nº **2803-003.815**, correspondente ao *segundo paradigma* analisado no item anterior), prejudica o conhecimento recursal.

Conclusão

Pelo exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli