



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720630/2015-46
Recurso Embargos
Acórdão nº 2201-006.068 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de fevereiro de 2020
Embargante ITAU UNIBANCO HOLDING S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/06/2010 a 31/12/2011

REMUNERAÇÃO INDIRETA. OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES - *STOCK OPTIONS*.

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

O ganho patrimonial deve ser apurado na data do exercício das opções e corresponde à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE COMPRA DE AÇÕES.

Acolhe-se embargos de declaração para reconhecer que o plano de *stock options* contempla livre exercício do direito de compra de ações, mas que tal fato isoladamente não o caracteriza como contrato mercantil, sendo que deve preencher de forma conjunta os requisitos: (i) a onerosidade e o (ii) risco inerente ao exercício do direito de aquisição das ações e (iii) livre exercício do direito de compra de ações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em conhecer e acolher os embargos formalizados pelo contribuinte em face do Acórdão nº 2201.004.815, de 05 de dezembro de 2018, para, sem efeitos infringentes, sanar o vício apontado nos termos do voto do Relator. Votou pelas conclusões o Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração de fls. 4232/4236 apresentados em face do acórdão nº 2201-004.815, proferido na sessão de 5 de dezembro de 2018, de fls. 4210/4221, cuja ementa transcrevo:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de apuração: 01/06/2010 a 31/12/2011

REMUNERAÇÃO INDIRETA. OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES - *STOCK OPTIONS*.

Os planos de opções de compra de ações - stock option estão sujeitos ao imposto de renda que deve ser retido pela fonte pagadora.

O ganho patrimonial deve ser apurado na data do exercício das opções e corresponde à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/06/2010 a 31/12/2011

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

Incidem os juros de mora sobre a multa de ofício, nos termos do disposto na jurisprudência do CARF.

Naquela oportunidade, produzi o relatório nos seguintes termos:

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 2518/2549, interposto contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (SC), de fls. 2465/2486 e fls. 2488/2510, a qual julgou procedente o lançamento por meio do qual está sendo exigida a importância de R\$ 13.727.629,66, a título de multa de ofício de 75% isolada, devida por falta de retenção e recolhimento de IRRF, incidente sobre a remuneração paga a diretores, sob a forma de outorga de opções de compra de ações (*Stock Options*) que dão direito à subscrição de ações da companhia, no período de 06/2010 a 12/2011.

Ante a clareza do Relatório constante da decisão proferida pela DRJ, transcrevo:

Conforme é salientado no Termo de Verificação Fiscal (f. 2274 a 2334), a outorga das opções de compra de ações para administradores se traduz em um contrato pendente de condição suspensiva, pois no momento da outorga apenas há uma expectativa de direito com relação ao exercício das opções, direito este que só se perfaz com o cumprimento das condições impostas pela empresa. Dentre tais condições, a mais comum é a exigência da manutenção da prestação dos serviços por um determinado lapso temporal. Assim, como regra geral, só poderão ser exercidas as opções cujos detentores, ao final do prazo de carência, ainda estejam prestando serviços à companhia.

Após análise dos planos de outorga de opções de compra de ações (*stock options*) praticados pela Impugnante, a Fiscalização concluiu que essas opções de compra de ações, efetivamente exercidas, têm caráter remuneratório, devendo integrar os rendimentos do trabalhador.

A propósito do fato gerador referente à remuneração decorrente das opções de compra, assevera a Fiscalização que, tratando de situação jurídica pendente de condição

suspensiva, o negócio jurídico reputa-se perfeito e acabado desde o momento do implemento da condição. As outorgas de opções de ações para administradores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra. Ou seja, o fato gerador se perfaz com o exercício das opções.

Quanto à base de cálculo da multa apurada (montante da remuneração), a Fiscalização revela que, para transações com pagamento baseado em ações liquidadas pela entrega de instrumentos patrimoniais (situação em que se enquadra as *stock options*), a entidade deve mensurá-los pelo valor justo. Deste modo, a Contribuinte foi intimada a apresentar os valores justos das opções outorgadas cujos exercícios ocorreram dentro do período de 01/2010 a 12/2011, informando também o Modelo Matemático utilizado no cálculo. Em resposta obteve a informação de que se tratava do preço de exercício. Todavia, como o preço de exercício não reflete o valor justo da opção outorgada, visto que corresponde ao valor pago pelo beneficiário para a obtenção da ação vinculada ao exercício da opção, a Fiscalização aferiu a base de cálculo pelo valor intrínseco da operação, ou seja, pela diferença, na data do exercício, entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício pago pelo beneficiário da opção.

Da Impugnação

Recebida a cientificação do lançamento em 25/06/2015 (fl. 2351), apresentou, em 27/07/2015, na qual alega, em síntese:

Das arguições de nulidade

No item II.1 da impugnação, intitulado “Da falta de correlação entre o fato gerador descrito e o lançado pelo Fisco”, a Impugnante sustenta a existência de duas inconsistências:

(1) Conforme revelado pela Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, o fato gerador ocorreria no momento em que o vendedor abre mão do prêmio pela opção feita ao comprador (no caso, o funcionário), o que ocorre na data da assinatura do Plano, quando o comprador passa a ser titular da opção. No entanto, a Fiscalização considerou como momento do fato gerador no seu lançamento, a data do exercício da opção (quando o executivo compra a ação). A Impugnante assevera que a Fiscalização não utilizou a data da concessão da opção, porque estariam decaídos os fatos geradores referentes aos anos de 2007 e 2008;

(2) A Fiscalização pretendia definir a base de cálculo da contribuição pelo valor justo estimado, conforme modelo de precificação CPC 10, mas considerou como sendo a base de cálculo a diferença entre o valor pago pelas ações no momento do exercício X valor de mercado das ações nessa mesma data, justificando seu procedimento pela falta de apresentação do valor justo da outorga durante a ação fiscal. Todavia, o CPC 10 estabelece procedimentos contábeis para opções de ações, não possuindo competência para definição de base de cálculo.

De qualquer forma, da leitura das atas de Reunião do Comitê de Remuneração apresentadas durante a ação fiscal (TVF, f 60 e 61), verifica-se que em tais atos encontravam-se identificados os valores dos prêmios supostamente abdicados pela empresa, ou seja, os valores justos das opções. Ainda que tais valores não tivessem sido apresentados, a justificativa dada pela Fiscalização não é suficiente para o arbitramento fictício da exação.

No item II.2 da impugnação, intitulado “Da ausência de motivação – Opções Bonificadas”, a Impugnante alega que, da leitura do relatório fiscal, não se observa qualquer fundamentação ou motivação para a autuação dos Planos de Opções Bonificadas, cuja sistemática é totalmente diversa das Opções Simples.

Do mérito

No item III.1.1 da impugnação, intitulado “Da natureza societária dos planos de opções de compra de ações”, a Impugnante alega que os planos de opções de compra de ações não se tratam de aspecto ligado ao contrato de trabalho ou de serviços entre empresa e

seus colaboradores, mas de matéria de natureza societária. Deste modo, a outorga de opções de compra de ações não representaria pagamento de remuneração de trabalho, sendo típico negócio societário, com os riscos inerentes aos negócios desta natureza.

No item III.1.2 da impugnação, intitulado “Do caráter não salarial ou remuneratório dos planos de opções de compra de ações”, a Impugnante contesta a assertiva da Fiscalização de que a outorga das opções de compra de ações teria caráter remuneratório.

Alega que este entendimento não encontra amparo na doutrina e jurisprudência trabalhistas, que seriam pacíficas quanto à natureza não salarial das opções de ações. Neste sentido, cita texto doutrinário.

No item III.1.3 da impugnação, intitulado “*Da inexistência de remuneração diante do mero exercício de um direito de compra de ações*”, a Impugnante contesta o fato gerador apurado pela Fiscalização, alegando o seguinte:

67. Ora, ao autuar situações nas quais as pessoas exerceram a opção ofertada, mas não venderam a ação, o fiscal partiu da premissa de que o **fato gerador da renda** seria a mera possibilidade de lucro na venda da ação no mercado, o que não encontra fundamento em nenhum texto legal.

[...]

70. Ora, mesmo nas hipóteses em que a opção é exercida, como no presente caso, o eventual resultado é incerto e ilíquido, pois a participação societária adquirida não pode ser vendida de imediato, a não ser parcialmente.

71. Somente quando forem alienadas as ações é que se verificará um ganho ou uma perda a depender das condições do mercado de ações

72. Descabida é a retenção do imposto sem a ocorrência do fato gerador (remuneração por trabalho/renda).

No item III.1.4 da impugnação, intitulado “*Do reconhecimento do caráter mercantil dos Planos Stock Options do Itaú Unibanco Holding no CARF*”, a Impugnante reporta-se a precedente do CARF em que a Relatora manifestou-se pelo caráter mercantil do mesmo plano ora em análise. Cita a seguinte ementa do precedente:

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

No presente caso, o plano de stock options é marcado pela onerosidade, pois o preço de exercício da opção de compra das ações é estabelecido a valor de mercado, pela liberalidade da adesão e pelo risco decorrente do exercício da opção de compra das ações, de modo que resta manifesto o seu caráter mercantil, não devendo os montantes pagos em decorrência do referido plano integrarem o salário de contribuição (Ac. 2401-003.890, sessão de 11/02/2015, Relatora Carolina Wanderley Landim).

No item III.1.5 da impugnação, intitulado “*Do Plano de Opção de Compra de Ações Unibanco - Performance*”, a Impugnante reitera que, no relatório fiscal, não consta a motivação para inclusão no auto de infração das ações bonificadas, recebidas no âmbito do Plano de Opção de Compra de Ações Unibanco – Performance, oriundos do conglomerado Unibanco, que foi migrado para a Impugnante, a partir do ano 2009. Além disso, destaca o caráter mercantil do contrato, alegando o seguinte:

89. *Para participar deste programa e receber a outorga de opções de ações, o executivo deveria destinar de 50 a 100% do valor do seu Bônus Líquido para a aquisição de Ações próprias de emissão do Unibanco, a preço de mercado. Note-se que não há qualquer subsídio da empresa na aquisição dessas ações.*

90. Ou seja, de início, já se observa a diferença deste Plano em relação à Stock Option Comum/Simples, em que a empresa concede o direito à opção, com prazo de carência para o exercício. No caso das ações bonificadas, o ato de adesão ao Plano vem acompanhado do imediato desembolso pelo executivo para compra/exercício de ações próprias da companhia.

91. Dadas as características, esse Plano de Opção de Compra de Ações Unibanco – assume natureza de operação de Balcão Não Organizado, caracterizando-se como verdadeira operação financeira de renda variável, no Mercado de Capitais.

Ampara este entendimento em precedentes judiciais e demonstra o risco existente no mercado de capitais, exemplificando com a evolução da cotação das ações das empresas Petrobrás e OGX.

No item III.2 da impugnação, intitulado “Da não incidência de juros sobre multa de ofício”, a Impugnante contesta a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Da Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (SC)

Quando da apreciação do caso, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (SC) julgou procedente a autuação, conforme ementa abaixo (fls. 2465):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 01/06/2010 a 31/12/2011

REMUNERAÇÃO INDIRETA. OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES - *STOCK OPTIONS*.

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

O ganho patrimonial deve ser apurado na data do exercício das opções e corresponde à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2010 a 31/12/2011

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

O art. 161 do Código Tributário Nacional - CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o *caput* do artigo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O Recorrente, devidamente intimado da decisão da DRJ, conforme termo de ciência por abertura de mensagem de fl. 2515, em 05/11/2016 e apresentou o recurso voluntário de fls. 2518/2549.

Dos Embargos de Declaração

Os Embargos de fls. 4232/4236 foram acolhidos para que fosse sanada a obscuridade relativamente ao livre exercício do direito de compra de ações.

Os autos foram remetidos a este relator para que esclarecesse o ponto levantado.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Douglas Kakazu Kushiya, Relator.

Constou da decisão que acolheu os presentes embargos:

(b) Da obscuridade relativamente ao livre exercício do direito de compra de ações;

Reclama a Embargante (fls. 4234/4.235) que não está claro no acórdão embargado se restou comprovado "o atendimento em relação ao "livre exercício" do direito de compra de ações para o reconhecimento do caráter mercantil das Stock Options."

Na decisão colegiada consta que (fls. 4.217, 4.218/4.219, 4.220 e 4.221):

Em algumas ocasiões, este Egrégio CARF já se manifestou pelo caráter mercantil do plano de stock option (acórdãos: 2401-003.044 e 2401-003.044), na medida em que, naqueles casos, o risco estaria presente e existiria a possibilidade de não haver ganho com a "adesão" ao plano.

Temos que analisar alguns argumentos para que possamos considerar o plano de stock option como de caráter mercantil que são, a meu ver, os mais importantes: a) onerosidade; b) livre exercício do direito de compra de ações e c) risco inerente ao exercício do direito de aquisição das ações. Cumpramos ressaltar que não são os únicos, há quem entenda que a impossibilidade de transferência para terceiros também seria um elemento importante para caracterização do plano de stock option, como de caráter mercantil.

(...)

Em ambos os casos de que se trata o presente PAF não existe a obrigatoriedade para exercício do direito de compra de ações. Caso fosse obrigatório, restaria configurado o caráter remuneratório para o caso em questão, retirando a natureza de contrato mercantil.

No caso em tela, há a afirmação de que se confere ao titular o direito de comprar uma ação, conforme se verifica do TVF, fl. 2275:

Por sua vez, o mercado de opções é mais restrito a conhecedores do assunto. Uma opção de compra de ação é negociada no mercado financeiro (bolsas de valores e mercado de balcão), por meio de um contrato mercantil, e confere ao seu titular o direito (não a obrigação) de comprar uma ação por um preço preestabelecido (chamado de preço de exercício da opção), numa data ou a partir de uma data também preestabelecida (que se denomina data de exercício da opção ou vencimento da opção e é uma data futura).

A própria fiscalização faz esta afirmação, tomando tal fato, incontroverso.

(...)

Por outro lado, devemos concluir que o plano de stock option a que estamos a analisar, não cumpre os requisitos inerentes a um contrato mercantil.

(...)

De novo, neste caso, reiteramos, não há que se falar em onerosidade ou risco, tendo em vista que o administrador ou funcionário, na pior das hipóteses terá direito de manter os valores dispendidos com a compra das ações que deve permanecer em seu poder pelo prazo estipulado.

Conforme se verifica da planilha anexada ao TVF, considerou-se que todo o valor concedido a título de ações foi "dado" ao funcionário ou administrador, evidenciando ainda mais a falta de risco ou onerosidade, de modo que deve haver a incidência do IRRF no sobre tais valores.

(Negrito do original. Sublinhou-se.)

Interpreta-se na leitura dos fundamentos no capítulo reservado para a matéria (fls. 4.218/4.219) no acórdão embargado que o Conselheiro relator, lastreado em afirmação da Autoridade Fiscal responsável pelo lançamento, concluiu que: "*Em ambos os casos de que se trata o presente PAF não existe a obrigatoriedade para exercício do direito de compra de ações*" (destacou-se). Ora se não há obrigatoriedade, pode-se inferir que restou reconhecido no voto como atendido o aspecto do livre exercício do direito de compra de ações, seja na opção simples ou na opção de sócios. Tanto é assim, que na decisão em um capítulo posterior (Do Plano de Opção de Compra de Ações Unibanco — Performance, fl. 4.221), entendeu que para considerar o citado plano de opções como de caráter mercantil não estavam caracterizados (i) a onerosidade e o (ii) risco inerente ao exercício do direito de aquisição das ações, mas silenciou quanto ao (iii) livre exercício do direito de compra de ações.

No entanto, no capítulo (fl. 4.220) em que a decisão embargada reservou para o aspecto "*risco inerente ao exercício do direito de aquisição das ações*" - último dos três requisitos listados como importantes (fl. 4.217) a ser tratado no voto - concluiu que: "*o plano de stock option a que estamos a analisar, não cumpre os requisitos inerentes a um contrato mercantil.*" (destacou-se). Diante, disso surge a dúvida, nesta afirmação está incluso o requisito do "*livre exercício do direito de compra de ações*"?

Assim, com razão a Embargante, na medida em que não está claro na decisão colegiada se restou reconhecido como atendido o aspecto do livre exercício do direito de compra de ações. Destarte, procede a alegada obscuridade.

Aparentemente, a decisão quanto ao ponto objeto do recurso que se analisa está obscura, mas pode-se extrair de sua leitura que este Relator concorda que existe a liberdade de escolha ou livre exercício do direito de compra de ações. É o que se extrai do seguinte trecho:

Em ambos os casos de que se trata o presente PAF não existe a obrigatoriedade para exercício do direito de compra de ações. Caso fosse obrigatório, restaria configurado o caráter remuneratório para o caso em questão, retirando a natureza de contrato mercantil.

No caso em tela, há a afirmação de que se confere ao titular o direito de comprar uma ação, conforme se verifica do TVF, fl. 2275:

Por sua vez, o mercado de opções é mais restrito a conhecedores do assunto. Uma opção de compra de ação é negociada no mercado financeiro (bolsas de valores e mercado de balcão), por meio de um contrato mercantil, e confere ao seu titular o direito (não a obrigação) de comprar uma ação por um preço preestabelecido (chamado de preço de exercício da opção), numa data ou a partir de uma data também preestabelecida (que se denomina data de exercício da opção ou vencimento da opção e é uma data futura).

A própria fiscalização faz esta afirmação, tornando tal fato, incontroverso.

Logo, como afirmado no acórdão objeto de embargos, há o reconhecimento de que há livre exercício do direito de compra de ações. O que pode ter gerado a obscuridade foi a utilização do termo contrato mercantil ao explicar a liberdade de escolha ou livre exercício do direito de compra de ações. Que fique claro, o contrato mercantil é aquele que preenche os seguintes requisitos: (i) a onerosidade e o (ii) risco inerente ao exercício do direito de aquisição das ações e o (iii) livre exercício do direito de compra de ações.

Por outro lado, a análise das condições deve ser feita sempre, de forma conjunta, ou seja, é condição *sine qua non* ou condição em que todos os 3 (três) requisitos estejam presentes para que seja reconhecido que se está diante de um contrato mercantil e por isso não estaria sujeito ao tributo objeto de discussão. Em outros termos, devem estar presentes de forma clara: (i) a onerosidade e o (ii) risco inerente ao exercício do direito de aquisição das ações e o (iii) livre exercício do direito de compra de ações, o que não ocorreu no caso em discussão.

Conclusão

Diante do exposto, conhecer e acolher os embargos de declaração para sanar o vício apontado, para reconhecer que existe o livre exercício do direito de compra de ações, mas sem efeitos infringentes para manter a decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya