



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720202/2012-06
ACÓRDÃO	9202-011.784 – CSRF/2ª TURMA
SESSÃO DE	21 de agosto de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO CONTRIBUINTE
RECORRENTE	GAFISA S/A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/09/2009 a 30/09/2009, 01/12/2009 a 31/12/2009, 01/04/2010 a 30/06/2010, 01/08/2010 a 30/09/2010

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de matéria do Recurso Especial diante da ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o apontado como paradigma, ou sobre a qual não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, por se tratar de situações fáticas distintas, cada qual com seu conjunto probatório específico, onde as soluções diferentes não têm como fundamento a interpretação diversa da legislação, mas sim, as discrepantes circunstâncias materiais retratadas em cada um dos julgados.

RECURSO. CONTRARIEDADE A SÚMULA DO CARF. NÃO CONHECIMENTO.

Não cabe recurso especial contra decisão que adota entendimento de Súmula do CARF, ainda que a referida Súmula tenha sido aprovada posteriormente ao despacho que, em juízo prévio de admissibilidade, dera seguimento ao recurso, Hipótese de não conhecimento do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiados, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Contribuinte. Vencido o conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, que conhecia parcialmente apenas em relação à matéria b - “identificação do momento da ocorrência do fato gerador”. Manifestou intenção em apresentar declaração de voto a conselheira Ludmila Mara Monteiro de Oliveira.

Os conselheiros Diogo Cristian Denny e Francisco Ibiapino Luz, não votaram no conhecimento das matérias “a” e “b”, em razão dos votos proferidos pelos conselheiros Maurício Nogueira Righetti e Mário Hermes Soares Campos na sessão de 18/06/2024. A conselheira Liziane Angelotti Meira não votou no conhecimento do item “a” em razão do voto proferido pelo conselheiro Régis Xavier Holanda na sessão de 18/06/2024. Designada redatora ad hoc a conselheira Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, em substituição ao conselheiro Mário Hermes Soares Campos (relator original).

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ludmila Mara Monteiro de Oliveira - Redatora *ad hoc* e Redatora Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos (relator), Maurício Nogueira Righetti, Diogo Cristian Denny, Francisco Ibiapino Luz, Régis Xavier Holanda, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Fernanda Melo Leal, Leonam Rocha de Medeiros, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira e Liziane Angelotti Meira (Presidente).

RELATÓRIO

Como Redatora *ad hoc*, sirvo-me da minuta de acórdão inserida pelo Relator no repositório oficial do CARF:

Trata-se de Recurso Especial, interposto pela contribuinte contra o Acórdão nº 2401-004.467 (e.fls. 3798/3835), da 1ª Turma Ordinária / 4ª Câmara desta 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que deu provimento parcial ao recurso voluntário da interessada.

O lançamento refere-se a Contribuições Sociais Previdenciárias e as contribuições destinadas a outras entidades e fundos (“Terceiros”), a saber: Salário Educação, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) e Serviço Social do Comércio (SESC).

Consoante o “Termo de Verificação Fiscal”, elaborado pela autoridade fiscal lançadora (e.fls. 16/99), parte integrante dos Autos de Infrações (AI), os créditos apurados referem-se a parcelas consideradas remuneratórias não submetidas à tributação pelo sujeito passivo, em decorrência de opções de compras de ações oferecidas aos seus trabalhadores (*stock options*). Os principais procedimentos e conclusões da auditoria fiscal encontram-se sumariados no Relatório do acórdão recorrido nos seguintes termos:

(...)

a) A empresa autuada utilizou dos planos de opções de compra de ações por ela ofertados como um dos componentes da remuneração dos seus principais executivos desde o ano 2000 (fls. 43);

b) Os beneficiários desses planos são selecionados de acordo com o cumprimento de metas individuais e coletivas, e, portanto, que a seleção dos participantes dos planos não decorre do livre arbítrio dos funcionários. A mesma é vinculada à performance individual;

c) No período fiscalizado foram aprovados pela Assembleia Geral 3 Planos de Opções de Compra de Ações para Dirigentes e Empregados: Plano 2002, Plano 2006 e Plano 2008;

d) Cada plano possui regras e especificidades que os diferenciam, cabendo ao Conselho de Administração decidir sobre as outorgas de opções, também denominadas de “Programas”. No item 9.8 (fls. 49-50) a fiscalização apresenta a tabela com os detalhes dos Planos, Programas, Aditamentos, Aditivos e Distratos ocorridos no período fiscalizado, descrevendo nos itens 9.10 a 9.37 (fls. 51-66) as características de cada plano;

e) Foram realizadas diligências fiscais, por amostragem, em 4 beneficiários dos planos e verificado que os ganhos resultantes das Stock Options superaram em muito o valor dos salários;

f) Segundo a fiscalização, foram realizadas alterações nos instrumentos particulares das outorgas de modo a afastar os riscos dos participantes dos referidos planos;

g) Os Planos de Opções de Compra de Ações não constituiriam operações de compra e venda de ações no mercado de capitais, mas sim um meio indireto, utilizado pela empresa autuada, de contraprestação aos serviços prestados pelos seus funcionários. Teriam, portanto, natureza de salário-de-contribuição;

h) Dadas as conclusões fiscais, foi verificado o pagamento a 35 funcionários beneficiários, que exerceram opções, no período de 01/2008 a 12/2010, referentes aos Planos de Opção 2002, 2006 e 2008, sendo que sobre tais valores incidiriam as contribuições previstas no art. 22, incisos I e III, da Lei nº. 8.212/91;

i) Como data de ocorrência do fato gerador foi apontado o momento em que ocorrido o exercício das opções e, como base de cálculo, a diferença (“valor intrínseco”) entre o Valor das Contribuições para Aquisição das Ações, estipulado nos contratos, e o Valor de Mercado das Ações na data da liquidação financeira das referidas Contribuições para Aquisição das Ações;

j) Entendeu ainda a fiscalização que a situação narrada seria passível de subsunção à hipótese prevista no art. 72 da Lei nº. 4.502/64, conforme descrito no Tópico 15 do TVF (fls. 92/94) e, pois teria a empresa autuada proporcionado aos seus executivos rendimentos do trabalho que aparentavam ser operações no

mercado de ações e, dessa maneira, teriam ambos se eximido dos tributos incidente sobre os referidos rendimentos. Assim, foi aplicada a multa prevista no artigo 44, I, § 1º da Lei nº. 9.430/96 (150%);

(...)

A contribuinte apresentou a impugnação de e.fls. 3407/3478, que foi julgada improcedente pela 14ª Turma da I Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo/SP (DRJ/SP1), conforme decisão de e.fls. 3539/3563, sendo o crédito tributário mantido em sua integralidade.

Inconformada com a decisão da DRJ/SP1, a autuada apresentou o recurso voluntário de e.fls. 3569/3615, onde requer a declaração de total improcedência das autuações, por considerar evidente a natureza mercantil dos *Stock Options Plans* por ela aprovados, não constituindo assim, fatos geradores das contribuições objeto dos lançamentos. Os principais argumentos de defesa apresentados no recurso voluntário encontram-se sintetizados no Relatório da decisão recorrida, da seguinte forma:

(...)

Intimada eletronicamente do referido acórdão em 30/08/2013 (fl. 3568), a ora recorrente apresentou o seu recurso voluntário de fls. 3569/3615 em 18/09/2013, buscando a reforma da decisão a quo sob os seguintes fundamentos:

- a) A decisão recorrida não enfrentou o “cerne da discussão deste processo”, que segundo a fiscalização seriam as alterações realizadas nos planos e programas aprovados pela Recorrente e que foram apontadas como realizadas para retirar o risco inerente aos Stock Option Plans. Alega que na peça impugnatória apresentou detalhadamente as razões e fundamentos para cada uma dessas alterações, porém isso não foi apreciado e considerado pela decisão recorrida;
- b) Os planos têm evidente natureza mercantil, pois são onerosos (como reconhecido pela própria decisão recorrida), trazem riscos aos beneficiários e proporcionam ganhos eventuais e não habituais. E as referidas alterações não excluíram os riscos nem garantiram qualquer ganho aos beneficiários, os quais sempre estiveram à mercê da flutuação do valor de mercado das ações;
- c) Os eventuais ganhos decorrentes dos planos de Stock Options percebidos pelos seus executivos não tem caráter contra-prestacional, pois embora outorgados num contexto de relação de trabalho ou de prestação de serviços, como exigido por lei, os seus beneficiários devem pagar o preço de mercado na data da outorga da opção, sendo que os eventuais ganhos decorrentes do exercício da opção derivam da variação do mercado e não representam contraprestação pelo serviço;
- d) Alega que o fato dos beneficiários dos Stock Option Plans serem escolhidos com base na sua performance e potencial é condizente com o objetivo de um plano de opção de compra de ações, que é alinhar interesses da companhia (crescimento) com os dos funcionários (ganho), sendo certo, ainda, que a adoção

desse critério de seleção dos beneficiários, também não importa em qualquer garantia com relação a eventuais ganhos;

e) A forma de classificação contábil dos Stock Option Plans, tal e qual estipulada pela CVM, ao aprovar o CPC 10, assim como a forma como a Recorrente informa esses planos em documentos exigidos na legislação pertinente, também não altera a sua natureza mercantil, já que conforme a própria jurisprudência do CARF, as normas contábeis não podem produzir efeitos fiscais;

f) No tocante à base de cálculo das contribuições previdenciárias exigidas, esta deveria ser o valor auferido na data da concessão da suposta “remuneração”, que seria a data da outorga da opção de compra das ações, pois este seria o único momento em que a Recorrente exerce alguma liberalidade;

g) No tocante à aplicação da multa qualificada, alega que não há que se falar em conduta fraudulenta, pois alega que os Stock Option Plans aprovados de fato têm natureza mercantil e jamais utilizou de qualquer artifício para esconder a existência desses planos, os quais foram devidamente informados em todos os documentos pertinentes. A simples divergência de entendimento quanto a sua natureza não deveria servir para indicar entendimento de que estaria verificada a fraude;

h) Requer a exclusão da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, por ausência de previsão legal;

(...)

Encaminhados os autos ao CARF e submetido a julgamento, decidiu a 1ª Turma Ordinária / 4ª Câmara / desta 2ª Seção de Julgamento, por voto de qualidade, pelo provimento parcial do recurso voluntário, apenas para excluir do lançamento a qualificadora da multa de ofício. O Acórdão nº 2401-004.467 (e.fls. 3798/3835), apresenta a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2009 a 30/09/2009, 01/12/2009 a 31/12/2009, 01/04/2010 a 30/06/2010, 01/08/2010 a 30/09/2010

INOVAÇÃO DE ARGUMENTOS NO RECURSO. MEMORIAIS.

Excepcionalmente, conhece-se de arguição apresentada em memoriais quando se trata de possibilidade de erro na base de cálculo do tributo já questionada. No caso dos autos, a base de cálculo é resultado da diferença entre dois valores. O erro em um dos valores pode alterar a base de cálculo do tributo lançado.

ERRO NA BASE DE CÁLCULO. PREJUÍZO.

O fato de a autoridade fiscal ter empregado valores que, ao final, reduziram a base de cálculo do tributo lançado não causando prejuízo ao contribuinte, não é considerado motivo para nulidade do lançamento tributário.

STOCK OPTIONS. OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. ATIVO ECONÔMICO OFERTADO. CARÁTER REMUNERATÓRIO. CONTRAPRESTAÇÃO PELO TRABALHO.

Os planos de "stock options" concedidos pela empresa, avaliados no caso concreto, revelam a existência de uma relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço pelo beneficiário. O ativo econômico proporcionado ao trabalhador pela empresa são as opções de compra de ações, e não as ações subjacentes a essas operações.

Por um lado, a empresa oferece uma vantagem ao trabalhador; de outro, o beneficiário deve continuar vinculado à contratante, prestando serviços pelo lapso de tempo mínimo estabelecido, denominado de período de carência ou "vesting", até adquirir o direito ao exercício das opções de compra das ações.

No que tange às opções de compra de ações, há ausência de risco e onerosidade para o prestador de serviço.

STOCK OPTIONS. OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. EXERCÍCIO DO DIREITO. FATO GERADOR. ASPECTO TEMPORAL. BASE DE CÁLCULO

Apura-se a base de cálculo na data do exercício do direito de compra das ações, quando aperfeiçoa-se o fato gerador pela vantagem econômica, consistente na remuneração sob a forma de utilidade, oriunda da aquisição das ações.

A base de cálculo das contribuições corresponde à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas, na data do exercício, e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

Não demonstrada pela autoridade lançadora a ocorrência das condições que permitam a majoração da multa de ofício proporcional até o importe de 150%, em especial o dolo na conduta do contribuinte, cabe afastar a qualificação da penalidade, reduzindo-a ao patamar trivial em casos de lançamento de ofício, no percentual de 75%.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA (SELIC). INCIDÊNCIA.

Incidem juros de mora, à taxa Selic, sobre a multa de ofício não recolhida no prazo legal.

Recurso Voluntário Provido em Parte

A decisão foi assim registrada:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário. Quanto à preliminar de nulidade do lançamento por erro na apuração da base de cálculo, no que se refere aos valores de mercado das ações atribuídos pela fiscalização: (i) por maioria, conhecer da alegação em fase de sustentação oral e memoriais, vencidos os conselheiros Cleberson Alex Friess, Márcio de Lacerda Martins e Miriam Denise Xavier Lazarini; e (ii) pelo voto de qualidade, rejeitar a nulidade, vencidos os conselheiros Andréa Viana Arrais Egypto, Carlos Alexandre Tortato, Luciana Matos Pereira Barbosa e

Rayd Santana Ferreira. A conselheira Maria Cleci Coti Martins fará o voto vencedor para a matéria. No tocante às questões do recurso voluntário, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial para excluir do lançamento a qualificadora da multa de ofício. Vencidos o relator e os conselheiros Andréa Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa e Rayd Santana Ferreira, que davam provimento integral ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor, nessa parte, o conselheiro Cleberson Alex Friess

Foi interposto embargos de declaração pela contribuinte (e.fls. 3924/3946), onde alega, em síntese, contradição no voto condutor do redator designado quanto aos seguintes tópicos: a) “contradição entre os fundamentos do acórdão e sua conclusão acerca do momento de ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias e de sua base de cálculo”; e b) “contradição entre os fundamentos do acórdão e a autuação fiscal”.

Em despacho de “Exame de Admissibilidade de Embargos”, datado de 22/07/2017 (e.fls. 4010/4017), da i.presidente da Turma julgadora, foram rejeitados os embargos da contribuinte

Ciente da decisão da Turma Ordinária e rejeição dos embargos, a contribuinte interpôs o Recurso Especial de e.fls. 4035/4097, onde sustenta que o acórdão recorrido estaria em desacordo com a jurisprudência do CARF e desta 2ª Câmara Superior de Recursos Fiscais, enumerando as seguintes razões:

(i) *preliminarmente*, em razão de o lançamento das contribuições previdenciárias padecer de vício material, por afronta ao artigo 142, do Código Tributário Nacional, haja vista que:

(i.a) independentemente de os erros cometidos pela fiscalização na apuração da base de cálculo dos supostos débitos de contribuição previdenciária terem beneficiado a Recorrente, tal fato não se presta para afastar a nulidade material **insanável** que fulmina o ato administrativo de lançamento em seu conteúdo e que não deve produzir efeitos no ordenamento jurídico; e

(i.b) o erro na identificação do aspecto temporal do fato gerador no período em que os *Stock Options Plans* da Recorrente continham cláusula de *lock up*, de modo que, apenas se pode considerar ocorrido o fato gerador das contribuições previdenciárias na data em que o beneficiário possa dispor das ações sem restrição. Antes disso, **é certo afirmar que tais ações ainda não se encontram sob sua propriedade, não havendo que se falar em qualquer benefício/remuneração indireta;**

(ii) caso as nulidades acima mencionadas sejam superadas, *prejudicialmente à análise do mérito*, deve ser reconhecida a nulidade do acórdão recorrido, haja vista que este inovou na fundamentação do lançamento tributário, importando em cerceamento do direito de defesa da Recorrente e em supressão de instância;

(iii) na hipótese de não ser reconhecida a nulidade do acórdão recorrido, de todo modo deve este ser reformado no mérito para que reste reconhecida:

(iii.a) a natureza mercantil dos *Stock Options Plans* aprovados pela Recorrente, os quais apresentam características de onerosidade, de risco aos beneficiários e de desvinculação com o contrato de trabalho, o que não restou modificado com as alterações questionadas pela fiscalização; ou

(iii.b) subsidiariamente, no caso de manutenção do lançamento das contribuições previdenciárias, a impossibilidade de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, em razão de ausência de previsão legal para tanto, conforme já decidiu esta Câmara Superior de Recursos Fiscais, no julgamento do recurso especial interposto nos autos do processo administrativo nº 10680.002472/2007-23.

Conforme o despacho de “Exame de Admissibilidade de Recurso Especial” de e.fl.s. 4316/4329, foi admitida a rediscussão das seguintes matérias: **(a): “nulidade do lançamento por erro na base de cálculo”**, sendo acatado como paradigmas os Acórdãos 9202-002.966 e 2202-003.151; **“b) identificação do momento da ocorrência do fato gerador”**, acatado como paradigma o Acórdão 2402-005.011; c) **“natureza dos *Stock Options Plans*”**, paradigmas 2401-003.888 e 2803-003.815; e **“d) juros sobre multa de ofício”**, tendo como paradigmas os Acórdãos 9101-00722 e 1802-001.218.

Após conhecimento do Recurso Especial da contribuinte, a Fazenda Nacional apresentou o expediente de e.fl.s. 4359/4371, que intitula de “Recurso Especial Adesivo”, vinculado ao conhecimento do recurso da outra parte, onde pleiteia reforma do acórdão recorrido no tocante ao conhecimento de matéria não impugnada no momento oportuno.

Submetido a apreciação, o recurso adesivo da Fazenda Nacional foi considerado intempestivo e negado seu seguimento, nos termos do despacho de “Exame de Admissibilidade de Recurso Especial” de e.fl.s. 4375/4378. Apesar da negativa de seguimento, a contribuinte apresentou as contrarrazões de e.fl.s. 4381/4408, relativamente ao recurso da Fazenda Nacional.

Foi ainda apresentada pela PFN a petição de e.fl.s. 4410/4412, intitulada “Petição de Erro Material”, onde suscita equívoco no “Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial” que analisou seu recurso adesivo e requer a reconsideração de referido despacho, para conhecimento do recurso. Em novo Despacho (e.fl.s. 4423/4427), foi mais uma vez negado seguimento ao recurso da PFN por intempestividade.

Incluído em pauta de julgamento nesta 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, resolveu o colegiado, em sessão de 23/09/2021, pelo retorno dos autos em diligência: “para devolução à câmara recorrida, para complementação do exame de admissibilidade do Recurso Especial, com posterior retorno à relatora, para prosseguimento”, conforme a Resolução 9202-000.284 (e.fl.s. 4432/4437), para análise da admissibilidade da matéria: “nulidade do acórdão recorrido em razão da inovação no fundamento do lançamento”. Em atendimento à solicitação contida em tal Resolução, foi elaborado o “Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial Complementação” de e.fl.s. 4439/4446, onde foi negado seguimento ao recurso relativamente à referida matéria.

A contribuinte foi cientificada da complementação do despacho de admissibilidade e não apresentou agravo. Retornando os autos a este Conselho, foram submetidos a novo sorteio, haja vista a extinção do mandato da conselheira relatora original.

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Ludmila Mara Monteiro de Oliveira**, Redatora *ad hoc*

Sirvo-me da minuta inserida pelo relator originário, o Cons. Mário Hermes Soares Campos, apresentada em reunião que ensejou formulação de pedido de vista desta Redatora *ad hoc*, em razão da divergência inaugurada pelo Cons. Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Conforme relatado as matérias devolvidas para reapreciação no Recurso Especial da contribuinte (e.fls. 4035/4096) da contribuinte são: **(a): “nulidade do lançamento por erro na base de cálculo”**, sendo acatado como paradigmas os Acórdãos 9202-002.966 e 2202-003.151; **“b) identificação do momento da ocorrência do fato gerador”**, acatado como paradigma o Acórdão 2402-005.011; c) **“natureza dos *Stock Options Plans*”**, paradigmas 2401-003.888 e 2803-003.815; e **“d) juros sobre multa de ofício”**, tendo como paradigmas os Acórdãos 9101-00722 e 1802-001.218.

a - matéria: “nulidade do lançamento por erro na base de cálculo”

a.1 – admissibilidade da matéria: “nulidade do lançamento por erro na base de cálculo”

Como Redatora *ad hoc*, sirvo-me da minuta de acórdão inserida pelo Relator no repositório oficial do CARF:

Alega a recorrente que os lançamentos padeceriam de vício material, por afronta ao artigo 142, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), por erro na apuração da base de cálculo, que culminaria na nulidade insanável do ato administrativo. Erro este que afirma ter sido reconhecido na decisão recorrida, contudo, sendo rejeitada a preliminar de nulidade material do lançamento por entender que, como tais valores, utilizados na apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias exigidas, seriam menores do que aqueles que deveriam ter sido utilizados, não teria havido prejuízo à interessada, não havendo assim, interesse recursal quanto a este ponto. Entendimento que aduz a recorrente divergir frontalmente das decisões prolatadas nos Acórdãos 9202-002.966 e 2202-003.151, que indica como paradigmas quanto a tal matéria.

Consta da ementa da decisão recorrida que: *“O fato de a autoridade fiscal ter empregado valores que, ao final, reduziram a base de cálculo do tributo lançado não causando*

prejuízo ao contribuinte, não é considerado motivo para nulidade do lançamento tributário.” A discussão de tal matéria partiu de alegação, apresentada extemporaneamente, em fase de sustentação oral, com juntada de memoriais, e foi conhecida por maioria do colegiado. Entretanto, apesar do conhecimento, foi rejeitada a arguição de nulidade por erro na base de cálculo, conforme o Voto Vencedor de tal tema, sob fundamento de que: “...a utilização de valores de ações menores do que os praticados na Bolsa de Valores de São Paulo não resultou prejuízo à recorrente relativamente ao lançamento tributário.”

A discussão travada seria quanto à necessidade de decretação de nulidade dos lançamentos, uma vez constatada divergência dos valores utilizados para determinação da base de cálculo, mesmo que os valores adotados pela fiscalização tenham sido inferiores ao que seriam os corretos para efeito de cálculo das contribuições. Decidiu-se, pela rejeição da nulidade arguida: “...tendo em vista que, da análise desenvolvida na sessão de julgamento, a utilização de valores de ações menores do que os praticados na Bolsa de Valores de São Paulo não resultou prejuízo à recorrente relativamente ao lançamento tributário.”

Nas duas decisões apontadas como paradigmáticas do presente tema, o fato determinante para cancelamento das respectivas autuações foi a ausência de certeza e liquidez dos créditos tributários.

A leitura do Voto do paradigma 9202-002.966 revela ter aquele colegiado expressado o entendimento de que, eventual nulidade em razão de vício material, por se referir ao conteúdo do ato administrativo, sem o qual não oferece condições de validade, não pode ser afastada com base na tese de ausência de prejuízo ao autuado, devendo ser decretada sua nulidade. É o que se infere dos seguintes trechos do Acórdão 9202-002.966:

(...)

No Acórdão com sua ementa retro, esta Egrégia Turma se debruçou em tema idêntico ao presente, concluindo pela nulidade material do lançamento, reforçando a tese constante do decisum recorrido, não se cogitando, assim, em afronta aos artigos 11, 59 e 60, do Decreto nº 70.235/72, que se reportam precipuamente a casos de vícios de natureza formal, o que não se vislumbra nestes autos.

De outra banda, igualmente, não merece guarida a alegação da recorrente no sentido de que a eventual ausência de prejuízo à defesa da contribuinte afastaria a nulidade apontada pelo Acórdão recorrido.

Isto porque, além de discordar dessa tese, por atribuir ao contribuinte e/ou seu patrono obrigação que é da autoridade fazendária, ou seja, promover o lançamento devidamente fundamentado na legislação de regência, esta Colenda Turma já consagrou o entendimento que se tratando de vício material no lançamento, a eventual ausência de prejuízo à defesa não tem o condão de rechaçar a nulidade incorrida, mormente em face do estabelecido no artigo 142

do CTN, consoante restou devidamente assentado nos Acórdãos com suas ementas abaixo, *in verbis*:

(...)

Como se observa, a nulidade em razão de vício material, por se referir ao conteúdo do ato administrativo, sem o qual não oferece condições de validade, bem como de defesa ao contribuinte, não pode ser afastado com base na tese de ausência de prejuízo ao autuado.

(...)

Na decisão do paradigma 9202-002.966, foi demonstrado que o lançamento padecia de vício por ausência da descrição do fato gerador, precisamente dos pressupostos necessários à desconsideração da personalidade jurídica da empresa e caracterização de segurados empregados, o que se entendeu limitar a compreensão do contribuinte da infração que lhe fora atribuída e, por conseguinte, cerceando seu direito de defesa.

Situação distinta dos presentes autos, em que foi apontada apenas divergência, a menor, quanto aos valores adotados pela autoridade fiscal lançadora, para efeito de determinação do valor de mercado das ações e apuração das contribuições devidas. Consta expressamente do Voto Vencedor que, nos casos analisados na sessão de julgamento, inclusive com a participação do patrono da empresa, os valores divergiram para menor, ou seja, se fossem utilizados os sugeridos na planilha apresentada pela recorrente, haveria um aumento da base de cálculo do lançamento tributário. Entendeu-se assim, que não assistiria razão à recorrente, por falta de interesse recursal, tendo em vista que, da análise desenvolvida na sessão de julgamento, a utilização de valores de ações, menores do que os praticados na Bolsa de Valores de São Paulo, não resultou prejuízo à recorrente relativamente ao lançamento tributário, não se justificando a decretação de nulidade das autuações. Relevante a complementação apresentada no Voto do Redator Designado, conselheiro Cleberson Alex Friess, que assim se manifestou quanto ao tema:

(...)

Antes do exame da matéria de fundo, cumpre enfrentar de forma breve questão preliminar arguida pela recorrente na sua petição escrita, direcionada à decretação da nulidade do lançamento fiscal, dado o argumento de erro na apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Explico que tal alegação faz parte da petição escrita que compõe o recurso voluntário e foi reforçada pelo patrono da recorrente quando da sustentação oral e distribuição de memoriais.

Logo, não se confunde com a nulidade material do lançamento sob o fundamento de que os valores de mercado das ações consideradas pela fiscalização não correspondem àqueles na data do exercício das opções, arguida somente em sede de memoriais e sustentação oral, cuja redação do voto vencedor quanto à matéria ficou a cargo da Conselheira Maria Cleci Coti Martins.

Preliminar

Alega a recorrente a nulidade do lançamento, por afronta do art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que veicula o Código Tributário Nacional (CTN), devido a erro na apuração da base de cálculo, pois deveria ser utilizado para aferição do "quantum" o momento da outorga das opções.

A autoridade fiscal considerou como base de cálculo da exação a diferença entre o valor de mercado das ações na data do exercício de opção e o valor da contribuição paga pelo beneficiário para aquisição das mesmas. Em contraponto, afirma a recorrente que a base de cálculo das contribuições deveria ser apurada tendo como parâmetro o valor de mercado das ações quando da outorga de opção de compra ao beneficiário.

Penso que a questão suscitada pela recorrente está reservada ao exame de mérito, porque envolve a análise do critério jurídico de apuração da base de cálculo utilizado pela autoridade lançadora para quantificação da obrigação tributária surgida com o fato gerador.

É uma questão de índole interpretativa que não se confunde com o erro de direito que acarreta a nulidade material do lançamento por afronta ao art. 142 do CTN, o qual autoriza o reconhecimento, inclusive, de ofício pelo julgador, por tratar-se de matéria de ordem pública.

Não há na legislação previdenciária, relativamente às opções de compra de ações, qualquer dispositivo específico associado à definição da base de cálculo do tributo devido nessas hipóteses, de maneira que se torna inviável, em fase preliminar, a declaração de nulidade da autuação fiscal sob a justificativa de erro da autoridade fiscal quando da atividade que realizou de subsunção do fato à norma tributária.

Logo, sob o fundamento apontado pela recorrente, cabe rejeitar a declaração de nulidade do lançamento.

(...)

Novamente a leitura dos trechos acima reproduzidos do voto da decisão recorrida demonstra não se verificar a divergência alegada, uma vez que o i.redator designado é categórico no sentido de tratar-se de matéria de índole interpretativa, que não deve ser confundida com eventual erro de direito, que poderia acarretar a nulidade material do lançamento por afronta ao art. 142 do CTN.

Constata-se que foi afastada a suposta nulidade material do presente lançamento, portanto, não se trata de situação similar ao do paradigma 9202-002.966, onde, inicialmente houve o reconhecimento da nulidade material do e somente após tal constatação foi analisada a questão da ausência de prejuízo, para efeito de decretação da nulidade. Tratam-se assim, de situações concretas distintas, onde, no caso do recorrido. entenderam os julgadores que não havia elementos que caracterizassem a nulidade material do lançamento.

Quanto ao paradigma 2202-003.151, também não vislumbro a identidade de situações, uma vez que a nulidade decretada se baseou em diversos elementos, com destaque

para insegurança quanto à própria ocorrência do fato jurígeno tributário, sendo inclusive, afirmado ter havido arbitrariedade da fiscalização, situação bastante distinta dos presentes autos, o que não autoriza concluir que aquela autoridade julgadora, à vista da presente situação, daria interpretação distinta à norma.

Ocorre que no presente caso, sequer alterado foi o lançamento, pois implicaria em aumento da exação, ademais, se algum vício tenha ocorrido, este não poderia ser considerado como de natureza material, pois, se assim o fosse, estar-se-ia afirmando que a própria motivação do lançamento (o fato jurídico) nunca existiu. Contudo não é esta a hipótese dos autos, vez que a infração tributária resta devidamente demonstrada no Relatório Fiscal do Auto de Infração e se fez acompanhar dos devidos documentos comprobatórios dos fatos noticiados, ora submetidos à apreciação, uma vez instaurada a fase litigiosa, onde são analisados os fatos denunciados. Sendo fato que, eventual determinação, a menor, do valor de mercado das ações, em nada modificaria o fato gerador da obrigação objeto do lançamento e, tampouco, os demais elementos da relação jurídico tributária.

Verifica-se assim, ausência de similitude fática entre a decisão recorrida e os paradigmas, motivo pelo qual, não conheço do recurso quanto à matéria “nulidade do lançamento por erro na base de cálculo”,

b - matéria: “identificação do momento da ocorrência do fato gerador”

Como Redatora *ad hoc*, sirvo-me da minuta de acórdão inserida pelo Relator no repositório oficial do CARF:

b.1 – admissibilidade da matéria: “identificação do momento da ocorrência do fato gerador”

Suscita a recorrente divergência jurisprudencial quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, relativamente aos ganhos decorrentes do plano de *Stock Options Plans* que continha cláusula de *lock up*. Defende que, somente se poderia considerar ocorrido o fato gerador das contribuições previdenciárias na data em que o beneficiário pudesse dispor das ações sem restrição, conforme decidido no Acórdão 2402-005.011, que aponta como paradigma.

Ao tratar da base de cálculo das obrigações objeto dos lançamentos, no Voto Vencedor do acórdão recorrido, o i.redator designado também se pronuncia sobre o momento da ocorrência do fato gerador, nos seguintes termos:

(...)

Quanto ao fato gerador, aperfeiçoa-se no momento no qual há o exercício do direito de compra das ações, pois configurada a remuneração sob a forma de utilidade, a partir do qual o beneficiário pode fruir as vantagens advindas da aquisição do ativo financeiro. Até então, não há qualquer vantagem econômica ao beneficiário das opções, dadas as restrições contratuais existentes.

Dessa maneira, **correto o procedimento fiscal que considera a data de ocorrência do fato gerador "aquela em que houve o exercício das opções", quando, nesse momento, "quita as contribuições para aquisição do direito de compra" e há "aumento do seu patrimônio"** (fls. 91/92).

Os acontecimentos subsequentes à incidência da norma previdenciária são irrelevantes para a configuração da obrigação tributária surgida. Em verdade, a partir da decisão acerca do exercício das opções, que ocorre em momento posterior a entrega da contraprestação pela empresa, o trabalhador comporta-se como um investidor, sujeito às flutuações inerentes aos riscos normais do mercado de capitais.

Nessa mesma linha de raciocínio, a existência de "cláusula de lock up", como declara a recorrente no caso dos Programas 2000 e 2001, por meio da qual foi estabelecido prazo de carência para a emissão de ações e, adicionalmente, prazo de indisponibilidade para a liberação das ações emitidas para venda, acaba não influenciando no aspecto temporal do fato gerador.

Com o exercício da opção pela aquisição das ações pelo beneficiário, a vantagem econômica oferecida em razão do trabalho devolvido à empresa foi incorporada a sua esfera patrimonial, cujas eventuais restrições temporárias ao aproveitamento integral, previamente delimitadas entre as partes, não têm o condão de impedir ou postergar o surgimento da obrigação tributária.

O ganho patrimonial deve ser quantificado no momento em que há o exercício da faculdade de aquisição das ações, mediante o pagamento do "valor da contribuição para aquisição".

À vista disso, como bem procedeu a fiscalização, a base de cálculo do tributo corresponde à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas, na data do exercício, e o valor efetivamente pago pelo beneficiário, riqueza que representa a vantagem econômica oriunda da aquisição do ativo mobiliário.

Em outros dizeres, a base de cálculo é equivalente ao montante que o beneficiário deixou de desembolsar caso tivesse adquirido o mesmo ativo, na mesma quantidade, no mercado de valores mobiliários, na condição de um terceiro sem vínculo com a empresa.

Logo, é improcedente a alegação da recorrente no recurso voluntário de que a base de cálculo das contribuições deveria ser apurada considerando o valor de mercado das ações na data da outorga das opções de compra ao beneficiário.

(destaquei)

(...)

A parte destacada do trecho acima reproduzido não deixa dúvidas de que foi considerado, como data de ocorrência do fato gerador, aquela em que houve o exercício da opção pelo empregado. Entendimento esse que diverge do que consta da ementa do paradigma

2402-005.011, onde está consignado que: *“Caso os ganhos com os planos de “stock options” sejam tomados como remuneração, consideram-se ocorridos os fatos geradores na data em que o beneficiário possa dispor das ações sem restrição.”*

Tal constatação, em tese, autorizaria o seguimento do Recurso Especial da contribuinte, não obstante, nas contrarrazões apresentadas a Fazenda Nacional sustenta o não conhecimento de tal matéria por ausência de prequestionamento.

Preceitua o § 5º do art. 118 do Regimento Interno deste Conselho Administrativo De Recursos Fiscais, que o recurso especial somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo a demonstração, com precisa indicação na peça recursal, do prequestionamento no acórdão recorrido, ou ainda no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente, ou no acórdão de embargos.

A atenta leitura do Recurso Voluntário apresentado pela contribuinte e ora recorrente, demonstra assistir razão à Fazenda Nacional em sua alegação de ausência de prequestionamento, com relação ao tema “identificação do momento da ocorrência do fato gerador”. Confira-se os seguintes trechos do Recurso Voluntário:

(...)

ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS VIOLAÇÃO DO ARTIGO 142, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

109. Conforme relatado, a autoridade fiscal considerou como base de cálculo da contribuição previdenciária exigida a diferença entre o valor de mercado das ações na data do exercício (data da liquidação financeira da contribuição de aquisição) e o valor da contribuição paga pelo beneficiário para aquisição das ações.

110. A Recorrente argumentou, contudo, que, na remota hipótese de se entender que os Stock Option Plans em questão teriam natureza remuneratória, então a base de cálculo deveria ser apurada no momento da assinatura do contrato de outorga de opção de ações e não no momento do exercício dessa opção pelo beneficiário, como pretendido pela fiscalização.

111. Isso porque, no momento da outorga da opção de compra das ações é que se poderia aferir se a Recorrente estava efetivamente concedendo alguma remuneração a seus empregados, o que poderia ser verificado a partir da diferença entre o preço de exercício firmado na outorga e o valor de mercado das ações na mesma data.

112. Sobre o assunto, a decisão recorrida argumentou que “no momento da outorga existe apenas uma expectativa de direito, direito este que só perfaz como o cumprimento das condições contratadas”. (fls. 22 da decisão).

113. Ocorre que é somente neste momento que a Companhia tem alguma interferência na criação de uma eventual diferença entre o valor de mercado das ações e o valor da outorga.

114. Depois disso, considerando o extenso lapso temporal entre a data da outorga e a data do exercício, como se tem no presente caso, o valor de mercado dessas ações está sujeito à oscilações do mercado, sobre as quais a empresa não possui ingerência direta.

115. Aceitar o entendimento da decisão recorrida seria admitir que a Recorrente estaria concedendo uma remuneração aos seus empregados e dirigentes, sem sequer saber qual seria essa remuneração, a qual, inclusive, poderia ser negativa, acaso, na data do exercício, o valor de mercado das ações fosse inferior ao valor do exercício. Nada mais absurdo!

116. Portanto, é evidente que se a Recorrente não possui qualquer controle ou liberalidade sobre a variação do valor de mercado das ações entre o momento da outorga da opção de compra e o momento do exercício pelo beneficiário, a remuneração que ela eventualmente teria concedido a seu empregado seria aquela conhecida na data da celebração do contrato de outorga de opção de compra de ações.

(...)

120. Logo, não resta dúvida de que, para apuração da base de cálculo da suposta contribuição previdenciária devida, a fiscalização deveria ter considerado a diferença entre o valor de mercado das ações na data da outorga da opção de compra e o valor do exercício, sendo irrelevante e nada tendo a haver com eventual despesa de remuneração o valor de mercado na data do exercício, como mencionado no CPC nº 10.

121. O que se tem no presente caso, portanto, é evidente equívoco na apuração da base de cálculo da contribuição previdenciária supostamente devida pela Recorrente, o que importa em clara afronta ao disposto no artigo 142, do Código Tributário Nacional" e ocasiona a nulidade do lançamento.

(...)

123. Portanto, caso este Conselho eventualmente venha a entender pela natureza remuneratória dos Stock Options Plans aprovados pela Recorrente, ainda assim a decisão recorrida merece ser reformada e o lançamento anulado, uma vez que contaminado por vício material insanável, decorrente da indevida apuração da base de cálculo da contribuição previdenciária exigida.

(...)

Conforme se verifica, todo o esforço argumentativo da recorrente, em seu Recurso Voluntário, é o questionamento quanto à base de cálculo utilizada pela fiscalização para efeito de cobrança das contribuições, onde se esforça para demonstrar que deveria ser adotado o valor

auferido na data da concessão da suposta "remuneração", que afirma ser a data da outorga da opção de compra das ações e não a data do exercício da opção conforme consta da autuação.

Portanto, todos os esforços envidados pela autuada são no sentido de que a base de cálculo deveria ser apurada no momento da assinatura do contrato de outorga de opção de ações, não havendo insurgência, ou qualquer alusão, quanto a se considerar como ocorrido o fato gerador das contribuições somente na data em que o beneficiário possa dispor das ações sem restrição, ou seja, ao final do prazo de *lock up*. Nesse diapasão, eventual menção ao tema no Voto Vencedor da decisão recorrida foi feita *obiter dictum* e no contexto da análise quanto à insurgência relativa à base de cálculo adotada no lançamento, não se configurando como matéria autônoma que tenha sido objeto de efetiva insurgência no momento de instauração da fase contenciosa do presente procedimento.

Deixo assim de conhecer do Recurso Especial da contribuinte quanto à matéria identificação do momento da ocorrência do fato gerador, por ausência de prequestionamento, nos termos do art. 118 o § 5º do Ricarf.

c - matéria: "natureza dos *stock options plans*"

c.1 – admissibilidade da matéria: "natureza dos *stock options plans*"

Como Redatora *ad hoc*, sirvo-me da minuta de acórdão inserida pelo Relator no repositório oficial do CARF, em razão de exibir idêntico entendimento ao externado, além de ter como irretocável a análise levada a cabo pelo Cons. Mário Hermes Soares Campos:

Suscita a contribuinte divergência de interpretação entre os acórdãos admitidos como paradigmas (2401-003.888 e 2803-03.815), que teriam reconhecido a natureza mercantil dos *Stock Options*, e o recorrido, que segundo afirma, teria dado interpretação divergente para a mesma matéria na aplicação dos artigos 22 e 28 da Lei nº 8.212, de 1991, ao atribuir natureza remuneratória aos *Stock Options Plans* por ela aprovados. Sustenta ainda, que a similitude fática, entre os paradigmas e a situação analisada nos autos do presente processo, seria inquestionável, uma vez que tratam da suposta incidência de contribuições previdenciárias sobre a outorga gratuita de opções de compra de ações; onde no paradigma 2401-003.888 teria se decidido que: *"o fato de não ser exigido, do beneficiário, qualquer pagamento no momento da outorga da opção não retira o caráter oneroso e o risco atinentes a esse tipo de contrato"*; além de que, não seria possível atribuir à aquisição das ações por meio dos *stock option plans* o caráter contra-prestacional por serviços prestados, haja vista, que a remuneração pelos serviços não está sujeita a risco, muito menos à opção do trabalhador ou pagamento de preço - prestado o serviço, a remuneração deve ser paga pelo contratante. Nesse mesmo sentido, afirma ser o paradigma 2803-03.81, reconhecendo natureza mercantil ao plano, onde se teria estabelecido que:

- (i) em não havendo participação monetária da empresa na compra das ações — exatamente como ocorre no presente caso, em que a Recorrente não ofereceu qualquer tipo de subsidio para que os beneficiários adquirissem suas ações — a

regra é de que os *Stock Options Plans* caracterizam-se pela sua forma clássica de natureza mercantil; e

(ii) a possibilidade de a adesão aos *Stock Options Plans* ser oferecida a apenas alguns funcionários da empresa, é algo normal para planos desta natureza e não encontra qualquer óbice legal, sendo certo que tal característica não é suficiente para afastar sua natureza mercantil.

Em que pese os argumentos da recorrente e apesar da decisão pelo seguimento do Recurso Especial no Despacho de Admissibilidade, tenho que o cotejo entre os fundamentos do recorrido e dos acórdãos paradigmáticos evidencia não se verificar presentes situações com similitude fática autorizativas do seguimento do recurso, conforme passo a demonstrar.

Acórdão recorrido: 2401-004.467	Acórdão paradigma: 2401-003.888
Ementa: (...) STOCK OPTIONS. OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. ATIVO ECONÔMICO OFERTADO. CARÁTER REMUNERATÓRIO. CONTRAPRESTAÇÃO PELO TRABALHO. Os planos de "stock options" concedidos pela empresa, avaliados no caso concreto, revelam a existência de uma relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço pelo beneficiário. O ativo econômico proporcionado ao trabalhador pela empresa são as opções de compra de ações, e não as ações subjacentes a essas operações. Por um lado, a empresa oferece uma vantagem ao trabalhador; de outro, o beneficiário deve continuar vinculado à contratante, prestando serviços pelo lapso de tempo mínimo estabelecido, denominado de período de carência ou "vesting", até adquirir o direito ao exercício das opções de compra das ações. No que tange às opções de compra de ações, há ausência de risco e onerosidade para o prestador de serviço.	Ementa: (...) STOCK OPTIONS. CARÁTER MERCANTIL. PARCELA NÃO INTEGRANTE DO SALÁRIO REMUNERAÇÃO. No presente caso, o plano de <i>stock options</i> 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. (...)
Voto Vencedor (...) Conselheiro Cleberson Alex Friess - Redator Designado (...) De início, <u>reconheço que é possível atribuir ao Stock Options Plan (SOP) uma natureza de operação mercantil</u>, desde que estejam presentes na situação concreta as características que afastam a natureza remuneratória para as opções de compra de ações ofertadas aos segurados	Voto (...) Esta Turma já se debruçou sobre esse tema e já manifestou o seu entendimento de que a aquisição de ações através de planos de <i>stock options</i> 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 2401-003.044 e 2401-003.045).

empregados e contribuintes individuais.

(...)

A acusação fiscal é contundente no sentido de que restou comprovada a natureza remuneratória dos planos de opções ofertados pela empresa e, por isso, considerou como rendimentos tributáveis os ganhos proporcionados a 35 (trinta e cinco segurados) que exerceram opções outorgadas no âmbito dos Planos 2002, 2006 e 2008, no período de 01/2008 a 12/2010.

Entendo que para a formação da convicção do julgador sobre a matéria controvertida devem ser avaliados todos os elementos de prova carreados aos autos pelas partes por ocasião da formalização do crédito tributário em auto de infração da apresentação da impugnação pelo sujeito passivo, tais como os planos, programas e contratos de outorgas de opção de ações.

A motivação do lançamento não tem seu alicerce construído apenas em um ou outro tópico do relatório fiscal, senão que a acusação fiscal tem a pretensão de manter-se rígida com base na confrontação integral do conjunto fático-probatório produzido durante o procedimento de auditoria, consoante relatório fiscal (fls. 16/99).

(...)

Mérito

Como bem destacado pelo Relator, os planos de opções de compra de ações ofertados aos trabalhadores da recorrente estão respaldados nos seguintes documentos: Planos de Opção de Compra de Ações, anos 2002, 2006 e 2008, aprovados na Assembleia Geral, Programas de Opção de Compra de Ações, anos 2000, 2001, 2002, 2006, 2007, 2008 e 2009, aprovados pelo Conselho de Administração, e os respectivos Contratos, e seus aditivos, relativos à Outorga de Opção de Compra de Ações aos beneficiários (fls. 1.684/2.361).

Um aspecto é de fundamental importância para a correta definição da natureza jurídica da parcela concedida aos segurados empregados e diretores. Consoante depreende-se da documentação que instrui os autos, o ativo concedido pela empresa refere-se às opções de compra das ações, e não às ações subjacentes a essas opções.

(...)

As condições ofertadas pela empresa para aquisição pelos beneficiários do direito de comprar as suas ações no futuro são diferenciadas daquelas oferecidas a interessados externos, o que implica afastar a natureza eminentemente mercantil das

(...)

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

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

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

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

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

A fiscalização posiciona-se no sentido de que as Opções de Compras de Ações oferecidas a trabalhadores, de um modo geral, possuem características especiais que a diferenciam das opções de compra de ações comuns e que essas características, por si só, retirariam a sua natureza mercantil e afirmariam a sua natureza remuneratória.

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

- *O trabalhador não desembolsa valores para aquisição do direito de comprar ações da*

operações.

Os planos estabelecidos pela empresa não se submetem às regras comuns de mercado, não havendo extensão a outros colaboradores e tampouco ao público em geral. O direito de opção de compra de ações é conferido em caráter personalíssimo, de maneira que o beneficiário não pode ceder ou transferi-lo a qualquer título a terceiros.

Ademais, em todos os planos, há cláusulas específicas prevendo o tratamento às opções de compra e aos lotes de ações já passíveis de aquisição em casos de encerramento do contrato de trabalho ou fim do mandato do administrador, de aposentadoria ou invalidez permanente. Os eventos de dispensa que configure ou não justa causa recebem uma abordagem diferenciada (fls. 1.691/1.694, por exemplo).

Verifico, portanto, uma relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço pelo empregado ou administrador. Vale dizer, a empresa proporciona, por um lado, uma vantagem ao trabalhador; de outro, o colaborador deve continuar vinculado à contratante, prestando serviços pelo lapso de tempo mínimo estabelecido até adquirir o direito ao exercício das opções de compra das ações.

Não está em jogo aqui, ao contrário do que sustenta a recorrente, a relação jurídica de natureza mercantil que se estabelece posteriormente entre as partes, no momento do exercício das opções de compra, aliás uma operação facultativa, de livre escolha do trabalhador. Por isso, a natureza retributiva das opções de compra de ações, que caracteriza a natureza remuneratória, não diz respeito ao negócio jurídico da aquisição das ações subjacentes aos planos.

Por sua vez, **no que tange às opções de compra das ações, não há que se falar em onerosidade, pois o beneficiário não paga para adquirir o direito de opção, que lhe é concedido de forma gratuita**, como retribuição pelo trabalho prestado à empresa ao longo do prazo ajustado.

Está ausente, ao contrário do mercado de opções, uma relação mercantil entre as partes. Naquele o direito de comprar, ou não, o ativo financeiro por um preço fixo em data futura demanda o pagamento de um prêmio para ter a opção, que não se confunde com o preço do bem que deverá ser pago na hipótese de o interessado, ao final, optar por exercer o direito de compra do ativo.

(...)

Ainda sobre a perspectiva de risco, a acusação

empresa.

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

Além disso, as autoridades fiscais se apegam a trechos de documentos que atrelam o termo remuneração aos planos de opções de ações: O fato de as regras serem fixadas por um Comitê de Remuneração, de o formulário 20F categorizar as outorgas de opções de ações como honorários do conselho de administração e diretoria e de ser utilizada a expressão “despesa de remuneração referente aos planos de opções de compra de ações”, dentre outros, serviram como fundamento para a incidência das contribuições previdenciárias, na visão da autoridade lançadora, convalidada pela DRJ.

Fixadas, em linhas gerais, as bases da acusação fiscal, **passemos à análise de cada um desses argumentos, em conjunto com as características específicas do plano de opção de ações objeto da autuação.**

(...)

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

(...)

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

A despeito disso, entendo que o fato de não ser exigido

fiscal discorreu sobre determinados fatos que demonstrariam uma ação da empresa com o intuito de minimizar a flutuação das ações e maximizar ganhos dos beneficiários, o que confirmaria o uso pela fiscalizada dos planos para oferecer vantagens econômicas de natureza remuneratória em contraprestação aos serviços prestados (fls. 74/91).

Em minha opinião, tais fatos especificamente narrados pela autoridade lançadora devem ser compreendidos no contexto da constatação de modificações realizadas nos planos e/ou alterações contratuais com o propósito de manter atrativo o exercício do direito às opções das ações. Caso contrário, a política remuneratória variável implantada pela empresa levaria ao desinteresse dos trabalhadores e estaria seriamente comprometida.

(...)

Em contrapartida, a alteração de prazos de aquisição do direito de contribuir e para aquisição de lotes das ações não incorporados e já vencidos, em que os direitos decorrentes de opções haviam expirado, segundo exemplificado pela fiscalização, reforçam a utilização como política de remuneração dos beneficiários, em claro favorecimento aos interessados, e não estão compatíveis com um caráter mercantil dos planos.

No que tange ao Plano 2008, as condições de mercado se alteraram significativamente, com desvalorização no preço das ações, de modo que a empresa interveio para cancelar planos, substituindo-os por outros que restabeleceram a atratividade, na medida em que os originais não estavam cumprindo o propósito inicial da sua implantação.

Torna-se difícil, a meu sentir, não considerar que as providências adotadas tiveram por objetivo efetuar, mesmo que alinhadas com outras finalidades também de interesse da empresa, os ajustes necessários nos contratos firmados com os trabalhadores de maneira a viabilizar o exercício das opções e manter a política de implantação de retribuição salarial variável sob o manto de contratos de opções de compra de ações.

(...)

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.

(...)

b) Impossibilidade de transferência para terceiros

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

c) Livre exercício do direito de compra das ações

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

Não é, contudo, a possibilidade de não exercício que retira da operação o risco que lhe é inerente. O risco se caracteriza essencialmente pelo pagamento do preço pelo beneficiário e pela possibilidade de perder o valor pago no mercado de ações, conforme será visto no tópico seguinte. Ademais, se realmente a oferta de ações estivesse vinculada à remuneração, representando contraprestação pelo serviço realizado, seria obrigatório o exercício do direito de opção pelo trabalhador, o que, como visto, não se verifica no caso analisado.

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

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

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

	transcritas. (...) Ora, <u>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.</u> <u>Dois anos é um prazo razoavelmente longo e nele podem ocorrer situações que levem o preço das ações a valores bastante inferiores aos de exercício.</u> (...) <u>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.</u> Conclusão quanto ao caráter mercantil do plano de <i>stock options</i> ora analisado <u>Constata-se da análise das características essenciais do programa de ações em tela</u> que o beneficiário não tem nenhuma garantia de ganho na venda da totalidade das ações adquiridas, muito menos recebe as ações por gratuidade. <u>É preciso pagar para a sua compra e aguardar mais de dois anos para vender a metade das ações adquiridas</u>, 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. (...) (destaquei)
--	---

A leitura dos trechos acima reproduzidos, demonstra que, em ambos os casos as decisões partiram da análise dos respectivos instrumentos de negociação, que deram suporte aos planos de opções de compra de ações (*stock options*), ofertados pelas atuadas.

Tal asserção pode ser facilmente verificada nas próprias ementas dos acórdãos, acima reproduzidas, onde, no recorrido, há expressa declaração de que houve avaliação específica dos planos ofertados pela empresa: *“Os planos de “stock options” concedidos pela empresa, avaliados no caso concreto, revelam a existência de uma relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço pelo beneficiário.”* A seu turno, no paradigma 2401-003.888, também no caso concreto, diversamente é constatado que, o plano de *stock options* seria **marcado pela onerosidade, pois o preço de exercício da opção de compra das ações é estabelecido a valor de mercado**, entre outras constatações: *“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.”

Diversas outras situações, específicas e próprias de cada plano de oferta de ações, foram determinantes para as decisões exaradas nos respectivos acórdãos, tais como:

- **no recorrido:** a) há expressa afirmação de que a acusação fiscal seria contundente no sentido de que teria restado comprovada a natureza remuneratória dos planos de opções ofertados pela empresa, além de que, para a formação da convicção do julgador sobre a matéria controvertida devem ser avaliados todos os elementos de prova carreados aos autos pelas partes, demonstrando assim a efetiva análise do caso concreto; b) foi considerada como uma das determinantes da decisão no Voto Vencedor o fato de que, em decorrência de significativas alterações das condições de mercado, a empresa adotou providências objetivando ajustes necessários nos contratos firmados com os trabalhadores de maneira a viabilizar o exercício das opções e manter a política de implantação de retribuição salarial variável sob o manto de contratos de opções de compra de ações; c) há expressa informação nos planos de opção ofertados pela empresa de que se trata de política de remuneração dos empregados;

- **no paradigma:** toda a decisão do paradigma partiu da análise das cláusulas com plano de oferta de ações da autuada, onde se destaca: a) a indisponibilidade de 50% das ações somente após 02 anos contados a partir do exercício da opção, o que se considerou como elemento de risco caracterizador de um contrato mercantil; além do fato de que não seria 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*; b) simulação realizada, onde se constatou verificação de prejuízos com o exercício da opção de aquisição do direito de ação durante o prazo de vigência do plano, de modo que provavelmente tal direito sequer chegaria a ser exercido pelos trabalhadores; c) concluiu-se assim, que o beneficiário não teria nenhuma garantia de ganho na venda da totalidade das ações adquiridas, muito menos as receberia por gratuidade.

Forçoso concluir que não houve demonstração da divergência jurisprudencial, pois os acórdãos confrontados ostentam diferentes quadros fáticos e probatórios e a decisão recorrida pautou o seu entendimento no exame das questões específicas e peculiares do caso em questão. A seu turno, no paradigma 2401-003.888, também foi demonstrado que se baseou em questões específicas do plano de compra de ações ofertado por aquela empresa.

A mesma situação se revela quanto ao paradigma 2803-03.815, onde a decisão exarada também partiu da análise do caso concreto das *stock options* ofertadas pela contribuinte autuada, conforme se depreende das seguintes passagens do Voto condutor:

Acórdão 2803-03.815

Voto

(...)

III – Estabelecido o primeiro pressuposto, **passa-se a análise da natureza das compras das ações mediante Plano de Opção de Compras da Recorrente.**

Os atuais Planos de Opção de Compras de Ações, destinadas aos colaboradores de empresas, como forma de estímulo aos mesmos, conhecido como *Stock Options*, têm várias configurações a depender dos Estatutos Sociais das Sociedades Anônimas, e são autorizadas pelo art. 168, §3º, da Lei n. 6404/1976 (Lei das S/A), in verbis:

(...)

Existem várias configurações de Planos de Opção de Compras de Ações, e em várias, não há qualquer participação da empresa além da definição dos colaboradores a qual é oportunizada a compra e o volume/natureza de ações disponíveis, sem qualquer outra participação, fato reconhecido pelo próprio relatório fiscal no caso presente. Ou seja, a empresa não participa com qualquer verba para que o interessado compre tais ações, apenas disponibiliza a sua compra fora das Bolsas de Valores, fato que poderia ser disponibilizado e realizado também em entidades de mercado de balcão (inclusive com preços diversos da Bolsa de Valores). Apresenta apenas uma oportunidade de investimento do colaborador na própria empresa, inclusive sendo dele o risco.

(...)

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.

(...) (destaquei)

Mais uma vez se verifica relevantes distinções entre os planos de ações analisados na decisão recorrida, quando confrontado com o paradigma 2803-03.815, sendo que as respectivas decisões basearam-se em acurada análise desses planos.

Ponto relevante ainda a ser destacado, é a parte introdutória do Voto Vencedor do redator designado da decisão recorrida, onde o mesmo expressamente reconhece que: “...é possível atribuir ao Stock Options Plan (SOP) uma natureza de operação mercantil, desde que estejam presentes na situação concreta as características que afastam a natureza remuneratória para as opções de compra de ações ofertadas aos segurados empregados e contribuintes individuais.”

Tal assertiva deixa, mais uma vez, claro e inequívoco o fato de que a decisão do recorrido se baseou na análise da situação concreta e características específicas do plano de compra de ações da recorrida, culminando no entendimento de que o mesmo apresenta natureza remuneratória.

Noutro giro, a leitura do recorrido e paradigmas, também demonstra que não há uma efetiva interpretação divergente da norma tributária, pois em todas as situações se reconhece a possibilidade dos planos de ações possuírem, ou não, natureza mercantil, dependendo da forma e condições em que são ofertados.

Portanto, tratando-se de situações fáticas diversas, cada qual com seu conjunto probatório específico, as soluções diferentes não têm como fundamento a interpretação diversa da legislação, mas sim, as diferentes circunstâncias materiais retratadas em cada um dos julgados. Assim, os paradigmas 2401-003.8888 e 2803-03.815 não são aptos à demonstração da divergência, uma vez que não retratam situações com similaridade fática com o recorrido, autorizativa do seguimento de Recurso Especial.

Voto assim, por não conhecer do Recurso Especial da contribuinte quanto à matéria “natureza dos stock options plans”.

d - matéria: “juros sobre multa de ofício”

d.1 – admissibilidade da matéria: “juros sobre multa de ofício”

Como Redatora *ad hoc*, sirvo-me da minuta de acórdão inserida pelo Relator no repositório oficial do CARF, por ter entendimento convergente ao do em. Cons. Mário Hermes Soares Campos:

Na decisão recorrida, foi mantido o lançamento de juros de mora sobre a multa de ofício aplicada pelo não recolhimento das contribuições lançadas no prazo legal, o que motivou a autuada a suscitar divergência de interpretação, nos termos das decisões acórdãos números 9101-00722 e 1802-001.218, acatados como paradigmas.

O tema relativo à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício aplicada no lançamento, encontra-se sedimentado neste Conselho mediante a Súmula nº 108, que apresenta a seguinte redação: Súmula CARF nº 108. “*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial*

do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.” Súmula esta editada após a decisão recorrida e o Despacho que analisou a admissibilidade do Recurso Especial ora sob análise.

Segundo o comando do § 3º do artigo 118 do atual Regimento Interno deste CARF, não cabe recurso especial de decisão de qualquer das Turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso. Confira-se:

Do Recurso Especial

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.

(...)

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das Turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

(...)

A situação ora sob análise subsume-se exatamente à hipótese tratada no dispositivo acima reproduzido, a despeito do fato de que a súmula tenha sido editada após a lavratura da autuação e também posterior à análise de admissibilidade do Recurso, aplicável à espécie a parte final do § 3º “... *ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.*”

Tendo em vista o disposto § 3º do artigo 118 do RICARF, deixo de conhecer do recurso da contribuinte quanto à matéria “juros sobre multa de ofício”.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por não conhecer do Recurso Especial da contribuinte.

quanto às matérias: “*identificação do momento da ocorrência do fato gerador*”, “*natureza dos **stock options plans***” e “*juros sobre multa de ofício*”; e conhecer e negar provimento quanto à matéria: “*nulidade do lançamento por erro na base de cálculo*”.

(documento assinado digitalmente)

Ludmila Mara Monteiro de Oliveira

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira **Ludmila Mara Monteiro de Oliveira**

De início, acuso o recebimento de memoriais gentilmente ofertados pela parte recorrente os quais mereceram minha atenciosa leitura.

Como registrado em ata, pedi vista dos autos na reunião de junho de 2024 para melhor analisar a (im)possibilidade de que dado seguimento ao apelo especial no tocante à segunda matéria admitida pelo despacho de admissibilidade, qual seja: **“identificação do momento da ocorrência do fato gerador.”**

Das maiores dificuldades quando da análise de um precedente é adequadamente segregar aquilo que constitui a razão determinante para uma decisão – a chamada *ratio decidendi* – e aquilo que mencionado apenas de passagem – ou seja, em *obiter dictum*. Tal distinção não é feita apenas para fins teóricos, eis que imprime impacto quanto à vinculação (ou não) do precedente. Enquanto a *ratio decidendi* é parte vinculante do precedente judicial, o mesmo não ocorre com as considerações ditas em passagem.

A importância de tal distinção é de tamanha necessidade que o Tribunal da Cidadania em seu Regimento Interno traz a obrigatoriedade de “definição dos fundamentos determinantes do julgado” nos “acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil.” Ainda no âmbito daquela Corte, decidido que “argumentos em *obiter dictum* não se prestam a caracterizar divergência jurisprudencial para fins de embargos de divergência.”¹

Da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais deste eg. Conselho colhe-se precedente em que a temática foi tratada:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 12/06/2002 a 26/11/2002

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. IDENTIDADE FÁTICA. NECESSIDADE

Ausente a necessária identidade fática, não há como concluir que a divergência entre os resultados dos acórdãos recorrido e paradigmas possa ser atribuída à divergência interpretativa.

Assim sendo, acórdãos que debateram acusações e meios de prova diversos dos enfrentados pelo acórdão recorrido não se prestam à comprovação de divergência interpretativa, ainda que teça considerações principiológicas que, em uma primeira leitura, pudessem caracterizar o dissídio.

Tais considerações representam mero *obiter dictum* e, conseqüentemente, não possuem conteúdo decisório. Como tal, não se prestam a demonstrar divergência de interpretação.

¹ **STJ.** EREsp nº 1.695.521-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 24/5/2023, DJe 1º/6/2023. (Informativo nº 778)

Recurso Especial do Contribuinte Não Conhecido²

A Primeira Turma desta eg. Câmara Superior também já se manifestou em sentido convergente. Peço licença para transcrever breve excerto que demonstra a impossibilidade de dar seguimento ao apelo especial em considerações trazidas apenas *en passant*, em tema contra o qual inexistente insurgência:

Nesse aspecto, observo que a decisão do voto vencedor é abrangente, inclusive rebatendo o voto vencido, nos seguintes termos:

Não vislumbro qualquer diferença entre o ágio não incentivado ou aquela da Lei 9.532/97, pois a questão aqui não se trata de avaliar se aquele benefício (dedutibilidade do ágio nos casos de fusão, cisão ou incorporação) alcançariam a CSLL. Não é este o tema do litígio travado nestes autos. O ponto aqui é discutir se a despesa com ágio (incentivado ou não, ou seja, ágio amparado ou não pelos termos da Lei 9.532/97), deve ser adicionada à base de cálculo da CSLL.

Acontece que tal passagem do voto vencedor deve ser tida como *obiter dictum*, eis que não era matéria litigiosa, ali, se o ágio amortizado após incorporação deve ser adicionado à base de cálculo da CSLL.

Diante de situação semelhante, o paradigma 9101-002.310 já foi rejeitado pela maioria desta Turma em admissibilidade recursal.³

A matéria que ora pretende ver analisada – “**identificação do momento da ocorrência do fato gerador**” – não foi objeto de insurgência em sede de recurso voluntário, como fartamente demonstrado no judicioso voto do em. Relator. **Assim, rogando vênias ao em. Cons. Rodrigo Amorim, acompanho o Relator.**

Em que pese não ter sido o apelo especial conhecido, em atenção ao pedido da recorrente de aplicação da tese firmada pelo Tribunal da Cidadania no Tema nº 1226, faço algumas anotações, apenas com o intuito de ofertar uma melhor prestação jurisdicional, atipicamente exercida por este órgão do Poder Executivo.

A tese firmada no Tema nº 1226 é no sentido de que o “regime do *Stock Option Plan* (art. 168, § 3º, da Lei nº 6.404/1976) [seria] revestido de natureza mercantil”, “ao menos **quando respeitadas suas características gerais.**”⁴

Diferentemente das *stock options* que são comercializadas em bolsa de valores ou mercado de balcão, disponíveis ao público em geral; as chamadas *Employee Stock Options* (ESO) são destinadas exclusivamente aos administradores, empregados ou prestadores de serviços das empresas. Normalmente, os beneficiários da ESO são colaboradores que ocupam o mais alto nível

² CARF. Acórdão nº 9303-004.216, sessão de 9 de ago. de 2016.

³ CARF. Acórdão nº 9101-006.827, 6 de fev. de 2024.

⁴ Tal ressalva é extraída do voto do Relator, Min. Sérgio Kukina. As “características inerentes ao instituto” estão sistematizadas no voto-vogal do Min. Afrânio Vilela, onde destacado a tríade onerosidade-voluntariedade-risco.

da estrutura da empresa, justamente na tentativa de reter tais talentos e incentivá-los atuar de modo alinhado à auferição de resultados positivos à corporação. Se, assim como nas SO, estiver presente a tríade voluntariedade, risco e onerosidade, incontestemente seria a natureza mercantil das ESO; contudo, a realidade, *em regra*, não se descortina dessa forma.

Em trabalho em coautoria com a Cons.ª MÍRIAM DENISE XAVIER,⁵ asseverado que

[n]o âmbito do contencioso administrativo fiscal, em que os julgadores são reconhecidos pela elevada capacidade técnica e minudente análise probatória, colhem-se as seguintes situações que corroboram os achados da doutrina: diferentemente das SO que ostentam natureza mercantil, as ESO representam, *em regra*, forma travestida de pagamento de remuneração. Isso porque, não raramente:

- as ESO são oferecidas gratuitamente, retirando a imprescindível nota da onerosidade para caracterização do caráter mercantil;
- os preços de exercício são fixados em valores baixos ou irrisórios, tornando certo o ganho para o colaborador, eliminando a assunção de qualquer tipo de risco, típico de uma operação de natureza mercantil;
- o período de carência da ESO é computado em anos, impondo a permanência do colaborador neste ínterim, o que demonstra a relação direta com o contrato de trabalho;
- os planos são revistos quando, durante a carência, verificado que o preço de exercício tornou-se pouco atrativo, reduzindo-o e adequando-o para que se torne vantajoso ao colaborador, eliminando o risco que deveria existir na operação; e,
- o plano prevê que, na hipótese de demissão por justa causa, o colaborador perde todas as opções que lhes tenham sido concedidas e, mesmo aquelas em que passível o exercício, retornam as ações à empresa, corroborando a ligação umbilical entre a opção de compra de ações com o contrato de trabalho.

A jurisprudência majoritária do Carf, ao desempenhar minudente escrutínio das cláusulas dos planos de ESO, vinha concluindo que ausentes os elementos essenciais de voluntariedade, onerosidade e risco, que confeririam às SO o caráter mercantil, teria a verba natureza remuneratória. Pelas particularidades inerentes ao modo em que ofertada aquisição de ações na vigência de um contrato de trabalho, no âmbito do contencioso administrativo fiscal, em regra, tido que as ESO exibem natureza remuneratória.

⁵ Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2025-jan-22/de-voto-vencido-no-carf-a-vencedor-no-stj-a-tributacao-das-employee-stock-options/>>.

Rótulos não bastam para a definição da natureza jurídica de uma verba, e sim as notas que a compõem. Há decisões, proferidas tanto em âmbito administrativo,⁶ quanto judicial,⁷ afastando, *no caso concreto*, a aplicação da tese firmada no tema de nº 1.226, por identificar elementos que retirariam o caráter mercantil das *stock options*.

É imperioso que seja ultimada minudente análise das cláusulas das ESO para que seja possível definir sua natureza – se remuneratória ou mercantil. Isso porque, como já narrado, a tese firmada é a de que o “regime do *Stock Option Plan* (art. 168, § 3º, da Lei nº 6.404/1976) [seria] revestido de natureza mercantil”, “ao menos **quando respeitadas suas características gerais.**” A ressalva feita pelo col. Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a não incidência de IRPF sobre a parcela, obstaculiza qualquer pretensão de aplicação indiscriminada do entendimento.

Rememoro que, nos idos de 2018 o Min. ALEXANDRE DE MORAIS, quando da apreciação do Tema de nº 725, acertadamente cravou que “(...) o Direito não vive de rótulos, mas sim da análise da real natureza jurídica dos contratos (...)”. O entendimento firmado no Tema nº 1226 apenas sinaliza que, *em tese*, as *stock Options* têm cariz mercantil.

Registro ainda ser equivocada tentativa de estender o que decidido no tema de nº 1.226, que versa sobre a exigência de IRPF, para os casos envolvendo *contribuições sociais previdenciárias*, com arrimo em enviesada leitura do disposto na al. “b” do inc. II do parágrafo único do art. 98 do RICarf. Há de se ter cuidado em assim proceder, pois o próprio STJ reconhece escapar ao tema de nº 1.226 discussões envolvendo a incidência de contribuições previdenciárias.

Prova maior disso é que, no período compreendido entre a realização desta sessão de julgamento e a publicização desta decisão, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou ao rito dos repetitivos dois recursos sobre incidência de contribuição previdenciária sobre operações de *stock option plan* e, com isso, suspendeu a tramitação de todos os processos sobre o tema no país.

Assinado Digitalmente

Ludmila Mara Monteiro de Oliveira

⁶ CARF. Acórdão nº 2401-012.044, sessão de 02 de out. de 2024.

⁷ TRF3. Apelação / Remessa Necessária nº 5011549-61.2022.4.03.6100, julgamento iniciado em 26 de nov. de 2024. Julgamento suspenso, nos termos do art. 942 do CPC, com dois votos favoráveis para que dado “parcial provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal, mantendo a incidência dos tributos em discussão, apenas afastando a exigibilidade da multa relacionada à não retenção do imposto de renda.”