



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720149/2017-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-006.239 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de novembro de 2022
Recorrente ITAU UNIBANCO HOLDING S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, mantendo os lançamentos, vencidos os conselheiros Luciano Bernart (relator), Junia Roberta Gouveia Sampaio e Antônio Paulo Machado Gomes, que davam provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart – Relator

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Iágaro Jung Martins, Jandir José Dalle Lucca, Antonio Paulo Machado Gomes, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário (fls. **840-863** e docs. anexos) interposto em face de Acórdão n.º **15-43.451**, da 6ª Turma da DRJ/SDR (fls. **804-832**), em sessão realizada na data de 26 de setembro de 2017, por meio do qual o referido Órgão julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo Sujeito Passivo (fl. **671-703** e docs. anexos), de forma a manter o crédito tributário lançado em desfavor do Impugnante.

I. Auto de Infração (AI), Impugnação e DRJ

2. Por economia e celeridade processual, transcreve-se o relatório do Acórdão da DRJ de fls. **805-810**.

Trata-se de Auto de Infração lavrado em nome da empresa Itaú Unibanco Holding S.A, para a constituição do seguinte crédito tributário:

DESCRIÇÃO DO LANÇAMENTO	VALOR ORIGINAL
DEMAIS INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO DOS IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES: multa por falta de retenção na fonte de imposto ou contribuição. (Código de Receita nº 3488). Período: 02/2012 a 09/2012.	RS 9.884.625,40

De acordo com o Relatório Fiscal, a multa aplicada deveu-se à ausência de retenção do imposto de renda na fonte, conforme determina o art. 717 do regulamento do Imposto de Renda – RIR, aprovado pelo Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999, incidente sobre as remunerações atribuídas aos administradores da autuada por meio de outorga de opções de compra de ações (stock options), que dão direito à subscrição de ações da companhia, desde que atendidas certas condições estabelecidas no termo de outorga.

Após discorrer sobre a natureza dos planos de outorga de opções de compra de ações, o relatório fiscal (item 77) conclui que as opções concedidas aos administradores da autuada devem integrar a remuneração pelas seguintes razões:

- a) A outorga de opções de compra é um mecanismo de reconhecimento de desempenho dos beneficiários, bem como de atração e retenção de talentos;
- b) O contribuinte recebe serviços dos beneficiários como contraprestação pelas opções de compra de ações que lhes foram outorgadas;
- c) Não há pagamento de prêmio pelo beneficiário da opção;
- d) As opções outorgadas são pessoais e intransferíveis;
- e) As opções de compra outorgadas possuem prazos de carência mínimos definidos, escalonados anualmente;
- f) A concessão do benefício implícito no programa está sempre condicionada ao cumprimento de metas de performance e de redução de custos, bem como à

permanência destes no quadro funcional da empresa durante o período de carência (vesting period);

g) As Notas Explicativas às demonstrações contábeis referentes ao patrimônio líquido afirmam que a companhia visa integrar seus executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazos, através da outorga de opções de ações a diretores e membros do Conselho de Administração;

h) Nos formulários 20-F, item 6B, o sujeito passivo categoriza a outorga de opções de compra de ações como honorários do Conselho de Administração;

i) O Comitê de pessoas, órgão estatutário, é responsável pela definição de modelos de remuneração. Este comitê também é responsável pela definição de opções de compra de ações;

j) Nos formulários 20-F, item 6E, o sujeito passivo afirma emitir opções de compra de ações como forma de remuneração, pois acredita que isso aumenta o comprometimento dos executivos;

k) De acordo com os planos para outorga de opções de ações, o Comitê de pessoas selecionará os executivos aos quais serão outorgadas, fixará as quantidades de opções de cada série que caberão a cada executivo selecionado. Com relação ao período de carência, ele será fixado pelo comitê ao emití-las, podendo variar entre AE +1 e AE + 5, sendo AE o ano civil em que houver sido emitida a opção. Com relação ao preço de exercício da opção, é facultado um abatimento de 20% sobre o valor calculado com base na métrica definida.

l) Na ata de reunião do Comitê de Remuneração, de 20 de fevereiro de 2006, é definido que a remuneração dos diretores compreende a somatória dos honorários mensais e especiais, as participações semestrais nos lucros, a outorga de opções de compra de ações, a concessão de benefícios de qualquer natureza e as verbas de representações;

m) Na ata da reunião do Comitê de Administração do Plano de Opção de Compra de Ações do Unibanco – Performance, de 03 de setembro de 2007, afirma-se que o preço de exercício das opções deverá ser pago não em dinheiro, mas tão somente através do cumprimento de obrigação de fazer pelo executivo;

n) Na ata de reunião do comitê de Nomeação e Remuneração, de 11 de fevereiro de 2008, é decidido que a remuneração total dos executivos deve ser composta por quatro elementos: remuneração mensal fixa; remuneração variável – dinheiro; remuneração variável – opções; e benefícios, na seguinte proporção: Vice-presidentes – 85%; Diretores-executivos – 85%; Diretores-gerentes – 50%. Afirma ainda que o valor da remuneração originada pelas opções deve ser calculado pela multiplicação da quantidade de opções outorgadas pelo prêmio (valor) da opção, que, por sua vez, é calculado pela metodologia Black & Scholes.

Além dos fatos mencionados acima, a fiscalização afirma que as vantagens decorrentes de opções têm natureza remuneratória por serem concedidas aos diretores pelo fato de trabalharem e continuarem trabalhando para o contribuinte (pois as opções são extintas caso o diretor deixe o exercício do cargo), como contraprestação pelos serviços prestados e, ainda, por serem oferecidas sem custo. Dessa forma, fica afastado o risco de o diretor perder capital com a opção de compra de ações.

Em seguida, Relatório Fiscal afirma que a outorga das opções de compra é negócio sujeito a condição suspensiva, uma vez que o direito do profissional ao exercício da opção somente se aperfeiçoa com o preenchimento das condições previstas no instrumento de outorga. Ou seja, as obrigações tributárias principal e acessórias somente se aperfeiçoam no momento em que o beneficiário, trabalhador, exercer o seu direito oriundo das “stock options”, mediante a assunção dos custos previstos em contrato, pagamento do preço de exercício. O fato gerador, portanto, ocorre na data do exercício.

A tributação ocorre sobre a parcela assumida como despesa pela empresa, que se traduz no valor que o beneficiário deixou de pagar pela opção de compra quando da sua outorga, o qual é mensurável pelo valor justo da opção de compra. Ocorre que, na maioria dos casos, não existe preço de mercado disponível para as opções de compra de ações outorgadas a empregados/dirigentes, uma vez que elas estão sujeitas a termos e condições que não são aplicáveis às opções negociadas no mercado. Assim a entidade deve estimar o valor justo destas opções utilizando técnica de avaliação para estimar a que preço elas poderiam ser negociadas, na data da mensuração, em uma transação sem favorecimentos, entre partes conhecedoras do assunto e dispostas a negociar, conforme orientações do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC no Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1).

De acordo com as Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis do ano de 2012, publicadas pelo Itaú Unibanco Holding em 26 de fevereiro de 2013, “o valor justo dos instrumentos baseados em ações é o preço de mercado cotado na data da concessão para as ações preferenciais menos o preço pago à vista pelo beneficiário. Tais valores foram informados pelo contribuinte em planilhas apresentadas em resposta ao termo de Intimação nº 09, de 29/11/2016.

Assim, a base de cálculo do imposto é calculada multiplicando-se a quantidade de opções exercidas dentro do período 01/2012 a 12/2012, pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data do exercício.

Em anexo ao Termo de Verificação Fiscal encontram-se planilhas que relacionam, de forma individualizada, o nome e o cargo do beneficiário, a série de emissão das opções, a data de outorga, a data de exercício, a quantidade de opções exercidas, o valor de mercado da ação na data de exercício, o preço de exercício da opção e a base de cálculo apurada.

O Relatório Fiscal menciona diversas decisões do CARF que corroboram os procedimentos adotados na fiscalização.

A aplicação de multa isolada sobre a falta de retenção do Imposto de Renda na fonte encontra-se prevista no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002.

O contribuinte foi pessoalmente cientificado do Auto de Infração em 23/02/2017. Em 23/03/2017, apresentou impugnação na qual alega em síntese o seguinte:

Preliminar de nulidade da autuação.

Argumenta que, de acordo com o Relatório Fiscal, o fato jurídico ensejador da incidência tributária é a concessão de opções de compra de ações sem cobrança de prêmio, o que leva à conclusão de que a retribuição ao trabalho exercido pelo profissional corresponderia ao prêmio não cobrado. Assim, o fato gerador ocorre no momento em que o vendedor (a impugnante) abre mão do prêmio pela opção concedida ao comprador (no caso, os profissionais), ou seja, o fato gerador ocorre na data da assinatura do plano. No entanto, a fiscalização considerou como momento de ocorrência do fato gerador a data de exercício da opção, sob a justificativa de que somente neste momento a “stock option” configurou vantagem econômica.

Para guardar coerência com o que defendeu em todo o Termo de Verificação Fiscal, deveria a autuação ter considerado que o fato gerador ocorreu no momento da concessão da opção ao trabalhador. Só não o fez porque estariam decaídos os fatos geradores (2005, 2007 e 2009). Evidente, portanto, o descasamento entre o fato gerador eleito pela autuação (exercício da opção) e aquele que motivou a autuação (concessão da opção).

Alega que a autuação pretende tributar uma ficção, pois não se pode garantir ao certo qual será o valor de eventual ganho a ser obtido pelo executivo que ingressa no mercado de opções. Tal procedimento ofende o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Afirma que não houve motivação para a autuação sobre os Planos de opções bonificadas, cuja sistemática é totalmente diversa dos planos de opções simples. A fiscalização deixou de levar em consideração que o direito a receber as ações bonificadas foi oneroso, não observando o incontroverso desembolso ocorrido na assinatura do plano e nem os riscos do negócio, enfrentados diretamente pelo executivo.

Argumenta que o caráter não salarial dos planos de outorga de opções decorre da submissão, por parte dos profissionais, aos fatores de risco inerentes ao mercado de ações. Dentre estes riscos encontra-se a cláusula dos planos de opções que prevê a indisponibilidade de 50% das ações adquiridas por um período de dois anos após o exercício. Em todas as outorgas de opção objeto da autuação há esta cláusula. Portanto, se a premissa da fiscalização é de que o fato gerador ocorreu na data de exercício, é certo que a parcela da autuação decorrente das ações que não puderam ser negociadas de imediato deve ser excluída do lançamento. Tendo em vista a existência de vício relativo à base de cálculo das contribuições lançadas, impõe-se a nulidade do lançamento, ou a redução da base de cálculo.

Do mérito.

Argumenta que, não sendo mais exigível o IRRF após encerrado o prazo de entrega da declaração de rendimento pelas pessoas físicas, também não pode ser exigida a multa isolada ora imposta.

Alega que os planos de concessão de opções de compra de ações são matéria de natureza societária, regulada que é pela legislação das companhias, pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM e por disposições do Estatuto Social da companhia. Não se cuida, portanto, de aspecto ligado ao contrato de trabalho ou de serviços. A outorga de opções de compra de ações não representa pagamento de remuneração pelo trabalho, sendo típico negócio societário, com os riscos inerentes aos negócios desta natureza. Afirma ser este o posicionamento pacífico da doutrina e da jurisprudência trabalhistas.

O titular das opções realiza um investimento em um mercado de risco. Assim, não se sustenta a pretensão do fisco de caracterizar como remuneração o potencial ganho (que é eventual, posto que sujeito aos riscos de mercado) apurado pela diferença entre o valor de mercado e o preço de exercício das ações em um dado momento, quando, no momento seguinte, este ganho pode transformar-se em perda. Este eventual ganho não decorre do trabalho, mas das oscilações do mercado.

Ao autuar situações nas quais as pessoas exerceram a opção que lhe foi ofertada, mas não venderam a ação, partiu-se da premissa de que o imposto de renda incide sobre a mera possibilidade de lucro na venda da ação.

Afirma que o plano de “*stock option*” mantido pela Itaú Unibanco Holding já foi objeto de análise pelo CARF que atestou o seu manifesto caráter mercantil (Acórdão n.º 2401-003.890). O plano analisado naqueles autos é praticamente idêntico ao apreciado no lançamento ora impugnado.

Alega que o Plano de opção de compra de ações Unibanco – Performance possui regras diferentes das opções simples. Para participar deste programa e receber a outorga de opções de ações o executivo deveria destinar o percentual de 50 a 100% do seu bônus líquido para a aquisição de ações próprias de emissão do banco. Ou seja, neste plano, o ato de adesão vem acompanhado do imediato desembolso para a compra/exercício de ações da companhia, as quais devem ser mantidas em sua propriedade por um período de três a cinco anos. Assim, este plano se caracteriza como uma verdadeira operação financeira de renda variável. Eventual vantagem financeira decorrerá do desempenho do papel na bolsa de valores. A presença do risco, a onerosidade e a eventualidade do ganho afastam-no do conceito de remuneração. Apresenta decisão do TRF da 3ª Região neste sentido.

Argumenta ser impossível a tributação sobre as “*stock options*” por se tratar de mera expectativa de direito, onerosa, eventual e sujeita ao risco.

Afirma ser impossível a exigência de juros de mora sobre os valores relativos à multa de ofício.

Requer seja dado provimento à impugnação e seja cancelado o Auto de Infração.

3. A DRJ julgou pela IMPROCEDÊNCIA da Impugnação, nos seguintes termos da Ementa (fls. **1.206-1.207**).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

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

OFERTA DE STOCK OPTIONS. AUSÊNCIA DE RISCO PARA O TRABALHADOR.

Quando a oferta de opção de compra de ações não exige desembolso financeiro, não implica risco de qualquer tipo ao trabalhador. No limite, se, na data do exercício da opção, por uma condição econômica adversa, o valor de mercado das ações da companhia estiver próximo de zero, o trabalhador não a exercerá e, conseqüentemente, não terá qualquer ganho ou perda. No limite oposto, se o valor de mercado das ações tiver sofrido uma elevação de 1000% frente ao preço de exercício, o trabalhador, diante da clara oportunidade de ganho, exercerá a opção. Desta análise resulta que, para o trabalhador, os resultados possíveis da oferta de opções de compra de ações são: ganhar ou não perder. Logo, patente a inexistência de risco.

OFERTA DE STOCK OPTIONS. VANTAGENS. CARÁTER REMUNERATÓRIO.

O exercício da opção de compra de ações é um direito do beneficiário e ingressa no seu patrimônio jurídico em razão da relação de trabalho por ele mantida com a empresa. Não houve um desembolso financeiro para que o trabalhador adquirisse a opção. O que lhe permitiu exercer este direito e obter a vantagem financeira que ele lhe proporcionou foi o fato de ter se mantido vinculado à empresa pelo período fixado no instrumento de outorga e ter cumprido as condições de desempenho ali fixadas. Como não há enriquecimento sem causa, há de se indagar qual a contrapartida oferecida pelo trabalhador para fazer jus à vantagem conferida pela opção. Como não houve desembolso financeiro para a aquisição da opção, inescapável a conclusão de que a vantagem lhe foi conferida como contraprestação pelos serviços prestados, amoldando-se, portanto, ao conceito de remuneração.

STOCK OPTIONS. VANTAGEM TRIBUTÁVEL. COTAÇÃO DE MERCADO DA AÇÃO. PREÇO DE EXERCÍCIO DA OPÇÃO. DIFERENÇA.

Se houve o exercício da opção, é porque a sua oferta resultou em vantagem para o trabalhador, ou seja, o preço de mercado da ação na data do exercício estava menor do que o preço que o trabalhador teve que pagar para adquirir a ação - preço de exercício da opção. Esta é, exatamente, a vantagem tributável: a aquisição da ação por preço inferior à cotação do mercado na data da compra, ou, dito de outra forma, o desembolso que o trabalhador deixou de fazer para obter a disponibilidade do bem (a ação).

STOCK OPTIONS. FATO GERADOR. MOMENTO DA OCORRÊNCIA.

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

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA. PREVISÃO LEGAL. CABIMENTO.

A falta de retenção e recolhimento do IRRF enseja a aplicação de multa isolada, calculada sobre o montante que devia ter sido retido, conforme previsto em lei.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

4. Em suma, quanto à preliminar, o Órgão julgador decidiu que, por não se tratar de questões que impeçam o conhecimento do mérito, então, primeiro, seriam analisadas as questões de mérito. Após esclarecer como funcionam os planos de concessão de opções de compra de ações, a DRJ concluiu que não se trata de operação mercantil, especialmente pela exclusividade concedida aos trabalhadores da Instituição nas opções de ações. Sobre se caracterizar como remuneração, não há dúvida, na visão dos julgadores, uma vez que tal conceito compreende todas as vantagens oferecidas como contraprestação pelo trabalho. Indicam o art. 28 da Lei 8.212/91 e o art. 74 da Lei 8.383/91, bem como decisões do CARF e de Tribunais Regionais Federais. Com base em diferenciação de opções simples e opções bonificadas, sendo que essas dá ainda maior vantagem ao beneficiário, pois “O item 4.5.3 do plano de opções Performance revela que as opções bonificadas conferem ao executivo uma vantagem ainda maior do que as opções simples. Aqui, além de não ter desembolsado qualquer valor para comprar a opção (lembre-se que o executivo pagou pela compra de uma ação), o executivo não precisará desembolsar qualquer valor para adquirir a segunda ação, fruto do exercício da opção. Isto porque, o preço de exercício fixado na opção bonificada é zero. Para que ele possa exercer a opção, basta que ele cumpra a seguinte obrigação de fazer: manter em sua propriedade as ações que originalmente adquiriu. Para tornar o plano ainda mais atrativo, o item 4.5.3.1 define que até mesmo esta obrigação de fazer, exigida para o exercício da opção, pode ser flexibilizada pelo comitê.”, entenderam os julgadores que foi correta a inclusão das vantagens decorrentes das opções reguladas pelo plano Performance na base de cálculo do lançamento.

5. Feito o exame acima, o grupo de julgadores partiu para a análise de questões chamadas de preliminares, nas quais o Impugnante questionou os aspectos temporais e quantitativos da obrigação tributária. Sobre o momento da ocorrência do fato gerador, a DRJ entendeu que “a vantagem conferida ao trabalhador pela oferta da opção surge no momento em que se dá o seu exercício, uma vez que esta vantagem consiste exatamente no valor que o trabalhador deixa de desembolsar ao adquirir a ação, correspondente à diferença entre a cotação de mercado da ação e o preço de exercício da opção. Esta vantagem nada tem de fictícia. Ela é real e objetivamente verificável.”. Colacionam jurisprudência sobre o assunto. Com base nisso, os julgadores não reconheceram a decadência. O fato do trabalhador ter de manter as ações adquiridas em seu patrimônio por um período de dois anos não interfere na ocorrência do fato gerador. Adequada, portanto, a base de cálculo para a multa.

6. Sobre a alegação de inexistência de fundamentação legal para a multa isolada, não é cabível, não sendo aceita inclusive pelo CARF, como mostra decisão indicada no Acórdão.

7. Quanto ao questionamento relativo à incidência de juros sobre os valores das multas, tal não procede, pois em consulta à documentação se constatou que o lançamento não inclui juros.

II. Recurso Voluntário

8. Em face da decisão da DRJ, o Responsável Tributário interpôs Recurso Voluntário, por meio do qual alegou, em suma, que: **a)** é nula a autuação por erro no critério de lançamento. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (TVF) e o Acórdão recorrido, a

vantagem patrimonial pela relação de trabalho é a não cobrança do prêmio pela outorga das opções, sendo isso que diferencia uma opção oferecida no mercado. A vantagem ocorre na data da concessão das opções e não em seu exercício, até porque o exercício caracteriza a compra das ações pelo executivo. Dessa forma há não há congruência entre o fato gerador eleito pela fiscalização (exercício das opções) e o que motivou a autuação. Houve tributação sobre o valor de mercado da ação que sequer foi vendida, tributando-se expectativa de direito. A premissa adotada pelo Fisco, de que o direito se perfaz com o implemento das condições suspensivas, o que se daria com o efetivo exercício de compra das ações, esbarra nos seguintes problemas: base de cálculo fictícia, pois seria levado em conta o preço do exercício x valor de mercado da ação da data de exercício, tributando expectativa do direito, uma vez que não se tributa o lucro da ação, mas o fato do administrador, na qualidade de investidor, ter adquirido ações da companhia. Não foi levado em conta que o plano de stock options possuía cláusulas que impediam a venda da ação após o exercício; **b)** os planos de opções de compra de ações não possuem caráter salarial ou remuneratório, como afirmado pela Fiscalização. Esse entendimento, data vênua, não encontra amparo na doutrina e jurisprudência trabalhistas, que são pacíficas quanto à natureza não salarial das opções de ações. O objetivo das stock options é incentivar os detentores de cargos de liderança a participarem da empresa, como acionistas. Tal situação, segundo a doutrina, só impropriamente pode ser qualificada como remuneração. Cita a indisponibilidade de 50% das ações pelo prazo de dois anos. O eventual ganho no mercado de ações não depende do trabalho prestado pelo titular da opção, pois o resultado dependerá das oscilações do mercado; **c)** não há remuneração diante do exercício do direito de compra de ações. Houve premissa de que o fato gerador da incidência do imposto seria a possibilidade de lucro na venda da ação, o que não encontra fundamento legal. A jurisprudência trabalhista adota essa postura ao reconhecer que não há natureza salarial quando a vantagem percebida não está vinculada à força de trabalho. Não há vantagem de natureza salarial; **d)** a natureza dos planos stock options é de natureza mercantil. O CARF já reconheceu tal natureza; **e)** para as opções bonificadas, o Fiscal não poderia ter usado a mesma fundamentação legal aplicada às opções simples, isso porque as ações bonificadas são adquiridas por meio oneroso. Não há qualquer subsídio do Requerente para a aquisição dessas ações. Já se observa a diferença desse plano em relação à stock options comum/simples, no qual há a concessão de prazo de carência para o exercício. No caso de ações bonificadas, o ato de adesão vem acompanhado do imediato desembolso pelo executivo para compra ou exercício de ações próprias da companhia. Assim, tal plano de opção (de compra de ações do Unibanco) possui natureza de Balcão Não Organizado, além disso, o executivo que exercer a opção deve mantê-las em sua propriedade pelo período de 3 a 5 anos. A vantagem econômica da operação não depende do contrato de trabalho ou da prestação de serviços a ele vinculada, mas do desempenho da bolsa, quando e se houver a venda da ação. Três características afastam o conceito de remuneração: onerosidade, risco e eventualidade. Cita jurisprudência do TRF3 e do TRT2; **f)** trouxe aos Autos termo de constatação da KPMG, o qual demonstra que “a venda de ações nas datas permitidas pelo Plano ou quando adimplidas as condições contratuais **resultariam em prejuízo ao executivo**”; **g)** a multa isolada é inaplicável, pois inexigível o IRRF da Recorrente após encerrado o prazo da declaração de rendimento. Cita jurisprudência, que aborda o Parecer Normativo COSIT nº 01/02; **h)** não há incidência de juros

sobre a multa de ofício. Ao final, requer a procedência do Recurso para determinar o cancelamento integral da exigência tributária. Protesta pela juntada posterior de documentos.

III. Contrarrazões

9. A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário, às fls. 1.076-1.106. Em suma, alegou o seguinte: **a)** a afirmação de que haveria descasamento entre o fato gerador e motivação da autuação não se sustenta, pois os arts. 59 e 60 do Dec. 70.235/72 preveem apenas duas hipóteses em que a “notificação e demais termos do processo administrativo fiscal” serão declarados nulos. Foi garantido o amplo direito de defesa ao contribuinte, sendo descabida a alegação de cerceamento de defesa; **b)** estão presentes no Auto de Infração todos os requisitos necessários à sua lavratura, bem como os do art. 142 do CTN. O critério material, que seria deixar de reter o imposto de renda incidente sobre o rendimento do trabalho. O Critério pessoal, que conteria a União e o Banco. O aspecto temporal, que representa a data do efetivo exercício das opções, em consonância com a jurisprudência do CARF. Lembrando que a data do exercício reflete o momento em que a opção efetivamente confere vantagem econômica e acréscimo patrimonial ao beneficiário. O critério quantitativo, sendo a base de cálculo a diferença entre o preço de mercado e o preço de exercício das ações na data do exercício; **c)** não se deve confundir stock options mercantis com employee stock options, por se tratar esse de política de remuneração utilizada por companhias em todo o mundo, Pois nesse caso há o incentivo remuneratório, estimulando os empregados a trabalharem e concentrarem seus esforços nessa contínua valorização. A pergunta que se coloca é qual a vantagem econômica obtida pelas companhias ao celebrarem contrato de stock options com seus executivos e empregados? Não há contrapartida monetária, pois não há pagamento de prêmio e mais para frente há perda, consubstanciada no deságio, na diferença de preço exercido e preço de mercado. Isso se dá com o objetivo de alinhar “interesses, fidelização e prestação de trabalho”. Tudo isso ligado ao trabalho, com o qual se recompensa com as stock options; **c.1)** explica como funciona a sistemática das stock options e indica que elas não são acessíveis a todos os trabalhadores indistintamente. Assim, a “concessão das opções de ação possui, assim, um caráter discricionário e retributivo, vinculado ao desempenho do profissional da empresa. Há, claramente, um viés de retribuição pelo trabalho prestado à empresa.”. Trata-se, portanto, de um componente de remuneração. Afasta-se ainda o caráter mercantil, pelo fato das opções serem graciosamente outorgadas. Não é diferente no caso das opções bonificadas, conferidas gratuitamente aos “executivos que investirem parte da PLR recebida no ano anterior em ações da companhia e as mantiverem em sua propriedade durante certo período, correspondente ao período de carência das opções.”, inclusive, sem preço de exercício. Uma vez cumprido o período de vesting, as opções são exercidas sem o pagamento de preço de exercício, portanto, a preço zero. Nas opções outorgadas, não há a possibilidade de negociar as opções recebidas. Elas não podem ser transformadas em dinheiro. Assim, “até serem efetivamente exercida, as opções nada possibilitam ao beneficiário, nem lhe acrescentam termos financeiros.”. Cita o art. 22 da Lei nº 8.212/91, que prevê que remuneração é qualquer acréscimo patrimonial propiciado pela empresa ao contribuinte individual que lhe preste serviços. Cita o art. 201, § 1º da Constituição; **c.2)** suposto risco nas operações envolvendo employee stock options. Elas são um componente

variável da remuneração, pois o seu não exercício não significa trabalho de graça, pois elas complementam a remuneração fixa, que será necessariamente recebida, independente de qualquer fator. “é intrínseca à remuneração variável a possibilidade de que sua implementação não ocorra. Bônus, gratificações de desempenho, prêmios por performance, entre outros componentes da parcela variável da remuneração, podem não ser pagos se as metas acordadas não forem alcançadas, se a empresa não auferir um determinado percentual de lucro, etc, não havendo que se falar que em tais hipóteses o trabalhador tenha “trabalhado de graça” para empresa.”. Elas não perdem o caráter remuneratório. O beneficiário não é obrigado a revender as ações, nem em período de baixa cotação nos contratos de outorga, sendo o risco puramente artificial. O estudo da KPMG não passa de ilação, pois não houve prejuízos concretos nas datas consideradas, uma vez que as pessoas não venderam suas ações naquelas datas. No início do ultimo semestre de vigência da opção, todas as ações ficam liberadas do lock up, com o objetivo de preservar os incentivos ao desempenho; **d**) existe renda realizada. Indica o conceito de renda, na doutrina. A ação, independente de sua revenda pelo beneficiário pode gerar percepção de dividendos, de juros sobre capital próprio, direito a voto, locação, derivativos, ou seja, gera inegável acréscimo patrimonial. A realização da renda ocorre quando os eventos que a deflagraram estiverem concluídos e forem permanentes. Com o exercício das opções e a consequente titularidade das ações se realiza um evento de recebimento, concluído e permanente. As ações representam acréscimo patrimonial, não se fazendo necessária sua revenda. Cita jurisprudência do CARF, que confirma suas alegações, especialmente o caráter remuneratório das stock options; **e**) a multa isolada foi aplicada regularmente, nos percentuais de 75% ou 150%, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/96. O Parecer Normativo Cosit n.º 01/2002 sustenta tal posição. Cita jurisprudência do CARF; **f**) incidem juros sobre a multa de ofício. Ao final requer seja negado provimento ao RV.

10. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luciano Bernart, Relator.

IV. Tempestividade e admissibilidade

11. Com base no art. 33 do Decreto 70.235/72 e na constatação da data de intimação da decisão da DRJ (fl. **837 – 28/09/17**), bem como do protocolo do Recurso Voluntário (fl. **838 – 30/10/17**), conclui-se que este é tempestivo.

12. Tendo em vista que o Recurso Voluntário atende aos demais requisitos de admissibilidade, o conheço e, no mérito, passo a apreciá-lo.

V. Responsabilidade tributária e fato gerador

13. Como se percebe, a discussão gira em torno da sistemática das stock options e da incidência do IRRF na vantagem concedida a trabalhadores, em regra diretores, do Interessado. Antes de se analisar o mérito da questão, entende-se adequado discorrer, de maneira

geral, sobre a sistemática das stock options, mesmo que isso já tenha sido feito satisfatoriamente pela Autoridade fiscal no TVF (fls. **610** e segs.), inclusive com exemplos.

14. No caso, as stock options ou também opções de ações são concedidas a pessoas físicas, administradores e empregados da Instituição financeira, nos termos do art. 3.2. de seu Estatuto Social (fl. **538**). De acordo com Nota 22 da Holding (fl. **445**) a outorga de opções de ações “visa integrar executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazo, por meio da outorga de opções de ações simples ou opções de sócios, pessoais, impenhoráveis e intransferíveis, que concedem o direito de subscrição de uma ação do capital autorizado ou, a critério da administração, de aquisição de uma ação em tesouraria adquirida para recolocação.”.

15. Em sua sistemática, a outorga de opções concede a determinadas pessoas, que atendam os requisitos estabelecidos pela administração da Holding, o direito de compra de ações a um preço específico em data definida, que pode ser entre 2 a 5 anos do recebimento da opção. Assim, o beneficiado recebe, sem qualquer ônus, a escolha para comprar ações, que pode ou não ser exercida quando o tempo chegar. Se a opção for exercida, o que ocorre geralmente quando o valor das ações no mercado está mais alto do que o preço definido na opção, então o beneficiado pode comprar as ações nos termos acordados. Se a opção não for exercida, o que geralmente ocorre se o valor das ações no mercado estiver menor do que os da opção, não há nenhuma sanção ou efeito para quem recebeu a opção. Durante o período entre a concessão do benefício e seu exercício, há condições para que o beneficiado conserve a opção, assim como existem outras depois da aquisição da ação. Dentre as condições para o exercício da opção, o beneficiado não pode se desvincular da Instituição, pois caso o faça, perde a opção. Um exemplo de condição depois da aquisição das ações é que o beneficiado só pode vender parte delas.

16. A Autoridade fiscal entendeu que o fato gerador, tanto em relação à obrigação do IRPF, quanto à do IRRF (chamada de acessória no TVF), ocorre no momento em que há a efetivação do exercício da opção. Ou seja, quando o beneficiado exerce a opção e compra as ações no preço garantido pela Instituição financeira. Isso pode ser confirmado no TVF (fl. **657**, destaque na transcrição não consta no original).

94. Diante do que foi exposto, as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra. Ou seja, as obrigações tributárias principal e acessória somente se iniciam no momento em que o beneficiário, trabalhador, exercer o seu direito oriundo das stock options, mediante a assunção dos custos previstos em contrato, pagamento do preço de exercício.

95. Cumpre esclarecer nesse momento que, em hipótese alguma a compra da ação, efetivada através do exercício da opção de compra, está sendo tributada. A tributação ocorre sobre a parcela assumida como despesa pela empresa, que se traduz no valor que o beneficiário deixou de pagar pela opção de compra quando da sua outorga, o qual é mensurável pelo valor justo da opção de compra, conforme explicitado mais adiante ao tratarmos da base de cálculo.

96. Portanto, a data da ocorrência do fato gerador do IRRF incidente sobre as remunerações por meio de opções de compra de ações para trabalhadores é definida como sendo a data do exercício dessas opções pelo beneficiário, o trabalhador.

17. Segundo o entendimento do Agente fiscal, ocorrido o fato gerador, a base de cálculo seria o resultado do cômputo entre o valor pago pelo exercício da opção e o valor de

mercado das ações adquiridas. Havendo benefício econômico, então se teria a base de cálculo (fl. **658**).

104. Assim, a base de cálculo do IRRF é aferida e calculada multiplicando-se a quantidade de opções exercidas dentro do período 01/2012 a 12/2012, pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data de exercício.

18. Tendo em vista que existem dois tipos de opções: as simples e as bonificadas, sendo que até o momento se discorreu sobre as simples, as bonificadas seriam aquelas em que o exercício da opção não demanda o pagamento para a obtenção de ações. Elas seriam apenas entregues ao beneficiado, somente se as condições fossem cumpridas. Nas ações bonificadas, a base de cálculo se daria com o resultado do número de ações adquiridas multiplicado pelo valor de mercado (fl. **658**).

105. Lembramos que, conforme já descrito anteriormente, com relação às opções bonificadas ou opções de sócios não há pagamento de preço de exercício pelo beneficiário, esse pagamento se traduz em uma obrigação de fazer. Assim sendo, para essas opções, a base de cálculo é aferida e calculada multiplicando-se a quantidade exercida pelo valor de mercado da ação na data do exercício.

19. Feito o esclarecimento resumido da sistemática das stock options, cumpre examinar o fato gerador e sua incidência sobre os fatos objetos do Processo. Importante salientar que está a se tratar de IRRF, cuja obrigação recaiu sobre o Requerente.

20. Apesar de não se identificar nos AIs, nem no TVF, o fundamento normativo do fato gerador do imposto retido na fonte, uma vez que a Autoridade fiscal indicou apenas o art. 9º da Lei nº 10.426/02 e 44 da Lei nº 9.430/96 (fls. **607 e 659, abaixo**), o que remete à sanção aplicável ao descumprimento da obrigação, mas não qual seria a norma que impele a obrigação de reter.

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 29/02/2012 e 30/09/2012:

Art. 9º da Lei nº 10.426/02, com a redação dada pelo art. 16 da Lei nº 11.488/07.

DO DIREITO APLICÁVEL AO CASO

110. Com relação à aplicação da multa isolada sobre a falta da retenção do Imposto de Renda na Fonte, determina o artigo 9º da Lei nº 10.426/2002:

Art. 9º. Sujeito-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1o, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007)

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

111. Já o inciso I do caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 determina que:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inerte; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

21. A indicação foi feita pela PGFN, à fl. **1.091**.

79. Fixado o caráter remuneratório dos planos de stock options, temos como consequência inevitável a necessidade de retenção, por parte da fonte pagadora, do imposto de renda, nos termos dos arts. 43 e 624 do RIR/99.

Art. 43. São tributáveis os rendimentos provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou vantagens percebidos, tais como (Lei nº 4.506, de 1964, art. 16, Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º, Lei nº 8.383, de 1991, art. 74, e Lei nº 9.317, de 1996, art. 25, e Medida Provisória nº 1.769-55, de 11 de março de 1999, arts. 1º e 2º):

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

22. Como se percebe, o art. 624 do RIR/99 encontra fundamento no art. 7, inciso I da Lei nº 7.713/88. Em que pese o STF ter entendido que não caberia a aplicação do art. 128 do CTN à retenção na fonte (ADI 3141/DF), entendeu o Tribunal que o art. 45, parágrafo único do Código seria aplicável. Eis os textos dos artigos:

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

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

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

[...]

23. De início, deve-se mencionar que a retenção na fonte, obrigação do responsável, possui vinculação com a obrigação do contribuinte, que é de pagar o IR. Somente quando surgir a obrigação do contribuinte é que o responsável pode se encontrar na obrigação de reter o valor definido em lei. Contudo, essa condição não é uma regra. Nem sempre quando surge a obrigação do contribuinte, automaticamente surge a obrigação do responsável, de reter. Ou seja, a obrigação de reter somente existirá nos casos previstos em lei, mas necessariamente deve haver uma obrigação de contribuinte a qual ela esteja vinculada.

24. Sem levantar discussão nesse momento sobre se houve ou não a obrigação do contribuinte, entende-se que não foram atendidas as condições estabelecidas em lei para que a obrigação do responsável pudesse surgir, conseqüente pudesse ser exigível. De acordo com o parágrafo único do art. 45 do CTN, “a lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.”. Com essa redação, o Código estabelece que cabe à lei ordinária definir os termos em que a retenção deva ser feita. Por sua vez, o art. 7º da Lei prevê que os rendimentos do trabalho

assalariado, pagos ou creditados por pessoa física ou jurídica, sofreriam a incidência de retenção na fonte. No presente caso, os fatos não se enquadram na descrição legal porque não há por parte do Requerente pagamento ou creditamento. Explica-se.

25. O conceito de pagamento de compra e venda no âmbito do Direito Civil/Empresarial tem como pressuposto o previsto nos arts. 304 e segs., além do 481, todos do CC. Esse dispõe que um dos contratantes é obrigado a transferir o domínio de certa coisa, enquanto o outro deve pagar certo preço em dinheiro. No contexto discutido, o Requerente entrega o domínio das ações ao administrador, sendo que esse paga o preço, em dinheiro, por elas. O objeto, portanto, do pagamento na definição exposta está em consonância com o conceito de tributo, previsto no art. 3º do CTN, que indica uma prestação pecuniária. Ainda que o mesmo artigo preveja que a prestação seja em moeda ou “cujo valor nela se possa exprimir”, entende-se que teologicamente não é de se esperar, nem exigir, que a Instituição Financeira, ao entregar as ações ao comprador retenha parte delas para depois entrega-las à União. Essa não poderia reter tais ações, muito menos assumi-las.

26. Mas poderia se questionar sobre o Recorrente exigir, na condição de responsável, do beneficiado que o pagamento contivesse o valor das ações mais o devido na retenção ou eventualmente descontasse a retenção do valor recebido, com o objetivo de recolhê-la. A resposta a tal questionamento deve ser negativa. Lembra-se que retenção feita por responsável demanda factibilidade. A lei deve dar condições ao responsável, para que ele possa efetuar-la, sem assumir ônus demasiado na sua execução e sem arcar com o ônus econômico dela. Nesse sentido defende Ricardo Mariz de Oliveira:

Note-se, muito especialmente, que a fonte pode ser responsável porque ela detém em suas mãos os recursos representativos da renda, e esta circunstância atende à exigência [...] de que o vínculo com a situação que configura o fato gerador, necessário ao estabelecimento da responsabilidade tributária, deve ser de tal ordem que permita ao responsável adimplir a obrigação tributária sem ônus excessivo e, principalmente, sem assumir o ônus econômico do imposto, porque este sempre deve restar com o contribuinte, titular da respectiva capacidade contributiva¹. (Oliveira, Ricardo Mariz de, Fundamentos do imposto de renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 452)

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

¹ Ainda que o Autor faça referência específica ao art. 128 do CTN, entende-se que as características citadas encontram fundamento no art. 45, parágrafo único e no art. 121, parágrafo único, II, ambos do CTN. Os fundamentos estão ainda em consonância com o ordenamento jurídico.

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

28. A sistemática da retenção funciona porque quem retém é a fonte, que efetua o pagamento. Sua função é apenas pagar parcialmente, mantendo parte do dinheiro e o recolhendo aos cofres público. Mas no presente contexto, quem realiza o pagamento é quem compra as ações. A sistemática de stock options não se enquadra na previsão legal, e, ao ser assim, não pode a obrigação recair sobre o Interessado.

29. A definição do termo creditamento, previsto no inciso I do art. 7º da Lei 7.713/88, é similar ao de pagamento. Ao se buscar na lei outras ocasiões em que o termo foi utilizado, percebe-se que o art. 6º, nos incisos V e VI tratam da do creditamento em contas vinculadas e individuais. Assim, creditamento se refere a transferência de valores, em moeda, por meio de operações eletrônicas, por exemplo, no mesmo sentido de pagamento.

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

VI. Caráter remuneratório e relação de trabalho

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

32. Ainda que haja discussões sobre o assunto, uma vez que a 2ª Turma da CSRF decidiu, por voto de qualidade, no Acórdão n.º 9202-007.378, em 27/11/18, que há caráter remuneratório proveniente na relação de trabalho, mas que, por exemplo, Gilberto Stürmer, autor de Direito do Trabalho, defende que stock options são parcelas não salariais², entende-se que a discussão foi absorvida pelo tópico anterior, já que não se vislumbra que os atos do Recorrente se enquadrem em situação que se exija a retenção na fonte.

VII. Multa isolada e multa de ofício

33. O Recorrente afirma que a multa isolada seria inaplicável, pois inexigível o IRRF da Recorrente depois de encerrado o prazo da declaração de rendimento. Alega também que não há incidência de juros sobre a multa de ofício.

² Stürmer, Gilberto; Assis, Bóris Chechi de. Salário e remuneração. São Paulo: Matrioska Editora, 2022. p. 150.

34. Inicialmente cumpre ressaltar que tais argumentos foram absorvidos pelo entendimento de que é incabível a exigência da retenção no presente caso por parte do sujeito passivo, com a consequente anulação do lançamento.

35. Se assim não fosse, mesmo que no TVF, a Autoridade tenha citado a incidência da multa isolada (fl. 659, abaixo), com base no art. 9º da Lei 10.426/02, a sanção aplicada foi apenas uma, a prevista no art. 44, I da Lei 9.430/96, que corresponde a 75% sobre a totalidade ou diferença do imposto. Assim, seria ela aplicável mesmo após o prazo para declaração de rendimento e também com a correspondência incidência de juros, nos termos da Súmula CARF nº 108.

DAS INFRAÇÕES APURADAS E QUE DETERMINAM O LANÇAMENTO DE OFÍCIO

FALTA DE RETENÇÃO OU RECOLHIMENTO DO IRF. MULTA APLICADA ISOLADAMENTE

112. A partir de tudo o que foi exposto, deve ser aplicada a multa isolada à proporção de 75% sobre o IRRF que deixou de ser retido pela empresa, incidente sobre os valores resultantes das outorgas de opções de compra de ações para seus administradores em função dos serviços prestados, opções essas que dão direito à subscrição de ações da companhia, desde que atendidas certas condições estabelecidas.

VIII. Conclusão

36. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, de forma a anular o lançamento em desfavor do Recorrente, tendo em vista ser inexigível a retenção na fonte no caso em questão.

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart

Voto Vencedor

Conselheiro: Jandir José Dalle Lucca – Redator Designado

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

A propósito, destaque-se que a matéria preliminar suscitada pela Recorrente, no sentido de que o auto de infração padeceria de nulidade, uma vez que “*a descrição do fato gerador e base de cálculo autuadas pela Fiscalização, que não correspondem ao período e montante autuados, bem como pela motivação do lançamento*”, confunde-se com o mérito e com ele será examinada.

Como se sabe, trata-se de operação em que a empresa outorga a determinados colaboradores o direito de opção de compra de ações da própria companhia, por preço preestabelecido e segundo determinadas regras.

O Pronunciamento Técnico CPC n.º 10, aprovado pela Deliberação CVM n.º 562, de 2008, e sua revisão (R1), aprovada pela Deliberação CVM n.º 650, de 2010, em vigor à época das operações³, já identificavam a natureza remuneratória dos planos de ações, de opções de ações e de outros instrumentos patrimoniais congêneres, *ex-vi* do seu item 12, *litteris*:

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

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

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

77. Portanto, as opções de ações concedidas aos administradores devem integrar o salário de contribuição pois:
- A outorga de opções de compra de ações é **uma forma de remuneração a longo prazo**, funcionando como um mecanismo de **reconhecimento de desempenho** dos beneficiários, bem como de **atração e retenção** de funcionários considerados talentos ou estratégicos;
 - Em retribuição aos planos de remuneração com base em ações, o contribuinte **recebe serviços dos beneficiários como contraprestação das opções de compra de ações outorgadas**;
 - **Não há pagamento de prêmio** pelo beneficiário na aquisição das opções de compra de ações portanto não há risco;
 - As opções outorgadas são pessoais e intransferíveis, não podendo o beneficiário, em hipótese alguma, ceder, transferir ou de qualquer modo alienar a quaisquer terceiros as opções, nem os direitos e obrigações a ela inerentes;
 - As opções de compra de ações outorgadas possuem prazos de carência mínimos definidos, escalonados anualmente;
 - A concessão do benefício implícito no programa estará, sempre, condicionada ao **cumprimento de metas de performance** e de redução de custos, aplicáveis a todos os beneficiários, bem como à permanência

³ O CPC 10 (R1) teve sua consolidação aprovada pela Resolução CVM n.º 97, de 2022, sem alteração no item em questão.

- destes no quadro funcional da empresa;
- As Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis referentes ao Patrimônio Líquido, em seu item “Plano para Outorga de Opções de Ações”, reproduzidas anteriormente, afirmam que a companhia **visa integrar seus executivos no processo de desenvolvimento da instituição a médio e longo prazos, através da outorga de opções de ações, pessoais e intransferíveis, a diretores e membros do conselho de administração**, podendo também ser outorgadas a funcionários categorizados do ITAÚ UNIBANCO HOLDING ou a diretores e funcionários de instituições controladas.
 - Nos Formulários 20-F, item 6B, reproduzidos anteriormente, o sujeito passivo categoriza a **outorga de opções de compra de ações como honorários do Conselho de Administração, Diretoria** e funcionários.
 - Nos Formulários 20-F, item 6C, reproduzidos anteriormente, o sujeito passivo nos diz que existe nos seus órgãos estatutários o **Comitê de Pessoas, responsável pela definição de modelos de remuneração** para os funcionários do Itaú Unibanco Holding (inclusive o estabelecimento de pacotes de remuneração para o CEO, vice-presidentes e diretores, sujeitos à aprovação do Conselho de Administração). Esse **comitê também é responsável pela definição de opções de compra de ações**, recrutamento, treinamento, assessoria e retenção de funcionários talentosos.
 - Nos Formulários 20-F, item 6E, reproduzidos anteriormente, o sujeito passivo **afirma emitir opções de compra de ações como forma de remunerar os executivos** com planos de opções de compra de ações, pois acredita que isso aumenta o comprometimento com o desempenho da empresa. Afirmar ainda que o **Plano de Opção de Compra de Ações tem por objetivo reter os serviços dos membros da administração e do conselho de administração e atrair funcionários altamente capacitados para a companhia**.
 - Ainda no item 6E dos Formulários 20-F, reproduzidos anteriormente, o contribuinte utiliza a seguinte expressão *“Para mais informações sobre a emissão de nossas opções de compra de ações, consulte o “Item 6B. Remuneração”*.
 - Os Planos para Outorga de Opções de Ações, com trechos reproduzidos anteriormente, estabelecem que o Comitê selecionará os executivos aos quais serão outorgadas e fixará as quantidades de opções de cada série que caberão a cada executivo selecionado e efetuará as designações e rateios **ponderando, a seu exclusivo critério, a performance dos elegíveis no exercício-base, as remunerações já auferidas nesse exercício e avaliações outras que entender aplicáveis**. Com relação ao período de carência de cada série de opções, ele será fixado pelo Comitê ao emití-las, podendo a respectiva duração variar entre os prazos de AE+1 e AE+5 anos, sendo AE o ano civil do calendário durante o qual a emissão houver ocorrido. Com relação ao preço de exercício da opção, é facultado um abatimento de 20% sobre o valor calculado com base na métrica definida. Com relação à perda do direito, afirma que terão sua vigência extinta antecipadamente as opções cujos titulares se desligarem ou forem desligados do Banco e deixarem de ter atribuições executivas. As opções de diretores se extinguirão na data em que deixarem o exercício do cargo, seja por renúncia, seja por iniciativa do órgão que os elegeu.
 - Na Ata de Reunião do Comitê de Remuneração de 20 de fevereiro de 2006,

é definido que a **remuneração dos diretores compreende a somatória dos honorários mensais e especiais, as participações semestrais nos lucros, a outorga de opções de compra de ações**, a concessão de benefícios de qualquer natureza e as verbas de representações;

Na Ata da Reunião do Comitê de Administração do Plano de Opção de Compra de Ações do **Unibanco – Performance**, de 03 de setembro de 2007, com relação à outorga de opções bonificadas em função do percentual líquido do bônus aplicado na aquisição de ações próprias, **afirma-se que o preço de exercício das opções deverá ser pago não em dinheiro, mas tão somente através do cumprimento da obrigação de fazer pelo Executivo**, consubstanciada na obrigação de manter a propriedade das respectivas ações próprias inalterada e sem qualquer tipo de ônus;

- Na Ata de Reunião do Comitê de Nomeação e Remuneração de 11 de fevereiro de 2008 é decidido que **a remuneração total dos executivos deve ser composta por quatro elementos: (i) remuneração mensal fixa, (ii) remuneração variável – dinheiro, (iii) remuneração variável – opção, e (iv) benefícios**; e que **a remuneração em opções deve seguir relação direta à remuneração variável paga em dinheiro**, na seguinte proporção: (i) Vice- Presidentes: 85%, (ii) Diretores Executivos: 85%, (iii) Diretores Gerentes: 50%. Afirma ainda que **o valor da remuneração originado pelas opções** deve ser calculado pela multiplicação da quantidade de opções outorgadas pelo prêmio (valor) da opção, que por sua vez é calculado pela metodologia Black & Scholes.

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

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

Isto porque, nas palavras de Francisco Lacombe⁴, remuneração corresponde à *“soma de tudo o que é periodicamente pago aos empregados por serviços prestados: salário,*

⁴ LACOMBE, Francisco. Recursos Humanos: princípios e tendências. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 247.

gratificações, adicionais (por periculosidade, insalubridade, tempo de serviço, trabalho noturno e horas extras), bem como todos os benefícios financeiros, como prêmios por produtividade, participação nos resultados e opção de compra de ações entre outros”.

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

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

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

A título ilustrativo, tome-se a incidência do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, que no Estado de São Paulo, onde se encontra sediada a Recorrente, foi instituído pela Lei Estadual (SP) nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000, cujo artigo 14, §§ 2º e 3º, ao tratar da base de cálculo daquele tributo, ostenta a seguinte redação:

Artigo 14 - No caso de bem móvel ou direito não abrangido pelo disposto nos artigos 9º, 10 e 13, a base de cálculo é o valor corrente de mercado do bem, título, crédito ou direito, na data da transmissão ou do ato translativo.

(...)

§ 2º - O valor das ações representativas do capital de sociedades é determinado segundo a sua cotação média alcançada na Bolsa de Valores, na data da transmissão, ou na imediatamente anterior, quando não houver pregão ou quando a mesma não tiver sido negociada naquele dia, regredindo-se, se for o caso, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias. (Redação dada ao parágrafo pela Lei 10.992, de 21-12-2001; DOE 22-12-2001; Efeitos a partir de 01-01-2002)

§ 3º - Nos casos em que a ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital social não for objeto de negociação ou não tiver sido negociado nos últimos 180 (cento e oitenta) dias, admitir-se-á o respectivo valor patrimonial. (Redação dada ao parágrafo pela Lei 10.992, de 21-12-2001; DOE 22-12-2001; Efeitos a partir de 01-01-2002)

Bem se vê, pois, que a incidência do ITCMD sobre a transferência de ações, seja por força de sucessão ou de doação, levará em conta o valor da “sua cotação média alcançada

na Bolsa de Valores, na data da transmissão, ou na imediatamente anterior, quando não houver pregão ou quando a mesma não tiver sido negociada naquele dia”, pouco importando a data da hipotética venda futura ou que o sucessor ou o donatário possam vir a experimentar prejuízos pela queda posterior do preço.

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

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

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

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

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

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

Já no que toca à aplicação da multa isolada e à incidência de juros sobre a multa de ofício, o colegiado acompanhou o relator no sentido de negar provimento ao recurso, nos termos da fundamentação do seu voto.

DISPOSITIVO

Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca