



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13971.723247/2014-76
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.741 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2017
Matéria Contribuição Previdenciária - Stock Options
Recorrente CIA. HERING
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2009 a 31/05/2012

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. REMUNERAÇÃO A UMA PARCELA DE TRABALHADORES DA EMPRESA. FATO GERADOR DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Os pagamentos efetuados a uma parcela dos trabalhadores da empresa, por meio de plano de opção de compra de ações, como forma de retribuição pelo trabalho, caracterizam-se como remuneração e se constituem em fato gerador da contribuição previdenciária.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/2009 a 31/05/2012

NULIDADE DA AUTUAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária e não restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. No mérito, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Martin da Silva Gesto, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca

Neto e Theodoro Vicente Agostinho (Suplente Convocado), que deram provimento integral ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Rosemary Figueiroa Augusto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Dílson Jatahy Fonseca Neto, Rosemary Figueiroa Augusto, Martin da Silva Gesto, Cecília Dutra Pillar, Márcio Henrique Sales Parada, Theodoro Vicente Agostinho (Suplente convocado).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 1118/1181) interposto pelo sujeito passivo em epígrafe, em 11/05/2015, contra a decisão proferida no Acórdão nº 12-074.626 (fls. 1100/1114), pela 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro (DRJ/RJO), que julgou improcedente a impugnação e assim relatou os fatos:

Da autuação

O presente processo foi identificado no sistema COMPROT pelo número 13971.723247/2014-76, e refere-se ao lançamento identificado com o DEBCAD 51.040.331-0, referente a contribuições previdenciárias patronais, no valor de R\$ 11.418.807,65, e respectivos acréscimos legais a serem calculados de acordo com a legislação vigente.

2. O relatório fiscal foi juntado às fls. 732/743 dos autos.

3. Após fazer breve explanação sobre as características dos chamados “planos de opção de compra de ações”, a Auditoria faz referência a decisões da Justiça Trabalhista, nas quais é reconhecida a natureza salarial dos planos de opção nas situações em que a empresa entrega ações ao beneficiário, a preço pré-fixado, para que opte por sua compra a qualquer tempo, auferindo lucro sem enfrentar qualquer risco.

4. Esclarece a Auditoria que:

16) A empresa criou “Plano de Opção de Compra de Ações”, aprovado pela Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária de 10 de abril de 2008 (fls. 31/39).

O Plano é administrado pelo Conselho de Administração da empresa, a quem cabe a aprovação de todas as decisões em caráter terminativo. A partir da aprovação do Plano passaram a ser criados “Programas de Opção de Compra de Ações”, os quais são regidos por Regulamentos próprios. Os Regulamentos estabelecem as regras dos Programas, definindo, dentre diversas questões, os Beneficiários, a quantidade de opções outorgadas a cada Beneficiário, o valor e a forma de contribuição para aquisição das ações. A Empresa instituiu Programas anualmente entre 2008 e 2012.

5. A Auditoria faz menção à Deliberação CVM 562, de 17 de dezembro de 2008, que aprovou o Pronunciamento Técnico CPC 10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (que trata de pagamento baseado em ações), e ao Ofício-Circular CVM 01/2007, atos esses em que as opções de ações concedidas a empregados são conceituadas como forma de remuneração.

6. A Auditoria faz uma análise dos “planos de opção de compra de ações” em geral, bem como dos planos da Hering, concluindo pela natureza remuneratória dos planos em questão, destinados a criar um atrativo ao beneficiário e a mantê-lo na empresa pela promessa de ganhos futuros.

7. Ressalta a Auditoria que os “planos de opção de compra de ações” possuem caráter de habitualidade, pois os beneficiários têm a possibilidade de exercitarem 25% das opções outorgadas a cada ano.

8. A apuração do valor das remunerações pagas foi feita da seguinte forma:

28) Valor intrínseco é a diferença entre o valor justo (preço pelo qual a opção poderia ser vendida na Bolsa de Valores) e o preço de exercício. No caso em questão pode ser traduzida como a diferença entre o valor recebido da empresa (valor de mercado) e o valor pago (valor do exercício), significando a remuneração líquida. Para apuração dos créditos previdenciários, foi elaborado o “Demonstrativo do Valor Intrínseco das Opções por Ocasão do Exercício” (fls. 549/551), com subtotais por competência e discriminação por Beneficiário e Operação, com as seguintes informações:

Valor pago no exercício: valor apurado a partir da “Relação Nominal de Beneficiários” (fls. 165/166), apresentado pela empresa, detalhando a quantidade de opções de ações, o custo por ação e o valor total pago no exercício;

Valor de mercado na data do exercício: valor apurado a partir do preço médio da ação na data do exercício. As cotações são as registradas nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa. O valor de mercado é apurado pelo produto da quantidade de ações pela sua cotação média;

Resultado: valor apurado pela diferença entre o valor de mercado na data do exercício e o valor pago no exercício. Representa o acréscimo patrimonial recebido pelo Beneficiário na operação.

Da impugnação

9. O Contribuinte foi intimado em 10/10/2014, conforme se verifica na fl. 755, tendo ingressado com a impugnação de fls. 772/836, protocolada em 07/11/2014, conforme consta na fl. 772.

10. Alega a Impugnante que, nos termos do artigo 142, caput, do Código Tributário Nacional (CTN), o ato de lançamento deve apontar claramente o fato gerador da obrigação tributária correspondente, bem como o montante do tributo

devido, o que exige a indicação da sua base de cálculo legalmente prevista. Essas mesmas exigências constam no artigo 10 do Decreto 70.235/1972 e no artigo 50 da Lei 9.784/1999.

11. Não ocorreram pagamentos da empresa aos seus diretores, que pudessem integrar a base de cálculo das contribuições devidas, o que ocorreu foram pagamentos efetuados pelos diretores à Impugnante, a fim de adquirir ações da Autuada.

12. Aduz a Impugnante que a nulidade material contida na autuação é ainda mais evidente porque em momento algum houve o cotejo do suposto “fato gerador” das contribuições com a hipótese legalmente prevista para a incidência da contribuição previdenciária (artigo 22, inciso III, da Lei 8.212/1991).

13. No caso da Impugnante, o preço de exercício fixado nos seus planos de opção de compra sempre reflete o valor de mercado das ações no momento em que os planos são lançados, sem a aplicação de descontos.

14. O objetivo dos planos é fazer com que o beneficiário (um diretor da companhia) possua papéis da empresa, sendo de se esperar que o seu interesse na valorização dessas ações seja constante, o que estimula a sua produtividade e da própria empresa.

15. As stock options constituem uma relação comercial entre a companhia e seus funcionários, isto é, uma relação cambial completamente desvinculada da relação de trabalho.

16. Exercido o direito de compra das ações, o funcionário torna-se acionista da empresa, surgindo então um novo vínculo, de ‘acionista-companhia’, que é diverso do vínculo de ‘diretor-empresa’. A mesma pessoa será detentora de duas relações autônomas com a empresa, ocupando, em uma delas, a qualidade de acionista, e, na outra, a qualidade de profissional a ela vinculado.

17. A aquisição de ações nos Programas de Stock Options, torna o funcionário vulnerável aos riscos do negócio. De um lado, o trabalhador pode experimentar um benefício se aquelas ações adquiridas se valorizarem no futuro; por outro lado, o funcionário poderá experimentar um prejuízo caso as ações se depreciem no mercado de valores.

18. Entende a Impugnante que a cláusula 4.10 dos regulamentos dos programas de opção de compras expõe o funcionário que exercer a opção de compra aos riscos do mercado. Transcreve a cláusula mencionada:

4.10. Exercida a opção, o beneficiário se compromete (obrigação de fazer), de forma irrevogável e irretroatável, a manter em custódia em instituição financeira a ser indicada pela Companhia, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da data de aquisição, uma quantidade de ações cujo valor represente 50% (cinquenta por cento) da diferença entre o valor de mercado das ações resultantes do exercício de compra das opções, e o preço de exercício das opções, na data do exercício.

19. As ações que deverão permanecer depositadas estarão expostas ao risco de desvalorização, pois é impossível prever os movimentos de mercado que afetarão a cotação desses papéis no futuro.

20. Assinala a Impugnante que o preço de exercício de compra das ações nos seus programas de stock options sempre foi fixado com base na média ponderada do valor da ação no mês que anteceder à adesão dos interessados, sem a aplicação de

descontos, não havendo assim que se falar em anulação de riscos pela concessão de descontos.

21. Informa a Impugnante que o preço de exercício das opções é atualizado pelo IPC-A (IBGE) da data da sua fixação até a data do efetivo exercício do direito de aquisição pelo funcionário.

22. Ressalta a Impugnante que não recompra de seus funcionários as ações da empresa adquiridas nos programas de stock options. Caso os beneficiários pretendam alienar as ações adquiridas, devem negociar diretamente com terceiros, no mercado de ações.

23. Assevera a Impugnante que a CVM não possui competência material para dispor sobre matéria trabalhista, previdenciária ou tributária.

24. A autoridade fiscal não demonstrou que os planos de opção de compra de ações se enquadram no conceito de remuneração previsto no artigo 22, inciso III, da Lei 8.212/1991.

25. A Impugnante traz aos autos jurisprudência com o fim de demonstrar a natureza não salarial das stock options.

26. O fato de haver onerosidade derruba por terra a tese fiscal de que as stock options teriam natureza remuneratória, visto que o conceito de remuneração pressupõe gratuidade. A onerosidade também afasta a configuração de salário-utilidade.

27. Diz a Impugnante que eventual benefício auferido pelo trabalhador no âmbito das stock options não reflete uma retribuição pelos serviços prestados por aquele funcionário, mas sim o aumento do valor de mercado das ações da companhia.

28. Os programas de stock options não possuem caráter de habitualidade, já que só ocorrem uma vez por ano.

29. Os programas de opção de compras de ação somente resultarão em ganhos caso o valor de mercado das ações ultrapasse o preço de exercício das ações no momento da sua venda, o que caracteriza a eventualidade do referido ganho, e a sua não integração no salário-de-contribuição, nos termos do artigo 28, § 9º, alínea “e” da Lei 8.212/1991.

30. Argumenta a Impugnante que a base de cálculo assumida pela fiscalização não poderia jamais ser a diferença entre o valor de mercado das ações e o seu custo de aquisição, pois esse dado não representa qualquer reflexo financeiro em proveito do adquirente das ações. Arremata a Impugnante:

Em vista do exposto, deve ser cancelado o auto de infração, uma vez que a base de cálculo eleita pela autoridade fiscal não representa os “ganhos líquidos” dos trabalhadores com a aquisição de ações nos Programas de Stock Options.

Considerando que é dever do Fisco a correta quantificação da matéria tributável – ônus este que não foi observado – impõe-se o cancelamento da autuação fiscal, em razão da absoluta impropriedade da base de cálculo utilizada.

31. Outro argumento apresentado foi o de que o artigo 61 da Lei 9.430/1996 não autorizou a aplicação de juros de mora (SELIC) sobre multas de ofício, tal como se exige no processo em tela.

32. Na fl. 837 a Impugnante elenca os documentos que trouxe ao processo.

A DRJ/RJO julgou improcedente a impugnação e manteve o crédito tributário lançado, conforme ementa a seguir:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/11/2009 a 31/05/2012

Planos de Opção de Compra de Ações (“stock options”) Tendo constatado que as ações transferidas aos trabalhadores da empresa foram vendidas por valor extremamente inferior ao valor de mercado de ditos papéis, entendeu, de forma correta, a Fiscalização que no momento da compra ocorreu um acréscimo patrimonial dos trabalhadores beneficiários do plano, correspondente à diferença entre o valor de mercado das ações transferidas e a quantia desembolsada na obtenção das mesmas.

Estabelece o parágrafo 1º do artigo 201 do Decreto 3.048/1999 que são consideradas remuneração as importâncias auferidas em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades.

Incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Estabelece o parágrafo 3º do artigo 61 da Lei 9.430/1996 que sobre os débitos decorrentes de tributos e contribuições (entre os quais inclui-se a multa de ofício), incidirão juros de mora.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado desse acórdão em 10/04/2015 (sexta-feira) (AR de fls. 1116), o contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 1118/1181, em 11/05/2015 (protocolo às fls. 1118), no qual repisa os argumentos trazidos na impugnação e acrescenta que, se mantido o entendimento da DRJ de que o art. 33 da Lei nº 12.973/2014 é aplicável ao auto de infração, este seria nulo, uma vez que a legislação é posterior aos fatos geradores, não trata da contribuição previdenciária e foi utilizada base de cálculo diversa da prevista nessa norma.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou tempestivamente as contrarrazões de fls. 1202/1227, nas quais argumenta, em síntese:

- que não há nulidade na autuação;
- que as *stock options* mercantis se diferenciam das *employee stock options*, que são verdadeiras ferramentas de política de remuneração;
- traz uma análise do plano de ações da recorrente;
- que o indivíduo precisa estar prestando serviço à empresa para ser agraciado com a outorga de uma opção;

- o plano não era disponibilizado a todos os trabalhadores indistintamente e possuiu caráter discricionário e retributivo, vinculado ao desempenho profissional na empresa;

- as opções eram transferidas em caráter personalíssimo, não negociáveis ou transferíveis a terceiros; não eram objeto de compra e venda entre a empresa e os beneficiários (não há pagamento de prêmio), mas graciosamente outorgadas, o que afasta o caráter mercantil;

- a noção de justa causa trabalhista é decisiva na definição do tratamento a ser conferido às opções de compra, em caso de encerramento do vínculo, assim como eventos de invalidez e aposentadoria geram consequências no exercício das ações;

- todos os elementos apontam para a existência de uma política de remuneração diferida aos executivos beneficiários;

- as stock options são pagas em razão do trabalho;

- a possibilidade de resgates anuais, por quatro anos consecutivos, caracteriza a habitualidade;

- houve deságio no momento do exercício da opção;

- os riscos posteriores à aquisição das ações não desfazem o fato gerador da contribuição previdenciária; o Conselho de Administração tinha prerrogativas para alterar o período de exercício das opções, minimizando riscos; o *lock up* era parcial;

- comenta decisões do CARF sobre a matéria;

- argumenta que os juros sobre a multa devem ser mantidos.

É o relatório.

Voto

Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto, Relatora.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade. Portanto, merece ser conhecido.

Preliminar de nulidade

O recorrente alega nulidade material da autuação por ausência absoluta de fato gerador da contribuição previdenciária, como exige o art. 142, caput, do CTN, o art. 10 do Decreto 70.235/1972 e art. 50 da Lei 9.784/1999. Diz que não houve pagamentos aos diretores, mas estes é que pagaram à empresa para adquirir as ações; que a base de cálculo não é legalmente prevista e que não houve cotejo do suposto fato gerador com o art. 22, III, da Lei nº 8.212/1991, mencionado apenas nos Fundamentos Legais do Débito (FLD).

No entanto, da leitura do Termo de Verificação Fiscal de fls. 732/743, fica claramente evidenciado que o fato gerador da contribuição previdenciária se consubstancia na remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais, por meio dos rendimentos proporcionados pelo plano de opção de compra de ações.

A fiscalização apontou as circunstâncias que levaram ao entendimento de que o plano de compra de ações da recorrente oferecido aos seus diretores se caracteriza em remuneração, conforme itens 16 a 23, do Termo de Verificação Fiscal. E evidenciou que essa remuneração se reveste de natureza salarial, uma vez que ausente do rol taxativo das verbas não integrantes do salário de contribuição, previsto no art. § 9º do art. 28 da Lei 8.212 (item 26). Remeteu ainda aos dispositivos legais contidos no Fundamentos Legais do Débito (FLD) (item 32).

A autoridade fiscal também indicou que a base de cálculo da contribuição previdenciária é a diferença entre o valor de mercado e o valor de exercício das ações adquiridas no bojo dos programas de opção de compra de ações, conforme demonstrado nos itens 28 e 30 do Termo de Verificação Fiscal.

Dessa forma, não paira nenhuma dúvida sobre a materialização do fato gerador que ocasionou o lançamento, tanto que o contribuinte apresentou a impugnação e o recurso em análise rebatendo detalhadamente todos os aspectos da lavratura fiscal, o que demonstra sua compreensão dos motivos que embasaram a exigência que lhe foi imposta.

A discordância por parte do recorrente quanto à base de cálculo utilizada e a consideração pelo fisco de que essa operação tem natureza remuneratória são alegações relativas a questões de mérito e não ocasionam a nulidade da lavratura fiscal.

O contribuinte ainda alegou a nulidade do auto de infração, se mantido o entendimento da DRJ da aplicabilidade do art. 33 da Lei nº 12.973/2014, uma vez que a legislação é posterior aos fatos geradores e não trata da contribuição previdenciária.

Contudo, também não há que se falar em nulidade da autuação nesse aspecto, pois a fiscalização não utilizou a Lei nº 12.973/2014 para fundamentar o lançamento, como se confirma no Termo de Verificação Fiscal de fls. 732/743 e FLD de fls. 752/753. O referido dispositivo foi mencionado pela autoridade julgadora de primeira instância, ao analisar os argumentos trazidos pelo contribuinte, apenas como um componente na formação de seu convencimento, mas não o único, como se observa ao longo do voto proferido naquele acórdão.

Constata-se, assim, que o lançamento não incorreu nas causas de nulidade expressas no art. 59, do Decreto nº 70.235/1972, a seguir:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

E, ao contrário do que afirmou o contribuinte, tampouco deixou de cumprir as exigências do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5172/1966, do art. 10 do Decreto 70.235/1972 e do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, abaixo reproduzidos:

CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

(...)

Decreto 70.235/1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(...)

Lei nº 9.784/1999:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

Portanto, como o auto de infração foi lavrado de acordo com os ditames legais e não houve situação que ocasionasse cerceamento de defesa, rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento.

Mérito**Plano de opção de compra de ações (stock options)**

O recorrente para rebater a consideração feita pelo fisco de que seu plano de outorga de ações tem cunho remuneratório alega, em síntese, que a operação tem natureza mercantil; que expõe os destinatários a risco, uma vez que são obrigados a manter em custódia uma parcela das ações pelo prazo de um ano; que não há deságio; a aquisição é onerosa; não recompra as ações; os programas são facultativos; o caráter retributivo está ausente; não há habitualidade; que a base de cálculo não apresenta o "lucro líquido". Diz ainda que a CVM não

possuiu competência normativa para dispor sobre matéria trabalhista; e que a Justiça do Trabalho já pacificou que as stock options não possuem natureza remuneratória, entendimento que se impõe à esfera tributária, nos termos do art. 110 do CTN.

A questão central no caso em análise reside em definir se o plano de opção de compra de ações oferecido pela empresa aos seus diretores contribuintes individuais possuem natureza remuneratória, como considerou a fiscalização, ou mercantil, como afirma o recorrente.

Sobre a diferenciação da natureza dos planos de opção de compra de ações, é pertinente a exposição feita pela Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões (fls. 1208/1210), conforme trechos a seguir transcritos:

(...)

25. Nesse contexto, a primeira coisa que deve ser mencionada é a total impropriedade de se confundir as Stock Options mercantis, ativos financeiros derivativos, negociados em bolsa de valores ou em mercado de balcão, com as chamadas **employee stock options**, verdadeira ferramenta de política de remuneração utilizada por companhias em todo o mundo.

26. Numa definição bem simplificada, um contrato de opção de compra de ações confere ao adquirente o direito de comprar ações de propriedade de um lançador a um preço determinado (preço de exercício), em uma determinada data (data de vencimento da opção).

27. Chama-se de **prêmio** o valor que a pessoa interessada em adquirir uma stock option paga por esse direito de comprar as ações no futuro por um preço pré-determinado.

28. O **lançador** de uma opção de compra é o **investidor** que vende um contrato de opção no mercado, assumindo para si a obrigação de vender a ação subjacente à opção pelo preço de exercício durante determinado período de tempo ou em uma data pré-determinada.

29. Como todo e qualquer investidor, o lançador de uma opção de compra mercantil tem como objetivo o **lucro**, que pode se implementar basicamente de duas maneiras: (i) pela recompra da opção de compra por um prêmio de valor mais baixo do que o valor recebido quando a vendeu, ou (ii) pelo recebimento do valor do prêmio no ato da venda da opção de compra sem que aconteça o exercício até a data de vencimento.

30. O investidor vende uma opção de compra de determinada ação quando identifica um **grande potencial de desvalorização da ação no mercado, o que acabará acarretando o não exercício da opção e fará com que ele “lucre” todo o valor do prêmio recebido**.

31. Completamente diferente é a lógica que impulsiona a criação de um plano de opção de compra de ações para empregados, ferramenta de remuneração que vem sendo adotado por empresas ao redor do mundo desde a década de 50 (...).

(...)

33. Por meio dos planos de opção de compra de ações, as empresas **concedem** ao seu empregado ou executivo beneficiário o direito de, num determinado prazo, subscrever ações da companhia, a um preço determinado ou determinável, segundo

critérios estabelecidos por ocasião da outorga, através de um plano previamente aprovado pela assembléia geral.

(...)

35. Ao contrário do que acontece nas opções de compra mercantis, em que há por parte do lançador uma aposta na queda no valor das ações, nos employee stock plans o que se busca e se espera é a valorização da empresa e de seu valor de mercado justamente por meio do incentivo remuneratório.

(...)

37. A oferta de stock options para executivos e empregados, na atualidade, é uma **ferramenta mundialmente conhecida de estratégia de remuneração** adotada pelas empresas para a atração e manutenção de profissionais de alto nível em seus quadros.

(...) (Grifos no original)

Em princípio, não há como negar que os planos de outorga de ações voltados apenas para os trabalhadores da empresa objetivam incentivar o seu comprometimento e desempenho na obtenção de melhores resultados para essa empresa. Caso assim não fosse, seria desnecessário implementar programas de compra de ações no âmbito das relações de trabalho. Se o objetivo fosse meramente mercantil, bastaria que o interessado, vinculado ou não à empresa, adquirisse as ações pelas vias disponibilizadas no mercado a qualquer pessoa.

Aliado a isso, se as condições impostas pela empresa para o exercício das opções de compra das ações possibilitam aos trabalhadores a aquisição dessas ações por um preço inferior ao do mercado, não resta dúvida que essa diferença, favorável ao profissional, se caracteriza em retribuição de cunho remuneratório pelo trabalho.

No caso em pauta, a fiscalização constatou que o "Plano de Opção de Compra de Ações" da Cia. Hering tem natureza remuneratória. O referido plano explicita no item 1.2 (fls. 33) que seus objetivos principais buscam estimular o atingimento de metas, manutenção dos profissionais mediante vantagem e incentivo adicional, promover o bom desempenho da Companhia, conforme abaixo:

1.2. Os objetivos principais do Plano são os seguintes:

- (a) estimular a expansão da Companhia e o atingimento das metas empresariais estabelecidas, mediante a criação de incentivos que visem uma maior integração de seus empregados, na qualidade de acionistas da Companhia;
- (b) possibilitar à Companhia a manutenção de seus profissionais, oferecendo-lhes, como vantagem e incentivo adicional, a oportunidade de se tornarem acionistas da Companhia, nos termos, condições e formas previstos neste Plano; e
- (c) promover o bom desempenho da Companhia e dos interesses de seus acionistas mediante um comprometimento de longo prazo por parte de seus executivos, administradores e empregados.

De acordo com o mencionado "Plano", o Conselho de Administração tem poderes para decidir a quem serão outorgadas as ações, conforme transcrição abaixo (fls. 34), o que denota a intenção de beneficiar profissionais específicos em função das atribuições e desempenho individual, tendo sido utilizado apenas para os diretores da empresa, como apontou a fiscalização.

2.4. O Conselho de Administração terá total autonomia na administração e organização do Plano, dispondo, dentre outros, dos poderes necessários para:

(...)

- (b) decidir quanto às datas de outorga das Opções, o volume de Opções a ser outorgado, bem como àqueles a quem serão outorgadas dentre as pessoas elegíveis a participar do Plano ("Beneficiários");

O "Plano" também não prevê que os beneficiários paguem para ter direito às opções ("prêmio"), característico das stock options mercantis, o que já se configura em um ganho para o trabalhador agraciado com a outorga das opções de compra.

Portanto, a ausência de pagamento de "prêmio", os objetivos de estimular o atingimento de metas, oferecer vantagens e incentivos adicionais para manter e promover o bom desempenho dos profissionais, bem como a seletividade na eleição dos beneficiários, demonstram o caráter retributivo e remuneratório do plano de ações da recorrente.

No que diz respeito às vantagens na aquisição das ações pelos beneficiários escolhidos, assim apontou a fiscalização:

O pagamento do valor referente ao exercício das opções deu-se em média 10,8 dias após a data do exercício, conforme pode ser observado no "Demonstrativo do Valor Intrínseco das Opções por Ocasão do Exercício" (fls. 549/551), que informa as datas de exercício e de pagamento. O regulamento dos programas (fls. 43) estabelece que o beneficiário deve reter por um ano uma quantidade de ações que represente 50% da diferença entre o valor de mercado e o valor pago (ou seja, 50% do lucro da operação deve ser mantido em ações por um ano). Dessa forma a empresa possibilita aos Beneficiários a alienação de suas opções em data anterior ao pagamento e em montante superior ao devido para a integralização das opções exercidas. O Beneficiário evita o próprio desembolso e afasta qualquer risco na operação, já que tem condições de escolher a melhor ocasião para o exercício, em momento anterior ao da integralização de suas opções;

- 4.10. Exercida a opção o Beneficiário se compromete (obrigação de fazer), de forma irrevogável e irretroatável, a manter em custódia em instituição financeira a ser indicada pela Companhia, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da data da aquisição, uma quantidade de ações cujo valor represente 50% (cinquenta por cento) da diferença entre o valor de mercado das ações resultantes do exercício das opções, e o preço de exercício das opções, na data do exercício.

Dessa forma, embora a empresa recorrente alegue que não houve concessão de vantagens e deságio em seus planos de outorga de ações, a planilha "Demonstrativo do

Valor Intrínseco das Opções por Ocasão do Exercício” (fls. 549/551) mostra inequivocamente que, na data em que os beneficiários exerceram a opção de compra das ações, o preço que lhes coube pelas ações adquiridas foi muitíssimo inferior ao seu valor de mercado naquela ocasião.

Além disso, como bem observado pelo fisco, o pagamento das ações adquiridas foi realizado, em média, após dez dias do exercício da compra, o que possibilitaria aos beneficiários alienarem as ações até o montante correspondente a 50% do lucro (permitido pelo plano), e depois, com o resultado dessa venda, efetivar o pagamento do exercício das ações sem necessidade de desembolsar qualquer outro valor e ainda realizar o restante do lucro na operação.

Cabe frisar que se configura em fato gerador da contribuição previdenciária o pagamento a qualquer título que a empresa efetua a empregados ou contribuintes individuais que lhe prestem serviços, conforme art. 22, incisos I e III, da Lei nº 8.212/1991, a seguir:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

(...)

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

(...)

Assim, o recebimento pelo empregado ou contribuinte individual de vantagem remuneratória paga pela empresa, mesmo que em forma de utilidades, caracteriza o fato imponible da contribuição previdenciária. E o momento em que isso ocorre, na situação em análise, é quando o beneficiário adquire as ações da empresa empregadora com o deságio, no âmbito do plano de outorga de ações de cunho remuneratório, e então, o título mobiliário é entregue pela empresa ao trabalhador. O que acontece a partir disso, se o beneficiário vende ou não as ações, não mais diz respeito aos fatos geradores da contribuição previdenciária.

Portanto, ao contrário do que alega o contribuinte, correta a base de cálculo apurada pela fiscalização nas planilhas de fls. 549/551, que considera a diferença entre o valor de exercício da opção de compra das ações e o valor de mercado na data desse exercício.

O mesmo entendimento se aplica à avaliação da existência de riscos, que deve ser feita em relação às formas e períodos estipulados pela empresa para que os profissionais exerçam a aquisição das ações; e não quanto à probabilidade de se obter lucros ou

prejuízos na venda dessas ações, que já se trata operação estranha às contribuições previdenciárias e afeta ao imposto de renda sobre o ganho de capital.

Nesse sentido, as contrarrazões da Fazenda Nacional bem exprimem o momento do fato gerador e a impossibilidade de seu desfazimento em razão de eventuais riscos futuros:

(...)

83. *Concessa venia*, considera a Fazenda Nacional que esse argumento também constitui um **desvio de perspectiva na análise da questão, pois a remuneração se dá no momento da aquisição das ações com deságio. É nesse momento que se dá a incidência da norma previdenciária, com a realização do fato gerador, sendo irrelevantes fatos posteriores a esse evento, ao menos para fins previdenciários.**

84. Não se questionaria a natureza remuneratória de um veículo dado em razão do trabalho caso este sofresse uma colisão e perdesse valor. Tampouco se questionaria a base de cálculo da contribuição pelo fato de a inflação corroer o poder de compra do segurado. Assim, resta claro que eventos posteriores à disponibilização do bem ao segurado não interferem na caracterização de sua natureza remuneratória.

85. **O fato gerador da obrigação tributária previdenciária simplesmente não se desfaz em virtude do destino dado à remuneração pelo empregado ou pelo contribuinte individual.**

(...) (Grifos no original)

No caso dos autos, não se verifica a ocorrência de riscos para o beneficiário na aquisição das ações, pois não paga para ter direito às opções ("prêmio") e o prazo para o exercício de compra é dilatado (sete anos, conforme item 5.2. (c) do Plano de Opção de Compra de Ações - fls. 36), o que lhe permite escolher o momento oportuno, em razão das oscilações do mercado, para adquirir as ações a um preço que lhe seja compensador. Pode até mesmo não comprar, se julgar desvantajoso.

Ademais, apenas para argumentar em relação a riscos posteriores ao fato gerador da contribuição, note-se que o beneficiário poderia vender, de imediato, as ações correspondentes ao valor de exercício mais 50% do "lucro" (diferença entre o valor de exercício e de mercado). Apenas as ações correspondentes aos outros 50% do "lucro" ficam em custódia por um ano (*lock up*). E mesmo para essas ações retidas, o risco é relativo, pois não há obrigação de que sejam vendidas em determinado período, podendo o detentor aguardar um momento propício para a alienação. Além disso, a posse das ações, independentemente de seu valor de mercado no futuro, permitem ao seu titular usufruir de direitos, como a percepção de dividendos, de juros sobre capital próprio, a possibilidade de sua locação a terceiros, entre outros.

Observa-se ainda que o Conselho de Administração dispõe de prerrogativas que possibilitam minimizar eventuais perdas, pois pode alterar o período para o exercício das opções e modificar as condições dos regulamentos e contratos de adesão a fim de que os direitos dos beneficiários não sejam prejudicados, conforme consta do plano da empresa, às fls. 34:

2.4. O Conselho de Administração terá total autonomia na administração e organização do Plano, dispondo, dentre outros, dos poderes necessários para:

- (...)
- (e) prorrogar ou antecipar a data de início do exercício das Opções;
 - (f) aditar os Regulamentos e os Contratos de Adesão para estender, caso a caso ou genericamente, o prazo final para o exercício das Opções;
 - (g) modificar os termos e condições dos Regulamentos e dos Contratos de Adesão na medida em que os direitos dos Beneficiários decorrentes de, ou relacionados com, este Plano não sejam prejudicados, excluídas dessa limitação eventuais adaptações que vierem a ser realizadas pelo Conselho de Administração em decorrência de alterações implementadas na legislação pertinente;

Entende-se também que a facultatividade dos planos de ações não desnatura o seu caráter remuneratório, como alegou o recorrente. Ao contrário, reforça a natureza de remuneração variável e adicional que a empresa intenta oferecer aos seus profissionais, pois é justamente uma das formas de evitar riscos e de garantir que o beneficiário tenha a possibilidade de exercer as opções com vantagens. Se não vislumbrar a vantagem, o trabalhador contemplado com a outorga das ações pode deixar de exercê-las. A obrigatoriedade, neste caso, poderia diminuir a possibilidade da empresa utilizar essa forma de remuneração.

Quanto à habitualidade, no âmbito previdenciário, o que a define não é apenas a ocorrência de pagamentos constantes, mas sim o fato de o pagamento ser realizado em face da contínua prestação de trabalho, como ocorreu no caso em análise. Nesse sentido, transcreve-se trecho do Acórdão nº 2202-003.367, desta Turma, e do Acórdão nº 2401-003.891, da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF, em que também se tratou da habitualidade quanto aos pagamentos por meio de planos de opção de compra de ações:

Acórdão nº 2202-003.367, de 16/05/2016:

(...)

O que define a eventualidade não é a periodicidade do pagamento ou ter sido esse realizado uma ou duas vezes, pois se assim fosse a gratificação natalina seria eventual, pois é paga apenas uma única vez ao ano, ainda que dividida, mas esse pagamento é habitual.

A habitualidade, no caso, está presente na necessidade do vínculo laboral, no período de tempo que o empregado deve mantê-lo para receber a vantagem. Se ele trabalha ali somente um mês, um uma vez, eventualmente, não seria escolhido para a outorga das ações. (...)

(...)

Acórdão nº 2401-003.891, de 11/02/2015:

(...)

Aliás, o conceito de habitual, no presente caso, não reporta-se a idéia de pagamentos constantes, mas, relacionados ao desempenho profissional, afastando-se da idéia serviço sem qualquer relação de continuidade. A interpretação de ausência de habitualidade não deve indicar pagamentos contínuos, mas devem ser diferenciados de pagamentos eventuais, ou seja, aqueles que não tem qualquer relação com a prestação do serviços ou pelo vínculo de emprego. Estariam excluídos pela ausência de habitualidade aqueles benefícios decorrentes de um infortúnio. A habitualidade será determinante quando buscar a definição do conceito de remuneração para reflexos em outras verbas trabalhistas, tais com férias, 13 salário. Já para incidência de contribuições previdenciárias, o fato determinante é a natureza em si da verba, donde buscamos caracterizar a verba como salarial, ou indenizatória se a mesma vincula-se ao contrato de trabalho.

(...)

Ademais, os resgates periódicos estavam previstos no plano, como destacou a Procuradoria da Fazenda Nacional, em suas contrarrazões, às fls. 1216:

(...)

O Plano de Opções de Ações previa resgates anuais por período de quatro anos consecutivos. A repetição uniforme, por quatro anos consecutivos, é apta a caracterizar a habitualidade exigida pelo legislador e, portanto, ficam preenchidos os requisitos para que os pagamentos subsumam-se ao conceito de remuneração.

(...)

Por consequência, em face da habitualidade dos pagamentos materializados pelo exercício das opções, também não se pode considerá-los como ganhos eventuais, conforme pleiteou alternativamente o contribuinte.

Em relação às normas da CVM, essas foram citadas pela fiscalização como mais um elemento para corroborar a natureza remuneratória do plano de outorga de ações.

No que diz respeito aos julgados do Poder Judiciário mencionados pelo recorrente, por não se tratar de decisões proferidas na sistemática de recursos repetitivos ou de repercussão geral, não vinculam os membros deste Colegiado. Assim, tais decisões somente produzem efeitos entre as partes envolvidas na lide e não alcançam os sujeitos passivos em questão.

As demais alegações trazidas pelo contribuinte também não afastam o caráter remuneratório do seu plano de opção de compra de ações.

Enfim, diante do exposto, acertada a decisão da primeira instância que manteve a lavratura fiscal.

Juros sobre multa de ofício

O recorrente alega que o artigo 61 da Lei 9.430/1996 não autorizou a aplicação de juros de mora (SELIC) sobre multas de ofício, tal como se exige neste processo.

Entretanto, o entendimento do CARF é de que incide juros moratórios sobre os créditos tributários não pagos no vencimento, conforme as seguintes súmulas:

*Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre **débitos tributários** administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.*

*Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o **crédito tributário não integralmente pago no vencimento**, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Grifou-se)*

Como se observa, os juros moratórios são devidos, à taxa SELIC, e sobre o “crédito tributário”, que assim está definido pelo CTN:

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. (Grifou-se)

O Código Tributário Nacional caracteriza a obrigação principal da seguinte forma:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (Grifou-se)

Assim, o crédito tributário decorre da obrigação principal que, por sua vez, tem por objeto também a penalidade pecuniária. Conseqüentemente, o entendimento sumulado compreende todo o "crédito tributário" lançado, ou seja, tributos e multas aplicadas.

Quanto à incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, cita-se os recentes Acórdãos da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2005

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, mediante aplicação da taxa SELIC conforme Súmula CARF nº 4.

(Acórdão nº 9101-002.385 – 1ª Turma da CSRF, de 12/07/2016)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Período de apuração: 01/01/2004 a 10/09/2004

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído,

Processo nº 13971.723247/2014-76
Acórdão n.º 2202-003.741

S2-C2T2
Fl. 1.249

incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

*Recurso Especial do Contribuinte conhecido e negado
(Acórdão nº 9202-004.250 – 2ª Turma da CSRF, de 23/07/2016)*

(...)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007

*TAXA SELIC. JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
INCIDÊNCIA.*

O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa Selic até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento.

REP Provido em Parte e REC Provido em Parte

(Acórdão nº 9303-003.478 – 3ª Turma da CSRF, de 25/02/2016)

Dessa forma, há que negar provimento quanto a essa matéria.

Conclusão

Em face do que foi exposto, voto por conhecer do recurso voluntário; REJEITAR a preliminar de nulidade; e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(Assinado digitalmente)

Rosemary Figueiroa Augusto - Relatora