



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

Processo n° 16327.721356/2012-80
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-005.990 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de fevereiro de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente ITAU UNIBANCO HOLDING S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2009

IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR DATA DA CARÊNCIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO DAS AÇÕES IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

O fato gerador de contribuições previdenciárias em relação ao plano de Stock Options ocorre pelo ganho auferido pelo trabalhador (mesmo que na condição de salário utilidade), quando o mesmo exerce o direito em relação as ações que lhe foram outorgadas.

Improcedente o lançamento quando parte a autoridade fiscal de uma premissa equivocada de que o fato gerador no caso de stock options seria a data de vencimento da carência, independentemente do exercício das ações. Não há como atribuir ganho, se não demonstrou a autoridade fiscal, o efetivo exercício do direito de ações.

IMPROCEDÊNCIA DE LANÇAMENTO PELA INDEVIDA INDICAÇÃO DO FATO GERADOR OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA BASEADA NOS MESMOS FUNDAMENTOS.

Sendo declarada a improcedência do lançamento, face vício na indicação do fato gerador, desnecessário apreciar as demais alegações do recorrente, considerando que os demais Autos de Infração, lançados sobre o mesmo fundamento, também devem ser declarados improcedentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Suplente Convocada), Andrea Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier. Ausente a conselheira Marialva de Castro Calabrich Schlucking.

Relatório

ITAU UNIBANCO HOLDING S.A., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 14ª Turma da DRJ em São Paulo/SP, Acórdão nº 16-48.129/2013, às e-fls. 218/242, que julgou procedente o lançamento fiscal, concernente às contribuições previdenciárias patronais destinadas ao custeio da Seguridade Social, incidentes sobre as remunerações pagas a determinados diretores por meio de outorga de opções de compra de ações (Stock Options), em relação ao período de 04/2007 a 12/2008, conforme Relatório Fiscal, às fls. 140/164 e demais documentos que instruem o processo, consubstanciado nos Autos de Infração abaixo relatados:

DEBCAD nº 37.346.3081 AIOP onde foram apurados valores referentes à contribuição devida à Seguridade Social:, prevista no art. 22, III, da Lei 8.212/91, incidente sobre a remuneração paga a diretores (contribuintes individuais), sob a forma de outorga de opções de ações (Stock Options) que dão direito à subscrição de ações da companhia . O crédito corresponde ao montante, incluindo juros e multa, de R\$ 265.338.950,84 (duzentos e sessenta e cinco milhões, trezentos e trinta e oito mil, novecentos e cinqüenta reais e oitenta e

quatro centavos.), consolidado em 04/12/2012, correspondente às competências 04/2007 a 12/2008.

DEBCAD nº 37.346.3090 AIOA onde foi aplicada a multa por descumprimento da obrigação acessória prevista no Art.32, inciso IV, e § 5º, da Lei 8.212/91, em virtude da omissão, nas GFIP, da remuneração e dos valores devidos acima referidos. A multa aplicada corresponde ao montante de R\$ 113.198,40 (cento e treze mil, cento e noventa e oito reais e quarenta centavos), consolidado em 04/12/2012, corresponde às competências 04/2007 a 11/2008

Conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, o Auditor Fiscal atuante adotou o entendimento de que os planos de opções de compra de ações outorgados pelo Recorrente a seus diretores configuram remuneração e, como tal, sujeitam-se à incidência da contribuição previdenciária patronal.

Com o objetivo de sustentar tal posicionamento, o Auditor Fiscal, inicialmente, transcreveu trechos de documentos apresentados pela Companhia no curso da fiscalização ou obtidos através do seu sítio eletrônico, tais como notas explicativas de demonstrações financeiras e trechos do formulário 20F apresentado à *SEC – US Securities and Exchange Commission*, que fazem alusão aos planos de opções de compra de ações ofertados pelo Recorrente como remuneração dos beneficiários (diretores ou empregados de alto escalão).

Em seguida, o fiscal atuante efetua uma análise das principais disposições do Plano para Outorga de Opções de Ações aprovado pela Assembleia Geral de 01/11/2002 e alterado pelas Assembleias Gerais de 28/04/2004, 27/04/2005 e 26/04/2006.

Feitas as considerações iniciais acima indicadas, o auditor fiscal passa a defender a natureza salarial das opções de compra de ações ofertadas pelo Recorrente.

A autoridade fiscal atuante, então, apresenta distinções entre as opções de compra de ações comuns e as opções de compra de ações para trabalhadores, com objetivo de fortalecer a alegada natureza salarial dos pagamentos decorrentes do plano de opção de compra de ações destinados aos trabalhadores, ressaltando, para tanto, alguns aspectos.

Alega que as instituições financeiras, ao ofertarem opções de compra de ações a seus trabalhadores, buscam motivá-los, reter profissionais, vincular a sua remuneração à performance da empresa, alinhar os interesses dos trabalhadores aos dos acionistas, dentre outros fatores, que acabam levando o beneficiário a trabalhar mais e provocam um efeito “algemas de ouro”.

Pontua que os planos de opções de ações são oferecidos como *recompensa pelo trabalho, sendo, assim, um componente integrante da remuneração. E assim o é, pois, conforme demonstrado anteriormente, trata-se de uma operação sem riscos para o trabalhador, ou seja, ele nunca perde patrimônio em função da outorga de opções que a companhia faz, uma vez que não há nem custos diretos (prêmios), pois o empregado não terá que pagar por esses planos.*

Em seguida, o Auditor Fiscal analisou o momento da ocorrência do fato gerador nos casos envolvendo os planos de opção de compras de ações e concluiu que o fato gerador resta caracterizado com o vencimento do prazo de carência, tendo em vista que,

naquele momento, há o implemento da condição suspensiva contratual, sendo irrelevante para a configuração do fato gerador se o trabalhador exerceu ou não a opção de adquirir as ações.

Com o objetivo de apurar a base de cálculo devida para incidência das contribuições previdenciárias, o Auditor, em observância ao critério adotado quanto ao momento em que resta caracterizada a ocorrência do fato gerador, utilizando os dados extraídos da planilha apresentada pelo contribuinte, entendeu que o montante corresponderia à multiplicação da quantidade de opções de compra outorgadas ao trabalhador (passíveis de exercício) pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço do exercício da opção no momento do vencimento da carência, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador.

Após a análise da penalidade mais benéfica ao contribuinte, em observância ao exposto no art. 106, inciso III, alínea “c” do Código Tributário Nacional, o Auditor Fiscal confrontou a multa por descumprimento de obrigação acessória (ausência de declaração do fato gerador em GFIP) somada à multa de mora (24%) com a multa de ofício, estabelecida pela Lei nº 11.941/2009 (75%), e concluiu que a aplicação da legislação anterior seria mais benéfica ao contribuinte. Foi lavrado, assim, o Decad de n. 37.346.3090 (AI 68), pelo descumprimento da obrigação prevista no art. 32, IV, da Lei 8.212/1991.

A contribuinte, regularmente intimada, apresentou impugnação, requerendo a decretação da improcedência do feito.

Por sua vez, a Delegacia Regional de Julgamento em São Paulo/SP entendeu por bem julgar procedente o lançamento, conforme relato acima.

Regularmente intimada e inconformada com a Decisão recorrida, a autuada, apresentou Recurso Voluntário, às e-fls. 247/261, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais, bem como dos fatos que permeiam o lançamento, repisa às razões da impugnação, preliminarmente pugnando pela decretação da decadência da competência de abril de 2007, de acordo com artigo 150, § 4º do CTN.

Em relação ao mérito, traz elementos característicos dos planos de outorga de opções de compra de ações, com o objetivo de atestar a natureza societária desses planos, demonstrando, para tanto, a base legal (art. 168, §3º da Lei n.º 6.404/76) e ressaltando a regulamentação da CVM, que, por meio das Instruções n.º 290/98, 291/98 e 390/09, estabelece requisitos para instituição do plano, como, por exemplo, a necessidade de disciplina em estatuto e aprovação do plano por meio de assembleia geral de acionistas, o que reafirmaria o caráter societário dos planos de stock options.

Ressalta que a outorga da opção gera apenas expectativa de direito, que, uma vez exercida, e a depender das perspectivas do mercado de ações, pode acarretar ganho ou perda de capital ao trabalhador ou, até mesmo, pode nem vir a ser exercida após findo o prazo de carência do plano. Tais circunstâncias seriam aptas a demonstrar a ausência de caráter remuneratório que a fiscalização tenta imputar aos pagamentos decorrentes do plano de opções de compra de ações.

Alegou, em seguida, que o entendimento manifesto na acusação fiscal quanto ao momento da ocorrência do fato gerador é equivocado, devendo ser considerado configurado

o fato gerador apenas com o exercício do direito, ou seja, quando a ação objeto da outorga é adquirida.

Com o objetivo de demonstrar as distorções ocasionadas pelo equivocado entendimento da acusação fiscal quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, o Recorrente ressaltou que algumas opções foram consideradas como exercidas quando findo o prazo de carência, embora os respectivos funcionários jamais tenham exercido a referida opção, pois se desligaram da companhia antes de findo o prazo de carência, ou seja, antes mesmo de o direito de compra das ações poder ser exercido.

Aduz que a jurisprudência do TST manifesta-se no sentido de que a opção pela compra de ações não proporciona ao trabalhador vantagem de natureza salarial.

Em relação à multa considera que as verbas oriundas do exercício da opção de compra de ações não possuem natureza salarial e, portanto, não devem compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias, não seria cabível a cobrança referente à obrigação acessória.

Pleiteia a não incidência de juros sobre multa ofício, tendo em vista que, nos termos do art. 61, caput, apenas os débitos de tributos e contribuições se sujeitam aos juros de mora, além de não ser cabível a aplicação dos juros sobre a multa de ofício.

Alfim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar os Autos de Infração, tornando-os sem efeito e, no mérito, a sua absoluta improcedência.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, e-fls. 319/337, nos seguintes termos:

Afirma que os próprios documentos apresentados pelo Recorrente demonstram que os pagamentos decorrentes do plano de stock options possuíam caráter remuneratório, ressaltando o fato de que competiria ao Comitê de Nomeação e Remuneração designar periodicamente os diretores aos quais seriam outorgadas as opções.

De acordo com a Procuradoria, a designação dos diretores que teriam direito ao exercício demonstra que o plano não era estendido a todos os trabalhadores indistintamente, bem como que a performance do executivo seria relevante para que fosse concedida a opção de compra de ação, o que reforçaria a sua natureza remuneratória. Tais fatos demonstrariam que a concessão das opções de ação possui caráter discricionário e retributivo, vinculado ao desempenho do profissional na empresa.

Destaca que as opções outorgadas aos diretores são pessoais e intransferíveis, não havendo a possibilidade de negociação das opções recebidas pelos executivos, ao contrário do que ocorre com os planos de stock options tipicamente mercantis, que são cotidianamente negociadas no mercado de ações.

Para fundamentar tal alegação, ressaltou que, se qualquer titular da opção se desligar ou for desligado da Companhia, as opções terão sua vigência extinta, restando evidente que a circunstância de o indivíduo estar prestando serviços à empresa, e somente enquanto assim o estiver, é condição *sine qua non* para que ele possa se beneficiar da opção.

Diante das considerações realizadas, concluiu pela existência de uma política de remuneração e de atuação voltada à eliminação de potenciais riscos quanto às variações do mercado de ações.

Por fim, a Procuradoria da Fazenda Nacional sustentou que deveria ser mantida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, tendo em vista a consolidação da jurisprudência judicial e administrativa nesse sentido.

Em 11 de fevereiro de 2015, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, entendeu por bem julgar procedente o recurso voluntário, exonerando o crédito tributário, por entender restar decaído pelo art. 150, § 4º do CTN a competência de abril de 2007 e, no mérito, não comprovado o caráter remuneratório do plano de stock options, o fazendo sob a égide dos fundamentos inseridos no Acórdão nº 2401-003.888, de e-fls. 489/516, sintetizados na seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2007 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO.

Tratando-se as contribuições previdenciárias de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a norma decadencial aplicável é aquela prevista no art. 150 §4º do CTN, caso se verifique a antecipação de pagamento. Decaída a competência de abril de 2007.

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

No presente caso, o plano de stock options é marcado pela onerosidade, pois o preço de exercício da opção de compra das ações é estabelecido a valor de mercado, pela liberalidade da adesão e pelo risco decorrente do exercício da opção de compra das ações, de modo que resta manifesto o seu caráter mercantil, não devendo os montantes pagos em decorrência do referido plano integrarem o salário de contribuição.

MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. OMISSÃO DE FATO GERADOR EM GFIP. PREJUCIDIALIDADE. JULGAMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

Aplicando-se a regra de decadência prevista no art. 150 §4º do CTN, está decaída a competência de abril de 2007. Em relação às competências remanescentes, excluo a multa aplicada diante da improcedência da autuação referente à obrigação principal.

Recurso Voluntário Provido.

Regularmente intimada e inconformada com a Decisão acima, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial, às e-fls. 518/557, pleiteando a manutenção do lançamento, e conseguinte reforma da Decisão.

Por sua vez, a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais entendeu por bem julgar procedente o recurso especial da fazenda para considerar o artigo 173 do Código tributário Nacional como forma de contagem para determinar a decadência das obrigação acessórias em questão, além de entender pelo caráter remuneratório dos valores apurados pela fiscalização à título de stock options, com retorno dos autos à turma *a quo* para análise das demais questões ventiladas no Recurso Voluntário, o fazendo sob a égide dos fundamentos inseridos no Acórdão nº 9202-005.968/2017, de e-fls. 645/689.

Após regular processamento, os autos fora distribuídos a este Conselheiro, para relato e inclusão em pauta, o que fazemos nesta assentada.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Rayd Santana Ferreira - Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço dos recursos e passo ao exame das alegações recursais.

DELIMITAÇÃO DA LIDE

Trata-se de retorno dos autos da Câmara Superior para análise quanto a correição da ocorrência do fato gerador e ao mérito da obrigação acessória nas competências anteriormente declaradas decadentes e a incidência dos juros sobre a multa.

DA INDICAÇÃO DO FATO GERADOR

Bom, considerado entender a Câmara Superior restar devidamente caracterizada a natureza salarial da verba, resta-nos, por fim, enfrentar a alegação quanto ao momento da indicação do fato gerador. Para tanto, valho-me da descrição trazido pelo auditor em seu relatório:

Portanto, a data da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a outorga das opções de compra de ações é definida como sendo a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, seja pelo decurso do prazo previsto contratualmente, seja pelo seu vencimento antecipado nos casos também previsto em contrato, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador.

(grifamos)

Quanto a este ponto, entendo que não logrou êxito o auditor em indicar da forma mais acertada a ocorrência do fato gerador, demonstrando, verdadeiro equívoco no lançamento.

Dessa forma, merece guarida a pretensão da contribuinte, consoante restou muito bem explicitado no voto condutor do Acórdão nº 2401-003.891, o qual me filio, da lavra da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, exarado por esta Colenda Turma nos

autos do processo nº 16327.721267/2012-33, de onde peça vênia para transcrever excerto e adotar como razões de decidir, *in verbis*:

Contudo, não tenho como concordar com a premissa trazida pelo auditor, qual seja: "data da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a outorga das opções é definida como sendo a data do vencimento do seu respectivo prazo de carência, independentemente do exercício das opções pelo trabalhador". Até poderíamos acatar, conforme indicado no relatório, que o fato gerador ocorreria na data do vencimento da carência, partindo do raciocínio de que no presente caso, ocorreria a carência antecipada, porém não foi essa a indicação da autoridade fiscal, mas a de que o fato gerador ocorreria independentemente do exercício das opções pelo trabalhador.

O que se conclui do raciocínio ali exposto é que exercendo ou não, o valor da ação seria automaticamente incorporado ao patrimônio do trabalhador, seja empregado ou contribuinte individual, afastando qualquer ato de vontade deste. Não entendo ser possível levar como correto esse raciocínio, pois se acatássemos, estaríamos desconstruindo o pagamento como "outorga de ações", desconsiderando tudo narrado pelo auditor e partido da premissa de que os pagamentos seriam simplesmente prêmios, ou gratificações.

(...)

Face o exposto, entendo existir um erro essencial na constituição do lançamento, qual seja, a indevida indicação dos fatos geradores, que pela forma trazida pela autoridade fiscal, impossibilitam dizer se os valores lançados correspondem apenas ao ganho obtido sobre ações exercidas, ou foram lançadas as totalidades de valores, independentemente do exercício, razão pela qual, nessa parte entendo exista um vício no lançamento que inviabiliza a manutenção do lançamento na forma como lançado

Neste mesmo sentido, também transcrevo excerto exarado pelo Nobre Conselheiro Dr. Cleberson Alex Friees no bojo do Acórdão nº 2401-004.861, de 6 de junho de 2017, senão vejamos:

(...)

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

Dessa maneira, correto o procedimento fiscal que considera a data de ocorrência do fato gerador "aquela em que houve o exercício das opções", levando em conta a base de cálculo como

a diferença entre "o valor das contribuições para aquisição das ações, estipulado nos contratos e atualizado até a data da compra, (...), e o valor de mercado das ações na data de liquidação financeira das referidas aquisições" (item 14, às fls. 65/66). (...)

(grifo nosso)

Nesta mesma toada, podemos citar, ainda, os Acórdãos nº 2301-004.973, 2202-003.510, 2402-005.781, entre diversos outros. Vale salientar ainda, que a própria PFN reconhece tal entendimento.

Neste diapasão, é inequívoca a improcedência do lançamento.

Ressalto, que considerando a improcedência do feito, abstenho-me de apreciar as demais questões devolvidas pela Câmara Superior (OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA E JUROS SOBRE A MULTA), pelas razões acima narradas, o que leva a improcedência do demais autos de infração (obrigação acessória), lavrados no presente processo.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração, *sub examine*, em dissonância com as normas legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira.