



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

Processo n° 10166.728875/2014-44
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-004.844 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente BANCO DO BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

O aviso prévio indenizado não possui caráter remuneratório, não estando, por conseguinte, sujeito à incidência de contribuições previdenciárias.

OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES. VANTAGENS DIFERENCIADAS PARA FUNCIONÁRIOS. GANHO EVENTUAL. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

No contexto de operação de mercado de oferta pública de ações, ocasionais vantagens diferenciadas proporcionadas a funcionários para aquisição dos valores mobiliários não se revestem, salvo sólida comprovação em sentido contrário, de caráter remuneratório, mas sim possuem a natureza de ganho eventual, não sujeito à incidência de contribuições previdenciárias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso no que se refere ao aviso prévio indenizado, e por maioria de votos, em dar provimento também quanto ao plano de compra de ações, vencidos os conselheiros Rosy Adriane da Silva Dias, Marcelo de Sousa Sateles e Ricardo Chiavegatto de Lima, que negaram provimento nesse ponto. Votaram pelas conclusões os conselheiros Martin da Silva Gesto, Andrea de Moraes Chieregatto, Virgílio Cansino Gil (suplente convocado) e Ronnie Soares Anderson. Declarou-se impedido de participar do julgamento o conselheiro Wilderson Botto (suplente convocado), substituído pelo conselheiro Virgílio Cansino Gil (suplente convocado).

(Assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente e Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os conselheiros Rosy Adriane da Silva Dias, Marcelo de Sousa Sateles, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Jorge Henrique Backes (suplente convocado), Júnia Roberta Gouveia Sampaio, José Alfredo Duarte Filho (suplente convocado), Andrea de Moraes Chieregatto, Virgilio Cansino Gil (suplente convocado) e Ronnie Soares Anderson.

Relatório

Na condição de Presidente da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção, no uso das atribuições conferidas pelo art. 17, inciso III, do Anexo II do RICARF, designo-me Redator *ad hoc* para formalizar o presente acórdão, tendo em vista que a Relatora originária, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, não mais integra o Colegiado.

Assim, reproduzo, na íntegra, o relatório disponibilizado em meio magnético pela referida Conselheira, conforme a seguir.

O presente processo compreende cinco Autos de Infrações relativos, relativos, às contribuições da empresa, inclusive a destinada ao financiamento do grau de incidência de incapacidade laborativa (AI DEBCAD Nº 51.070.502-2); contribuições de Terceiros (FNDE/Salário-Educação e INCRA) (AI DEBCAD Nº 51.070.503-0); multa por deixar a empresa de preparar folha de pagamento, CFL 30 (AI DEBCAD Nº 51.070.504-9), de lançar mensalmente em títulos próprios da contabilidade os fatos geradores de todas as contribuições - CFL 34 (AI DEBCAD Nº 51.070.505-7) e apresentar arquivos e sistemas de informação em meio digital correspondentes aos registros de seus negócios e atividades.

O Relatório Fiscal, fls. 22 a 57, comum aos Autos de Infração acima citados, informa que constitui fato gerador da contribuição previdenciária a remuneração adicional concedida aos empregados por ocasião da distribuição primária de Ações Ordinárias do Banco do Brasil S.A, ocorrida em 2010 (a transferência patrimonial ocorreu na data de 06/07/2010, conforme informação prestada pelo Banco autuado), bem como os valores pagos na “rubrica AVISO PREVIO-INDENIZAÇÃO”, sobre os quais não foi calculada, declarada e recolhida a contribuição previdenciária.

Os créditos previdenciários devidos estão dispostos nos seguintes levantamentos:

- **Levantamento VB** – COMPRA DE ACOES BONUS;
- **Levantamento VD** – COMPRA ACOES DESCONTO ANTEC;
- **Levantamento AP** – AVISO PREVIO INDENIZADO.

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 5 e 6) a oferta de ações ordinária pelo Banco do Brasil tinha as seguintes características:

14. No dia 27/06/2014 o Banco do Brasil, doravante denominado Banco, apresentou a esta autoridade fiscal o prospecto da Distribuição Pública Primária e Secundária de Ações Originárias do BB, com as seguintes características básicas:

14.1. O preço por ação foi fechado em R\$ 26,65 por ação, sem desconto em relação a cotação de fechamento no dia, na bolsa de valores.

14.2. Oferta base de R\$ 8,9 bilhões correspondente a 356,8 milhões de ações;

14.3. Lote Suplementar (Greenshoe) de 965,1 milhões, correspondente a 39,2 milhões de ações.

15. A oferta base foi oferecida da seguinte forma:

15.1. oferta preferencial aos sócios até o seu percentual de participação, incluindo-se aqui os funcionários detentores de ações.

15.2. oferta de varejo distribuída em fundos de investimento e compra direta sendo que, neste caso, foi distribuída de forma incentivada aos funcionários e não incentivada aos demais interessados.

15.3 Oferta institucional

(...)

17. O Plano de Incentivo (sic) apresentaram critérios e benefícios. Os critérios impostos são basicamente um prazo de Lock up, ou seja, o período de 120 dias após a sua aquisição.

18. Associado a estes critérios, os empregados tiveram os seguintes benefícios na aquisição das ações:

18.1. Pagamento em 12 parcelas fixas e sem juros, limitados a no mínimo R\$ 1.000,00 e no máximo R\$ 12.000,00 por empregado. Neste caso, além do pagamento sem juros, ao valor da aquisição foi aplicado um bônus de 6,72% (seis inteiros e setenta e dois centésimos por cento) correspondendo ao pagamento de R\$ 24,85912 por ação, obtendo um ganho efetivo imeditado de R\$ 1,79088 por ação.

18.2. Utilizar recursos próprios disponíveis (pecúnica) ou vender vantagens ao BB, definindo estas vantagem (sic) como licença-prêmio, folgas e abonos de anos e acordos coletivos anteriores. Neste caso sobre valor dispendido pelo empregado foi concedido um bônus de 12% (doze por cento). Se o valor da ação é R\$ 26,65 o empregado pagou R\$ 23,452 por ação, obtendo um ganho efetivo imediato de R\$ 3,198 por ação.

19. O processo se iniciou em 14/06/2010 com a publicação do aviso ao mercado e a liquidação físico-financeira da oferta ocorreu no dia 06/07/2014, momento em que começou o 'look up' (sic) dos empregados que adquiriram ações com incentivo.

(...)

30. *O empregado assim não pode dispor, da forma que bem lhe conviesse, do crédito concedido em conta corrente, uma vez que concomitante ao depósito foi realizado um débito destinado à aquisição de ações.*

31. *Desta forma, como o valor creditado em conta dos empregados no dia 06/07/2010 foi OBRIGATORIAMENTE destinado à aquisição de ações do próprio Banco, não pode, em hipótese alguma, dar a este depósito o conceito de adiantamento salarial uma vez que este corresponde a "salários pagos antecipadamente, isto é, o empregado recebe antecipadamente a parcela que é deduzida por ocasião do pagamento.*

VI.4 - Vantagem auferida pelo empregado na aquisição do financiamento

32. *Foi solicitado ao Banco as taxas de juros praticadas pelo mesmo para empréstimos e financiamentos aos seus empregados (item 3.2 do TIF nº 005/2014) e aquele atendeu com a entrega do arquivo "RFB_TIF 052_Empréstimos.csv" que nas linhas 44303 a 443308 informam uma taxa de juros mensal de 1,41% e prestação de R\$ 1.000,00, o valor financiado é de R\$ 10.969,94 (valor presente das parcelas vincendas).*

32.1 *Em outras palavras, os empregados do Banco que solicitaram empréstimos a este na referida data e prazos, tiveram que pagar juros de 1,41% mensais.*

32.2. *Considerando que o financiamento foi fornecido em parcelas fixas (12 vezes) com carência de 30 dias. Utilizando a "Calculadora do cidadão", obtêm-se para um financiamento com 12 prestações fixas, taxa de juros mensal de 1,41% e prestação de R\$ 1.000,00, o valor financiado é de R\$ 10.969,94 (valor presente de parcelas vincendas).*

32.3 *Assim uma aquisição de R\$ 12.000,00 em ações, a ser pago em 12 parcelas fixas de R\$ 1.000,00 representa um ganho efetivo imediato de R\$ 1.031,06 (R\$ 12.000,00 - R\$ 10.969,94) correspondendo a um desconto antecipado no valor da ação de 8,592167%*

(...)

32.5. *Em outras palavras, apenas aqueles (sic) pessoas que tiveram relação prestacional laboral com o Banco podem usufruir desse bônus. Ou seja este bônus de 8,592167% sobre o valor das ações adquiridas pelo (sic) empregados optantes decorrem da relação laboral criada por contrato de trabalho, enquadrando-se, conforme analisado nos itens 21 a 24 como remuneração.*

4. Regularmente cientificado em 13/10/2014, o Contribuinte apresentou a impugnação de fls. 3.472 a 3.491, em 11/11/2014, sob os seguintes argumentos:

a) a tese da não incidência da contribuição previdenciária sobre aviso prévio indenizado foi objeto do MS nº 2009.34.00.009998-9, impetrado pela FEBRABAN, cujos efeitos recaíram sobre o Recorrente pelo fato de ser associado daquela, o que fez com que este se abstinhasse de promover o recolhimento tributário no período autuado. Contudo, em

decorrência do posicionamento da 7ª Turma do TRF1, que declarou extinto o processo por ilegitimidade passiva, sem apreciar o mérito, o Impugnante providenciou os acertos relacionados à contribuição previdenciária e realizou a retificação de GFIP e a geração de GPS. Em 16/12/2013 o TRF1 expressamente reconheceu a não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, por não comportar tal verba natureza salarial. Atualmente o processo aguarda análise do juízo de admissibilidade dos recursos (Resp e RE), interpostos pelas partes;

b) em processo representativo da controvérsia – Resp nº 1230957/RS – o STJ afastou a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, motivo pelo qual o noticiado entendimento jurisprudencial deve ser aplicado ao presente feito;

c) comprovada a regularização de pendência (recolhimentos e acertos realizados), inclusive com retificação de GFIP, em data anterior a instauração do procedimento de fiscalização, é indevida a constituição do crédito tributário, bem como a aplicação da multa de ofício e da multa por descumprimento de obrigação acessória;

d) o empregado que aderiu ao Plano de Incentivo à Oferta Pública de Ações, realizada em 2010, recebeu um bônus pela aquisição de ações (feita com recursos próprios ou mediante empréstimos concedidos pelo Banco), sendo creditado na conta corrente do empregado que subscreveu as ações o valor equivalente ao desconto/bônus definido no referido Plano. Tal desconto/bônus não transitou pela folha de pagamento do empregado, uma vez que não estava vinculado ao contrato de trabalho, consistindo em mero “incentivo, dirigido a determinado e exclusivo público alvo (empregados do BB) para aquisição de ações emitidas pelo Banco”, não podendo ser enquadrado como ganho eventual sob a forma de utilidade;

e) partindo do princípio de que benefício salarial é toda a vantagem concedida ao empregado, de forma gratuita e habitual (CLT, art. 457, § 1º), é possível compreender a natureza jurídica do plano de opção de ações (OPA), de caráter oneroso e eventual, não sendo possível considerar a compra direta com bônus e a compra direta financiada como benefício salarial;

f) a opção de compra de ações é uma relação de natureza societária/mercantil, ainda que exercida no curso do pacto laboral. O empregado poderá auferir rendimentos, mas também assume o risco da desvalorização das ações adquiridas, a depender da flutuação do mercado;

g) “os valores apurados pelo Fisco, em relação aos documentos/relatórios fiscais fornecidos à fiscalização, apresenta divergência substancial, a importar, inclusive, na nulificação parcial dos AI/DEBCADs nº 51.070.502-2 e 51.070.503-0”, pois totalmente indevida e insubsistente a base tributária apurada em relação à OPA - compra direta financiada, não incidindo a contribuição previdenciária sobre a suposta vantagem auferida pelo empregado que adquiriu o financiamento para aquisição de ações do Banco, com uma base de R\$ 27.117.613,92, apresentando diferença no valor de R\$ 1.855.741,70, em relação à base de cálculo original;

h) “Os valores que compõe a base relativa à OPA - compra direta financiada (R\$ 1.943.769,68) e que resultaram nos AI/DEBCAD nº 51.070.502-2 e 51.070.503-0, também compuseram a base para tributação da OPA - compra com bônus (R\$ 27.117.613,92), embora se tratando de valores distintos, no entender do Fisco. Tal conduta (utilização dos mesmos

valores para formação de bases distintas, visando a incidência da mesma tributação) representa *bis in idem*”;

i) “o Fisco simulou empréstimo de R\$ 12.000,00 (valor máximo) à taxa 1,41% a.m. (cobrada do empregado no caso de adiantamento em 12 meses), chegando a conclusão final de que os adiantamentos realizados culminaram em um benefício de 8,59% sobre o valor da ação”. Com tal conduta equivocada, apurou adiantamentos no total de R\$ 22.622.578,00, chegando a uma “suposta segunda base de cálculo no valor de R\$ 1.943.769,68” – majorada indevidamente com a inclusão de valores relativos à OPA – venda direta financiada”, o que por sua vez, resultou na majoração da base de cálculo original para R\$ 28.973.355,62, o que merece a devida correção;

j) “se indevida a obrigação principal a mesma sorte deverá se atribuída à obrigação acessória decorrente”

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba (PR) deu parcial provimento à Impugnação em decisão que recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ABRANGÊNCIA.

A remuneração tem de ser interpretada não somente como contraprestação pelos serviços efetivamente prestados pelo empregado, mas, de forma mais abrangente, como todas as verbas por ele recebidas em razão do contrato de trabalho firmado.

STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA MERCANTIL. DESCARACTERIZAÇÃO. REMUNERAÇÃO. UTILIDADE.

Atuando a empresa para garantir uma efetiva vantagem econômica ao segurado empregado a seu serviço, mitigando os riscos e os custos do exercício de opção de compra de ações, em afronta ao caráter mercantil da operação, impõe-se o reconhecimento da remuneração-utilidade.

AUTO DE INFRAÇÃO. REINCIDÊNCIA. JULGAMENTO DEFINITIVO. EFEITOS.

Afasta-se a aplicação da reincidência quando demonstrado que a infração que lhe deu suporte foi julgada improcedente por decisão administrativa definitiva.

Cientificado (AR fls. 3764) o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 3773/3793, no qual reitera as alegações já suscitadas quando da Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Redator *ad hoc*

A teor do relatório acima reproduzido, adoto aqui o voto disponibilizado pela Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio, cabendo observar, contudo, que tendo a maioria do Colegiado acompanhado-a pelas conclusões no que diz respeito ao tópico plano de ações, coube-me a também a incumbência de integrar o acórdão com as razões que preponderaram na formação do entendimento da Turma quanto a esse particular, razões essas que constam ao final da fundamentação a seguir.

O recurso preenche os pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

1. DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AVISO PRÉVIO INDENIZADO

Alega a Recorrente que o aviso prévio indenizado não integraria o salário-de-contribuição por não comportar tal verba natureza salarial. Afirma, também, que em processo representativo da controvérsia – Resp nº 1230957/RS – o STJ afastou a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

A decisão recorrida negou provimento às alegações da Impugnante, ora Recorrente, por entender que:

Noutra vertente, há a determinação trazida pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/2014, que prevê a vinculação da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) às decisões judiciais desfavoráveis à Fazenda Nacional proferidas em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral (STF) ou em Recursos Especiais Repetitivos (STJ), após expressa manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

8.8. Com efeito, muito embora tenha havido análise e pronunciamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da impossibilidade de incidência da contribuição previdenciária sobre a verba ora analisada, a PGFN não formalizou, até o momento, a inclusão de tal rubrica dentre aquelas em relação às quais há dispensa de contestar e recorrer em virtude, especialmente, da existência de processo (RE nº 565.160) tramitando no Supremo Tribunal Federal (STF), com repercussão geral reconhecida, que poderá alterar o entendimento expressado pelo STJ.

Improcedentes os fundamentos da decisão recorrida. Em primeiro lugar, porque o RE nº 565.160 discutia qual a abrangência do conceito de remuneração previsto no artigo 201 da CF/88 e não a natureza jurídica de verbas específicas. O referido recurso foi julgado em 29/03/2017 e recebeu a seguinte ementa:

CONTRIBUIÇÃO – SEGURIDADE SOCIAL – EMPREGADOR. A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, a qualquer título, quer anteriores, quer posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998 – inteligência dos artigos 195, inciso I, e 201, § 11, da Constituição Federal.

É importante destacar que praticamente todos os votos fizeram questão de consignar, como *obiter dictum*, que a natureza indenizatória ou remuneratória de cada verba, oera matéria de índole infraconstitucional, conforme, se verifica, à título exemplificativo, do seguinte trecho do voto do Ministro Luiz Fux:

Destaque-se, por fim, que descabe a esta Corte definir a natureza indenizatória ou remuneratória de cada parcela, eis que tal discussão não possui status constitucional, conforme amplamente vem sendo reconhecido pela jurisprudência.
Compete tão somente a este colegiado a interpretação dos dispositivos constitucionais em relação ao tema, de modo que deles só é possível extrair a necessidade de pagamento com habitualidade e em decorrência da atividade laboral, para fins de delimitação da base de cálculo da contribuição previdenciária do empregador e conseqüente interpretação do conceito de “folha de salários”. (grifamos)

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral no RE 745.901, em 04/09/2014, reconheceu, expressamente, a inexistência de Repercussão Geral relativamente ao aviso prévio indenizado, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita:

*Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. **A controvérsia relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de aviso prévio indenizado, fundada na interpretação da Lei 8.212/91 e do Decreto 6.727/09, é de natureza infraconstitucional.** 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/03/2009). 3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.*

Como destacou a Recorrente o Superior Tribunal de Justiça concluiu que aviso prévio indenizado não compõe o salário de contribuição no julgamento do Resp nº 1230957/RS submetido à sistemática prevista no artigo 543-C do CPC/73. Sendo assim, não existe fundamento para que a referida decisão não seja adotada por este conselho, como, aliás, vem expressamente determinado no artigo 62, §1º inciso II, "b" do RICAR/2015:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.
§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

*I - que já tenha sido declarado inconstitucional por **decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;***

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

*b) **Decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B ou 543-C da Lei nº5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), na forma disciplinada pela Administração Tributária (grifamos)***

Como visto, ao negar a existência de repercussão geral relativamente ao aviso prévio indenizado não como questionar a definitividade da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à referida verba.

Procedente, portanto, a pretensão do Recorrente quanto a este ponto.

2) A DEFINIÇÃO DE STOCK OPTIONS E A BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Antes de analisarmos os plano de ofertas de ações do Banco do Brasil para seus funcionários é fundamental que se faça a análise de quais as características desse instituto (stock options) e quais os elementos que eventualmente poderiam ser utilizados para descaracterizá-lo.

Isso porque entendemos que não é possível afirmar, *a priori*, que tais pagamentos estariam excluídos do denominado salário de contribuição, uma vez que não se encontram dentre as exclusões previstas no artigo 28, § 9º da lei 8212/91. Por outro lado, entendemos que não é a simples concessão de vantagens na aquisição das ações por parte dos empregados que retiram o caráter mercantil do plano.

O Stock Option Plan (Plano de Opção de Compra de Ações) representa um plano que determina regras e critérios para outorga a determinados trabalhadores da possibilidade de aquisição de ações da empresa. Esses trabalhadores podem encontra-se na situação de empregados, autônomos, administradores (contribuintes individuais para previdência social). A opção por ações proporciona ao beneficiário o direito de compra de ações por um valor pré-determinado, após um período de carência previamente determinado (permanência na empresa) e a possibilidade de vendê-las no mercado de capitais auferindo lucro ao final desse prazo. Essa oferta de ação está regulamentada no § 3 da Lei 6.404/76, nos seguintes termos:

Art. 168. O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social, independente de reforma estatutária.

Parágrafo 3º. O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite do capital autorizado, e de acordo com o plano aprovado pela assembléia geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou à sociedade sob seu controle.

É importante destacar que existem marcos temporais importantes. No primeiro momento ocorre a oferta da opção de compras aos empregados. Ao aceitar a oferta o empregado está sujeito às suas condições. Dentre essas condições, usualmente, se estabelece um período de tempo para que a opção possa ser exercida (*vesting*). Transcorrido esse prazo o empregado pode exercer a opção de compra. Essa opção ocorrerá, naturalmente, se entre a data da outorga e a data do exercício o valor da ação for maior que o valor de compra. Nesse sentido, elucidativo o exemplo fornecido por Thiago Tabora Simões (*Stock Options - Os planos de Opções de Ações e sua Tributação*, ed. Noeses, 2016, p.121):

Outorga (05/01/2012)	_____	Exercício (05/01/2015)	_____	Venda
Valor de mercado: R\$ 10,00		Valor de mercado R\$ 20,00		
Valor de opção R\$ 9,00		Valor de opção exercido R\$ 9,00		
Diferença R\$ 1,00		Diferença: R\$ 11,00		

O que diferencia a natureza mercantil ou remuneratória do Stock Option adotado pela empresa será o risco assumido pelo empregado. A aquisição das ações, por óbvio, envolvem riscos que independem do desempenho individual do empregado ou da condução eficiente do negócio, tais como flutuação do mercado de capitais, especulação, câmbio, balança comercial, concorrência, dentre outros. Nesse sentido, elucidativas as observações da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, no Acórdão n 2401-003.891:

(...) o simples fato de uma empresa ofertar aos seus trabalhadores, um plano de outorga de opção pela compra de ações de forma onerosa, não pode ser fundamentação isolada para a configuração de fato gerador de contribuições previdenciárias, partindo da premissa de que toda a forma de STOCK OPTIONS, tende a remunerar, premiar o trabalhador pela prestação de serviços.

Embora, o contrato de concessão da opção por ações possa ter decorrido da prestação de serviços, trata-se, em sua origem conceitual, em regra, de típico contrato mercantil, desde que envolva riscos desde a sua concepção, submetendo o trabalhador, a volatilidade do mercado e a risco que estariam totalmente fora do controle da empresa e do próprio trabalhador.

(...)

Entendo que ao contrário dos prêmios, que são concedidos de forma gratuita, bastando o atingimento de metas, ou situação particular da prestação de serviços, no stock options (conceitualmente falando) o trabalhador pode ou não obter benefícios, e caso a opção lhe seja vantajosa, terá que pagar o preço de exercício estipulado, donde o seu caráter oneroso, afastaria a pretensão de reconhecimento da natureza de prêmio do plano de compra de ações.

Assim, ao eliminar o fator risco por meio, por exemplo, da concessão gratuita das ações ao empregado, os valores recebidos deixam de ter a característica de um contrato mercantil e passam a ter a característica de prêmios ou gratificações de cunho remuneratório. A questão central a ser analisada está relacionada ao valor do exercício de opção e quanto eventuais descontos concedidos pela companhia podem mitigar os riscos.

Outro indicativo da natureza remuneratória do plano estaria na vinculação do plano de opções ao estabelecimento de metas e avaliação de desempenho. Isso porque, como visto, o plano de opção por compra de ações não se assemelha ao prêmio (que possui natureza salarial), nem a participação nos lucros, uma vez que, nos dois casos, o pagamento do benefício condiciona-se ao desempenho do empregado.

Por fim, além da onerosidade e da vinculação de metas e avaliação de desempenho, outra questão relevante a ser analisada nas autuações de Stock Options refere-se ao momento da ocorrência do fato gerador. Isso porque, são frequentes as alegações por parte dos contribuintes no sentido de que, ainda que reconhecida a natureza remuneratória do plano de Stock Option, o aspecto temporal do fato gerador somente ocorreria no momento da venda das ações pelo empregado e não no momento do exercício da opção. A fiscalização, por sua vez, tem entendido que o fato gerador estaria concretizado com o mero transcurso do prazo de *lock up*, mesmo sem a comprovação do exercício de compra. Nesse ponto, mais uma vez esclarecedor o voto da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, no Acórdão n 2401-003.891:

Acho que o entendimento levado a efeito pela autoridade fiscal, encontra-se acertado. Ora, em que momento houve o “ganho”, ou conforme descrito anteriormente a remuneração indireta do trabalhador?

Acredito que, no momento em que houve o direito de opção (com o efetivo exercício) pela ações ocorreu, sim, o fato gerador, mesmo que não tenha havido a efetiva venda a terceiro, pois naquela oportunidade o mesmo integralizou a efetiva compra das ações sobre o preço de exercício, valor inferior aquela oportunidade ao preço de mercado, representando um ganho direto do trabalhador. Devemos, identificar que remuneração não é representada apenas por pecúnia, mas qualquer ganho, mesmo na forma de utilidades, como o caso de aquisição de ações. Conforme demonstrado acima, houve o desvirtuamento do stock options em sua natureza inicial, qual seja, mera operação mercantil, razão pela qual procedeu o auditor ao lançamento do ganho real, (diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado no momento da opção pela compra de ações.). Não tivesse ocorrido ditos fatos (acima apreciados) não se discutiria a ocorrência do fato gerador, posto que não restaria caracterizada a remuneração indireta.

(...)

DA INDICAÇÃO DO FATO GERADOR QUANTO AO TERMO "INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO DAS OPÇÕES PELO TRABALHADOR"

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.

Conforme indiquei como fundamento para definir a natureza salarial da verba, o exercício das opções que foram outorgada ao trabalhador, demonstra um ganho, considerando, dentre outros características o valor definido pela BM&F.

*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

Feitas essas considerações gerais, passarei a análise do plano de opções de compra de ações da Recorrente e dos fundamentos utilizados pela decisão recorrida para descaracterizá-lo.

3) DO PLANO DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES DO RECORRENTE

Conforme exposto no item anterior, dois elementos essenciais para caracterização são a onerosidade e ausência de vinculação à plano de metas.

Nesse ponto, entendo que, pela análise do relatório fiscal, tais situações não restaram suficientemente caracterizadas. A fiscalização centrou o caráter remuneratório no fato da situação benéfica oferecida pela empresa aos empregados em razão dos bônus concedidos e da ausência da taxa de juros praticada no empréstimo concedido, conforme se verifica pelos trechos abaixo transcritos:

18. Associado a estes critérios, os empregados tiveram os seguintes benefícios na aquisição das ações:

18.1. Pagamento em 12 parcelas fixas e sem juros, limitados a no mínimo R\$ 1.000,00 e no máximo R\$ 12.000,00 por empregado. Neste caso, além do pagamento sem juros, ao valor da aquisição foi aplicado um bônus de 6,72% (seis inteiros e setenta e dois centésimos por cento)

correspondendo ao pagamento de R\$ 24,85912 por ação, obtendo um ganho efetivo imeditado de R\$ 1,79088 por ação.

18.2. Utilizar recursos próprios disponíveis (pecúnica) ou vender vantagens ao BB, definindo estas vantagem (sic) como licença-prêmio, folgas e abonos de anos e acordos coletivos anteriores. Neste caso sobre valor dispendido pelo empregado foi concedido um bônus de 12% (doze por cento). Se o valor da ação é R\$ 26,65 o empregado pagou R\$ 23,452 por ação, obtendo um ganho efetivo imediato de R\$ 3,198 por ação.

19. O processo se iniciou em 14/06/2010 com a publicação do aviso ao mercado e a liquidação físico-financeira da oferta ocorreu no dia 06/07/2014, momento em que começou o 'look up' (sic) dos empregados que adquiriram ações com incentivo.

Entendo que os benefícios concedidos não retiraram o caráter oneroso e, por consequência, o risco do programa da Recorrente. O próprio relatório fiscal, reconhece que houve o pagamento por parte dos empregados. Além disso, os empréstimos concedidos não estavam vinculados à ocorrência de fatos futuros e incertos como, por exemplo, ganhos em vendas futuras ou pagamento de remunerações variáveis.

Por outro lado, não foi demonstrado no trabalho fiscal que a opção de compra de ações estariam vinculadas à programa de metas e resultados, que denotaria seu caráter remuneratório.

Ademais, a alegação da decisão recorrida no sentido a classificação adotada pela a CVM, nos itens 25.2 e 25.3 do OfícioCircular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 é enfática ao afirmar que se trata de uma forma de remuneração de executivos e empregados e não uma simples "operação de mercado" não é decisiva para caracterizar a natureza jurídica do pagamento.

Isso porque, mesmo que exista um pronunciamento formal da CVM definindo a natureza jurídica de determinado ato, tal pronunciamento não será vinculante quanto a sua natureza fiscal. Nesse sentido, elucidativo o exemplo da Deliberação nº 207/96 da CVM que disciplinou a natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio, sob o enfoque do acionista, como uma participação no resultado. A pretensão dos contribuintes era de que a referida deliberação fosse vinculante o que determinaria a identificação do JCP aos dividendos. No entanto, o Ministro Mauro Campbell, ao definir a natureza jurídica do JCP no julgamento do Recurso Especial nº 1.200.492/RS (submetido à sistemática do artigo 543- C do Código de Processo de Civil de 1973), fez clara distinção dos efeitos fiscais dos eventos societários, conforme se verifica pela seguinte passagem do seu aditamento ao voto:

Desse modo, optando-se por um conceito único de JCP, sacrificam-se, necessariamente, ou os propósitos tributários da Lei 9.249/95, ou os princípios societários, protegidos pelas Deliberações CVM nº 207/96 e 683/12.

A melhor solução, portanto, é a cisão dos efeitos produzidos pelo instituto jurídico para efeitos tributários e para efeitos societários. (grifamos)

Estas foram as razões trazidas pela conselheira relatora, porém prevaleceu na Turma o voto por dar provimento ao recurso nesse ponto sob diversa fundamentação - voto pelas conclusões - fundamentação a qual na sequência se explica.

O caso em foco trata não propriamente de plano de *stock options*, como se vislumbra ter sido a percepção da relatora, mas sim de distribuição pública primária e secundária de ações ordinárias de emissão da instituição financeira, ver fls. 339 e ss. Aliás, assim bem o percebeu a autoridade lançadora, vide Relatório Fiscal.

Tal situação em nada se confunde com os denominados *employee stock options*, acerca dos quais persiste controvérsia acerca de sua natureza, se operação mercantil, ou verba remuneratória. Não se encontram aqui conceitos como prazo de carência, preço de exercício, ou data de outorga de opções, tampouco.

Na verdade, oferta pública de ações é uma operação por meio da qual uma companhia promove a colocação de ações no mercado de capitais com o objetivo de captar recursos no mercado.

Ela assim o faz sob diversas considerações, mormente sob a ponderação de que tal captação é menos onerosa para a empresa do que as possibilidades alternativas de obtenção de capital, tais como a emissão de debêntures ou empréstimos bancários.

A tese da fiscalização parece basear-se no entendimento de que o oferecimento de condições mais favoráveis para a aquisição das ações voltado para os funcionários da instituição - "Plano de Incentivo", relativamente ao público em geral, implicaria em transformar eventuais financiamentos ou diferenças de preço constantes nessas condições em verbas de cunho remuneratório.

Com a devida vênia, e em que pese a bem aduzida argumentação veiculada no Relatório Fiscal, entende-se que os elementos probatórios não são suficientes para conclusão desse quilate.

Ao contrário do que usualmente ocorre com os *stock options plans*, aqui os destinatários da operação examinada não são funcionários em cargos diretivos ou gerenciais de uma determinada pessoa jurídica.

Com efeito, a operação não foi sequer estruturada objetivando alcançar o restrito público constituído pelos funcionários da empresa, mas sim todo e qualquer interessado em investir nas ações do Banco do Brasil.

Dentro desse amplo universo abrangido pela oferta pública, optou-se por conferir aos funcionários da instituição, seja qual fosse seu nível dentro da hierarquia da empresa, a possibilidade de adquirir as ações a preço diferenciado ou com financiamento.

Ainda assim, garantia nenhuma de rentabilidade na operação existia, estando esses funcionários impedidos de vender durante 120 dias as ações adquiridas - "lock-up de empregados" - em condições restritivas mais gravosas, na prática, do que as oferecidas ao público em geral, no tocante à alienação dos valores mobiliários. Isso é inteligível, posto que na oferta aos funcionários minorava-se o caráter especulativo da compra, prestigiando o investimento de médio e longo prazo.

Também inexistiu vestígio de sinalagma entre o desempenho individual do funcionário participante e as condições mais favoráveis de aquisição a ele ofertadas. Em outras

palavras, as condições de oferta não estavam atreladas à consecução de metas, seja individuais ou corporativas.

Ainda, e deves importante, não se verifica qualquer expectativa prévia do funcionário acerca de que viria a existir tal oferta pública de ações, ou seja, a pessoa que prestava concurso público para ingressar no Banco do Brasil não tinha incorporada, mesmo remotamente, a expectativa de que um dia poderia vir a adquirir ações do banco em oferta pública, em condições mais favoráveis. Se isso ocorria, diga-se, não resta provado nos autos.

Anote-se que bem diversa é, por exemplo, a situação de um executivo que passa a trabalhar em uma empresa, sabedor de que ela possui como política proporcionar a seus dirigentes a possibilidade de aderir a plano de outorga de opção de ações. Tal política de recursos humanos é certamente valorada pelo interessado, podendo inclusive consubstanciar-se em fator determinante para a escolha da empresa como empregadora.

Em suma, entende-se que, ainda que se reconheça haver sido proporcionada vantagem diferenciada aos funcionários da instituição financeira, resta claro ter ela se dado dentro de um contexto amplo de operação de mercado voltada ao levantamento de recursos junto ao público em geral, a saber, no bojo de oferta pública de ações.

Também não é constatável de maneira minimamente substancial o caráter contraprestativo do recebimento dessa vantagem face à relação laboral, não havendo, outrossim, suporte documental hábil a respaldar a compreensão de que haveria qualquer conhecimento prévio por parte dos trabalhadores da empresa, no que diz respeito a possibilidade de auferir ganhos do gênero.

Portanto os valores em questão tratam-se, à evidência, de ganhos eventuais, não sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, conforme disposto no item 7 da alínea 'e' do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91.

Em face de todo exposto, dou provimento ao recurso.

Eis o voto que me coube redigir.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson