



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.734908/2018-43
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.654 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2021
Recorrente MARCOS MARINHO LUTZ
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2013, 2014, 2016, 2017

PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. CARACTERÍSTICAS DE RISCOS, ONEROSIDADE E LIBERALIDADE EXISTENTES. NATUREZA MERCANTIL.

A concessão do plano tem como objetivo fomentar a visão empreendedora dos administradores, empregados e prestadores de serviços em concernência aos objetivos do empregador. Ao aderir ao programa o profissional sente-se estimulado a permanecer na empresa e trabalhar para a evolução dos resultados dos negócios, a fim de obter ganhos futuros com as vendas de ações.

Assim, conceitualmente, referidos planos de outorga de ações tem natureza de operação mercantil. Para que se verificasse alguma desvirtuação na sua concepção original, a acusação fiscal teria que ter apresentado elementos contundentes de desvirtuamento do plano que afastassem a natureza mercantil do negócio firmado pelos participantes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário e, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar-lhe provimento. Vencidos os Conselheiros Francisco Ibiapino Luz, Márcio Augusto Sekeff Sallem e Denny Medeiros da Silveira, que negaram provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Marcio Augusto Sekeff Sallem e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face da decisão da 18ª Tuma da DRJ/RJO, consubstanciada no Acórdão nº 12-106.025 (p. 728), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

Contra o contribuinte acima qualificado foi lavrado o Auto de Infração dos anos-calendário de 2013, 2014, 2016 e 2017 (fls. 306 a 319), com data de ciência em 02/10/18 (fls. 356 e 357), relativo à omissão de rendimentos do trabalho recebidos de pessoa jurídica.

O enquadramento legal e a descrição da infração tributária constam no Auto de Infração cujo crédito tributário lançado foi de R\$ 17.116.999,59.

O Termo de Verificação Fiscal foi juntado às fls. 323 a 351, no qual, em resumo, se extrai o que segue:

1. Nos anos-calendário 2013, 2014, 2016 e 2017 houve, por parte do contribuinte, o exercício fracionado da opção de compra de até 5.000.000 de ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio (250.000 adquiridas em 2013; 420.000 adquiridas em 2014; 580.000 adquiridas em 2016 e 500.000 adquiridas em 2017, todas subjacentes a esta stock option), outorgada a ele por essa empresa, no âmbito do Plano de Opção de Ações da Companhia, aprovado na AGE de 29/07/11, e do primeiro Programa de Outorga de Opção de Compra ou Subscrição de Ações da Companhia e mediante o Contrato de Opção de Compra de Ações, firmado entre as partes;
2. A fiscalização esclareceu que a opção de compra de ações é um instrumento patrimonial, existente tanto no mercado de capitais (chamada neste Termo, genericamente, de stock option mercantil) quanto no âmbito interno das empresas (employee stock option), representativo do direito de aquisição, desejada, de uma quantidade pré-determinada de ações ou outros títulos, por preço e em prazo também pré-fixados;
3. A stock option mercantil e a employee stock option possuem características próprias, específicas, que as diferenciam e lhes conferem naturezas jurídicas distintas e efeitos fiscais diferentes, como a seguir explicado;
4. A stock option mercantil proporciona ao investidor que a adquire, mediante o pagamento de um prêmio em dinheiro, o direito de comprar um lote de ações de outro investidor, com preço e prazo de exercício preestabelecidos contratualmente;
5. Deve estar claro, então, que qualquer investidor que possua conta em uma corretora pode ser titular ou lançador de stock option mercantil;
6. Embora a lógica financeira de base da opção de compra de ações mercantil seja a mesma que a da opção de compra de ações concedida pela empresa aos trabalhadores, há inúmeras diferenças relevantes que tornam esta (employee stock option) especial;
7. A possibilidade de definição das características da employee stock option, pelos acionistas (alguns dos quais são, muitas vezes, também os beneficiários), em assembleia-geral, assim como os propósitos intrínsecos deste instrumento patrimonial (atração e retenção seletivas de mão de obra), o tornam sui generis e personalizado no universo de cada empresa;
8. Uma diferença central é que a opção de compra de ações ou mercantil, transacionada publicamente, é habitualmente um instrumento financeiro padronizado, enquanto a stock option empresarial está sujeita a regras que podem ser ajustadas às necessidades específicas da empresa, expressas no chamado stock option plan;
9. A onerosidade também é uma das características que distinguem as duas espécies de stock options: a stock option mercantil é necessariamente onerosa, ao passo que a employee stock option é, via de regra, gratuita. Ou seja, no contexto do mercado de

capitais, o adquirente da opção de compra de ações paga um prêmio, isto é, uma retribuição pecuniária, para obter este direito, podendo exercê-la até a data de vencimento, previamente estipulada, ou revendê-la no mercado de capitais. Já no contexto empresarial, a stock option, na quase totalidade dos casos concretos, é gratuita e, ainda, incondicional ou condicional;

10. O período compreendido entre a outorga da stock option empresarial, a possibilidade de exercício desta e seu efetivo exercício (ou seja, o período de vigência desta stock option) é geralmente muito mais longo que o período de vigência das opções de compra mercantis;

11. Assim, os planos de opções de compra de ações para trabalhadores não permitem, em regra, que o trabalhador/beneficiário exerça sua stock option imediatamente, no momento da concessão, tendo em muitos casos de esperar por vários anos o implemento das condições suspensivas;

12. Em geral, a quantidade de ações subjacentes à opção de compra de ações outorgada pela empresa ao trabalhador segue uma ordem crescente em relação ao nível hierárquico e remuneratório do cargo ocupado pelo beneficiário, estando, pois, diretamente relacionada à posição institucional deste;

13. O desligamento espontâneo do trabalhador/beneficiário da empresa, contra a vontade desta, pode obstar ao exercício ou, no mínimo, ao pleno exercício de sua stock option;

14. Sempre tendo em vista o alcance da meta de valorização econômica da empresa, a maioria dos stock options plans estabelecem, expressamente, como finalidade, atrair e reter trabalhadores estratégicos, para obtenção dos relevantes serviços prestados por estes trabalhadores, que se tornam beneficiários dos SOPs. Se esta e outra finalidade, estabelecidas pelos stock options plans, forem atingidas, a empresa crescerá (isto é, a principal meta dos SOPs também será atingida) e o trabalhador, beneficiário, receberá uma contraprestação, pelo seu trabalho, por meio das ações adquiridas no exercício da employee stock option;

15. Assim, os pagamentos, por meio da concessão de employee stock options, feitos com base nos SOPs, nada mais são do que retribuição pelo trabalho prestado com vistas ao alcance da meta de crescimento econômico da empresa concedente;

16. A legislação comercial e fiscal brasileira corrobora essa assertiva, acerca da natureza remuneratória da stock option concedida pela empresa a pessoas a ela vinculadas;

17. A Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), prescreve que: "O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle" (art. 168, §3º);

18. Essa disposição legal expressa o propósito remuneratório embutido na concessão deste instrumento patrimonial, que pode ser outorgado pela empresa ao trabalhador "pessoa natural" (administrador, empregado ou prestador de serviços) em face do vínculo laboral existente entre ela e o beneficiário;

19. A CVM, por meio da Deliberação nº 650/10, aprovou o Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), acerca do reconhecimento e da divulgação, nas demonstrações contábeis da empresa, das transações em que o pagamento por serviços fornecidos é feito por meio de instrumentos patrimoniais (ações, opções de ações e outros que consubstanciem participação dos trabalhadores nos ativos da entidade). Embora esta deliberação não integre a legislação tributária, expressa o entendimento segundo o qual opções de compra de ações são concedidas aos trabalhadores como parte da remuneração destes, adicionalmente à remuneração básica (salário ou pró-labore) e a outros benefícios e vantagens (que é o mesmo adotado pela Administração Tributária), como se infere da seguinte citação:

"(...)

12. Via de regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são outorgados aos empregados como parte do pacote de remuneração destes, adicionalmente aos salários e outros benefícios. (...)Ademais, ações e opções de ações são, por vezes, outorgadas como parte de acordo de pagamento de bônus, em vez de serem outorgadas como parte da remuneração básica dos empregados. Objetivamente, trata-se de incentivo para que os empregados permaneçam nos quadros da entidade ou de prêmio por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade. Ao beneficiar os empregados com a outorga de ações ou opções de ações, adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios marginais. (...).

"(...)"

20. Desde 2005 (ou seja, anteriormente à aprovação do Pronunciamento Técnico CPC10 (R1)), a CVM já reconhecia a natureza remuneratória das employee stock options, como está expresso no item 25.3 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 1/05:

"(...)

25.3 O conceito de opção de ações como remuneração de empregados Na configuração mais comum, a opção de ações dá ao empregado o direito de comprar um certo número de ações da companhia a um preço fixo por um certo número de anos. O preço pelo qual a opção é concedida é usualmente o preço de mercado na data em que as opções são concedidas. A lógica deste benefício é a expectativa que o preço das ações subirá e os empregados poderão comprá-la pelo exercício (compra) a um preço mais baixo que foi referenciado no momento da concessão e vendê-lo pelo preço corrente do mercado, por exemplo. A concessão de ações aos empregados é considerada uma forma flexível de remuneração que pretende atrair e motivar os empregados concedendo uma parte do futuro crescimento da companhia. Essa forma também faz sentido para companhias abertas que pretendem manter uma forma contínua de remuneração e participação dos empregados na administração da companhia. A ideia geral é o benefício do aumento da produtividade e retenção de talentos adicionado à relativamente pequena diluição do capital através da concessão das opções em ações. O efeito positivo da remuneração aos empregados através da concessão de opções depende, em larga medida, da criação de um comprometimento real e significativo com os destinos da companhia. (...)"

21. Em sintonia com a legislação contábil brasileira, já harmonizada com as normas e os padrões contábeis internacionais (International Financial Reporting Standards (IFRS) 2 - Share-based Payment (BV 2010), emitido pelo International Accounting Standards Board (IASB)), a Lei nº 12.973/14, integrante da legislação tributária federal, dispõe, em seu art. 33, sobre a possibilidade de dedução, pela empresa/empregadora, das despesas, referentes à remuneração por meio de ações ou de opções de compra de ações (stock options), na apuração da base de cálculo dos tributos imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido. Assim, em consonância com a legislação contábil vigente, este dispositivo legal conferiu efeitos fiscais positivos à prática, pela empresa/empregadora, de remuneração de seus trabalhadores por meio de instrumentos patrimoniais (entre os quais as stock options);

22. Para o fim de se analisar a incidência do imposto de renda sobre fato semelhante, ocorrido no caso concreto (concessão de stock option, pela COSAN S.A Indústria e Comércio, ao contribuinte, e posterior exercício, por ele, desta), estes fundamentos jurisprudenciais, administrativos e judiciais, são importantes, haja vista ser, a remuneração, também fato gerador do imposto de renda, cujo espectro de incidência abrange, além da remuneração, em seu sentido técnico, os demais produtos do trabalho, exercido com ou sem vínculo empregatício, como rendimentos, proventos e vantagens. Portanto, apesar de existirem diferenças entre os fatos geradores destas contribuições sociais e do imposto de renda, que são espécies tributárias distintas, a remuneração, concedida pelo trabalho, insere-se no âmbito de incidência de ambos, sendo, estes precedentes, neste aspecto, relevantes para a presente análise;

23. Por fim e em face da importância da informação no contexto da presente análise, destaca-se que em Relatório Técnico elaborado por peritos, no âmbito da Comissão Europeia (Direção-Geral da Empresa), em junho de 2003, concluiu-se, entre outras questões, que os planos de opções de compra de ações constituem rendimentos do trabalho (item nº 3 das "Conclusões"). Há quase 15 anos, as employee stock options eram consideradas, no Relatório, uma forma relativamente nova de remuneração dos empregados;

24. Ou seja, o Relatório deixa claro que, há mais de 15 anos, os diversos países que já adotavam as employee stock options como instrumento remuneratório complementar dos trabalhadores as tributavam como rendimentos do trabalho;

25. Considerando-se as legislações, decisões judiciais e administrativas apresentadas, há que se afirmar que no Brasil não é diferente. As employees stock options têm, indubitavelmente, natureza remuneratória;

26. O contribuinte foi contemplado pelo Plano de Opção de Ações da Companhia, aprovado na AGE de 29/07/11 (constante do Anexo I da ata desta Assembleia), e pelo primeiro Programa de Outorga de Opção de Compra ou Subscrição de Ações da Companhia, posto e aprovado em reunião do Conselho de Administração realizada em 18/08/11 (constante do Anexo I da ata desta Reunião);

27. Essa stock option foi efetivamente exercida em:

- 25/04/13, adquirindo, o contribuinte, 250.000 ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio, relativas ao 1º lote, pelo preço unitário de R\$ 23,99 e total de R\$ 5.997.500,00 (pago em 02/05/13);

- 01/09/14, adquirindo, o contribuinte, 210.000 ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio, relativas ao 2º lote, pelo preço unitário de R\$ 24,70 e total de R\$ 5.187.000,00 (pago em 03/09/14 e em 10/09/14);

- 11/09/14, adquirindo, o contribuinte, 210.000 ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio, também relativas ao 2º lote, pelo preço unitário de R\$ 24,76 e total de R\$ 5.199.600,00 (pago em 16/09/14);

- 18/07/16, adquirindo, o contribuinte, 80.000 ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio, ainda relativas ao 2º lote, pelo preço unitário de R\$ 23,79 e total de R\$ 1.903.200,00 (pago em 15/07/16);

- 22/09/16, adquirindo, o contribuinte, 100.000 ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio, relativas ao 3º lote, pelo preço unitário de R\$ 24,02 e total de R\$ 2.402.000,00 (pago em 22/09/16);

- 17/10/16, adquirindo, o contribuinte, 400.000 ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio, também relativas ao 3º lote, pelo preço unitário de R\$ 24,04 e total de R\$ 9.616.000,00 (pago em 13/10/16 e em 20/10/16);

- 22/02/17, adquirindo, o contribuinte, 500.000 ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio, relativas ao 4º lote, pelo preço unitário de R\$ 23,65 e total de R\$ 11.825.000,00 (pago em 08/03/17).

28. Percebe-se, então, que a outorga da opção de compra de 5.000.000 de ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio ao contribuinte, aliada ao posterior exercício, fracionado, deste direito, foi uma forma autêntica de remuneração (e assim de renda);

29. Ocorreu em virtude, não apenas da persecução dos objetivos propostos pelo "Plano", mas, principalmente, do exercício, por ele, do importantíssimo cargo de Diretor-Presidente dessa Companhia, sendo, nitidamente, contraprestação econômica por este trabalho;

30. Não pode ser equiparada às opções de compra de ações negociáveis em mercado de capitais, que são objetos comerciais onerosos (adquiridos mediante pagamento de prêmio) e impessoais (isto é, ofertados, em condições de igualdade, a todos os interessados, segundo as regras mercadológicas), uma vez que, ao contrário destas, foi

destinada ao contribuinte em condições personalíssimas, pelo trabalho por ele realizado, adquirindo, assim que exercida, essência remuneratória;

31. Acerca desta última assertiva, percebe-se, pois, que, hipoteticamente, se não houvesse importante vínculo laboral entre o contribuinte e a COSAN S.A Indústria e Comércio, justificador do recebimento, por ele, da stock option em análise, e ele, ao invés de exercê-la, adquirisse, no mercado de capitais, nas mesmas datas de aquisição dos lotes da stock option, as mesmas quantidades das ações ordinárias da COSAN S.A Indústria e Comércio, haveria, de sua parte, um dispêndio correspondente aos preços de mercado das ações, os quais foram significativamente superiores aos preços de exercício da stock option. Nesta hipótese (que não se realizou), estar-se-ia diante de negócios mercantis. Mas, no caso concreto, como o contribuinte recebeu a stock option em contraprestação aos relevantes serviços prestados à COSAN S.A Indústria e Comércio, como Diretor-Presidente, ele, quando a exerceu, pagou, pelas ações a esta subjacentes, preços vultosamente inferiores (como já foi exposto);

32. Neste ponto da explanação, observa-se que o fato em análise (exercício, pelo contribuinte, de stock option a ele outorgada pela COSAN S.A Indústria e Comércio, em contraprestação ao exercício do cargo de Diretor-Presidente, por preços inferiores aos de mercado) coaduna-se com o conceito jurídico de renda (produto do trabalho, ou, em mais palavras, pagamento, em dinheiro ou em outros bens e direitos, pelo trabalho prestado, que acresce o patrimônio do trabalhador, independentemente da forma e da denominação adotadas) e subsume-se à norma jurídica (Código Tributário Nacional) que dispõe sobre o fato gerador do imposto de renda;

33. Por conseguinte, restou demonstrada a "natureza remuneratória da employee stock option", pois a stock option outorgada pela COSAN S.A Indústria e Comércio ao contribuinte integra seus rendimentos do trabalho, pertencentes ao âmbito de incidência do imposto de renda;

34. Então, o Fisco concluiu que o Sr. Marcos omitiu da ficha "Rendimentos Tributáveis Recebidos de Pessoa Jurídica pelo Titular", de suas DIRPF dos anos-calendário de 2013, 2014, 2016 e 2017, os montantes de R\$ 5.625.000,00 (ano-calendário 2013); R\$ 7.954.800,00 (ano-calendário 2014); R\$ 9.250.000,00 (ano-calendário 2016) e R\$ 8.795.000,00 (ano-calendário 2017);

35. Saliente-se, por fim, que o momento subsequente ao exercício da stock option, isto é, subsequente à ocorrência do fato gerador, em que o trabalhador beneficiário torna-se proprietário das ações subjacentes à stock option e as negocia, em bolsa ou no mercado de balcão, é irrelevante para a presente abordagem, que se foca na ocorrência do fato impositivo "auferir renda (produto do trabalho)". Assim, após o exercício da stock option, quaisquer outros negócios realizados pelo beneficiário que resultem em lucro ou em prejuízo provêm de relação jurídica distinta, formada entre o titular/alienante e o novo adquirente das ações;

36. Por conseguinte, a tributação da renda oriunda do exercício da stock option tem de se distinguir da tributação dos ganhos eventualmente resultantes das ações subjacentes a esta. Após a tributação dos rendimentos do trabalho auferidos com o exercício da stock option, a venda, por exemplo, das ações subjacentes a esta é uma decisão de desinvestimento por parte do trabalhador, da qual pode resultar ganho, sujeito à tributação específica;

37. Quando da posterior venda das ações, observa-se que, para a quantificação desta diferença positiva (ganho), que corresponde à base de cálculo do imposto de renda, deve-se adotar, para o cálculo do custo de aquisição (que é o subtraendo da operação), o custo médio ponderado da ação, multiplicado pelo número de ações vendidas;

38. Deve-se ressaltar que, na hipótese de o contribuinte ter apurado/recolhido o imposto de renda, incidente sobre o(s) ganho(s) obtido(s) com a venda das ações, adquiridas mediante o exercício de sua stock option (sob o código de receita 6015 "IRPF Ganhos Líquidos em Operações em Bolsa"), incorretamente (utilizando base de cálculo diversa da base de cálculo que resultaria do emprego do custo médio ponderado das ações

vendas calculado em consonância com a assertiva constante do parágrafo anterior), não será possível o abatimento, do crédito tributário lançado de ofício neste procedimento fiscal, de eventual(is) diferença(s) positiva(s), já que se tratam de fatos geradores distintos (recebimento de remuneração e ganhos líquidos em renda variável), submetidos a sistemáticas de tributação também diferentes (tributação submetida ao ajuste anual, com a aplicação da alíquota de 27,5% sobre a base impositiva, e tributação exclusiva/definitiva, com aplicação da alíquota de 15%, respectivamente) e informados à RFB em fichas distintas da DIRPF. Assim, nesta hipótese poderá o contribuinte pleitear, em procedimento administrativo próprio, a repetição ou a compensação da(s) diferença(as) positiva(s), correspondente(s) ao(s) valor(es) do tributo recolhido(s) em excesso.

A fiscalização, no Termo de Verificação Fiscal, citou diversas decisões administrativas e judiciais que corroboraram os seus argumentos; descreveu as condições e cláusulas do citado Plano de Opção de Ações da Companhia em comento e abordou a questão que envolve o momento de ocorrência do presente fato gerador.

Em 30/10/18, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 361 a 453, alegando, em síntese, o que segue:

1. Em resumo, de início na peça de defesa o contribuinte procurou descrever tudo o que ocorreu durante o procedimento fiscal;
2. Pede a nulidade da autuação em razão do erro na identificação do momento de ocorrência do fato gerador e da base de cálculo do tributo, nos termos expostos na peça de defesa;
3. Segundo a autoridade fiscal, o impugnante teria deixado de declarar como rendimentos do trabalho supostos ganhos obtidos ao adquirir ações da empresa Cosan S.A Indústria e Comércio mediante exercício de opções de compra de ações;
4. O fiscal entendeu que a base de cálculo do rendimento do trabalho supostamente auferido corresponderia à diferença entre o preço de aquisição das ações previamente estipulado ("preço de exercício") e o valor de mercado das ações na data de aquisição (data do "exercício");
5. A dissonância entre os critérios da CVM e aqueles adotados pela fiscalização conduzem para uma situação em que a pretensa remuneração atribuída a um único executivo, em 4 anos, alcançaria 68% do integral do Plano, atribuído para todos os diretores estatutários, até o ano de 2023;
6. É o que se infere do laudo anexo (doc. 03), contratado pela Cosan S.A para dimensionar o valor justo das opções de ações;
7. O impugnante agiu de maneira correta ao somente recolher o imposto de renda sobre o ganho de capital quando da alienação com lucro das ações adquiridas por meio do exercício da opção de compras de ações (doc. 04), pautado na jurisprudência majoritária vigente à época dos fatos, motivo pelo qual a autoridade fiscal não poderia ter lavrado o auto de infração;
8. Desde a celebração do Plano de Opção de Ações da Companhia, no ano de 2011, até os momentos de exercício das opções em 2013, 2014, 2016 e 2017, somente havia uma única decisão na RFB acerca da tributação pelo IRPF desse tipo de operação mercantil, o acórdão nº 01-13.567, de 14 de abril de 2009, da 3ª Turma da DRJ em Belém/PA;
9. A decisão foi que a tributação somente ocorreria na venda das ações com lucro, como ganho de capital, à alíquota de 15%, tendo assim também entendido o CARF, bem como a jurisprudência judicial;
10. Teria havido ofensa aos princípios da segurança jurídica, da legalidade estrita que vige em matéria tributária, por ofensa à impessoalidade e eficiência da Administração Pública. Corroborado esse entendimento pela Lei nº 13.655/18 (Lei da Segurança Jurídica), que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro);

11. Se a atividade do Judiciário está adstrita à observância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por qual razão uma Delegacia de Julgamento, um Tribunal Administrativo de revisão de lançamentos fiscais não estaria?;

12. Apesar da tese fiscal se basear no fundamento de que a outorga das opções constituiria as supostas remunerações pagas aos participantes do plano (aspecto material), que conduziria ao entendimento de que é a outorga o momento de ocorrência do fato gerador, a fiscalização elegeu, contraditoriamente, o momento da ocorrência do fato gerador como sendo aquele da transferência das ações ao impugnante (aspecto temporal);

13. Na hipótese de se atribuir à outorga de opção a natureza de remuneração, o que se admite apenas para fins de debate, a base de cálculo necessariamente deveria representar o valor deste contrato de opção (isto é, o valor justo, nos termos do CPC 10), como preveem as resoluções da CVM. O que não se verifica no presente caso, em que a autoridade fiscal igualmente se equivoca ao apurar a base de cálculo e o fato gerador;

14. A fiscalização se vale de manifestações da Comissão de Valores Mobiliários e do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que orientam o registro - exclusivamente para fins de mercado e contábeis - da implementação de planos de opções de compra de ações;

15. As disposições citadas, tanto da CVM, quanto do CPC 10, como também das próprias Lei nº 6.404/76 e 12.973/14, são claras em afirmar que, se remuneração fosse, seria o instrumento patrimonial - opção de compra - outorgado o bem utilizado como remuneração e na data da sua outorga, e não seus efeitos futuros, completamente incertos. Nesse sentido, se mostram cristalinas as disposições do item 5 do Sumário do Pronunciamento Técnico 10, preparado pelo próprio Comitê de Pronunciamentos Contábeis e disponibilizado em seu site (doc. 06);

16. Ora, pelas definições técnicas do CPC 10, aos quais, por falta de definições legais, a legislação tributária deve aderir, torna claro que o Contrato de Opção não se confunde com as ações propriamente ditas. Torna claro, ainda, que é esse o contrato que confere o direito, o que, na hipótese de considerar-se haver alguma remuneração, seria o fato gerador do tributo, como decorre do artigo 43 do CTN e como bem explanado nos itens 81 a 83 do TVF;

17. Nesse sentido, o artigo 33 da Lei nº 12.973, mencionada no item 51 do TDF, torna clara e inequívoca a dedutibilidade da despesa do instrumento patrimonial, que é, sem qualquer dúvida, aquela determinada no CPC 10. Aliás, a mencionada Lei decorre da conversão da Medida Provisória nº 627, cuja exposição de motivo (doc. 07), assinada pelo senhor Ministro da Fazenda, delineia o objetivo da mesma;

18. Portanto, o próprio Ministério da Fazenda, ao tratar da legislação tributária que aborda o pagamento baseado em ações, torna clara a submissão dos seus termos aos conceitos contábeis, implicando que o valor justo da operação, que a despesa para o outorgante e o aumento patrimonial do outorgado, é o valor que impacta o patrimônio líquido do outorgante, e não o potencial ganho na liquidação das ações. Não é o exercício das opções - compra das ações - que caracteriza a transferência patrimonial, fato gerador do imposto de renda para o outorgado, tanto que foi necessário introduzir dispositivo legal para reger a dedutibilidade da despesa;

19. Com isso, o fiscal ao eleger como fato gerador a compra das ações - e não o valor justo das opções - e como base de cálculo a diferença do valor de strike e a cotação de mercado - e o impacto no patrimônio líquido do outorgante - se distanciou dos conceitos vigentes na legislação tributária, comercial e contábil, eivando de vício insanável o combatido Auto de Infração;

20. Note-se que o próprio pronunciamento técnico utilizado pela Autoridade Fiscal como elemento de sua argumentação pelo caráter remuneratório das opções de compra de ações é explícito em afirmar que a mensuração dessa dita "remuneração" deve ser pelo seu valor justo, definindo como tal no Apêndice A do referido CPC como "o valor

pelo qual um ativo poderia ser trocado, um passivo liquidado, ou um instrumento patrimonial outorgado poderia ser trocado, entrepartes conhecedoras do assunto e interessadas, em uma transação sem favorecimentos", e que deve ser quantificado na data da outorga;

21. Quando da outorga das opções em análise, a Companhia registrou a outorga das opções como despesa pelo seu valor justo, reconhecendo a despesa com base no critério de competência, de modo a mensurar indiretamente - nos termos do CPC 10 - o serviço prestado (doc. 08). Nesse sentido, cabe ressaltar que a Companhia entendia - e ainda entende, em consonância à posição do impugnante - que a outorga de opções ao impugnante não representava remuneração. Não obstante, por estar sujeita aos regramentos contábeis do CPC 10 e das orientações normativas da CVM, vinculantes, procedeu ao registro da despesa e à sua divulgação nos meios exigidos (doc. 09);

22. Verifica-se de seus registros contábeis que a Companhia reconheceu as despesas por competência, ou seja, à medida que os "serviços" foram prestados (mensurando-os indiretamente, pelo valor justo dos instrumentos patrimoniais, como já exaustivamente enfrentado);

23. Nessa senda, se tal questão tem o condão de deslocar o momento de ocorrência do fato gerador, na esteira do quanto alegado pela Autoridade Fiscal, esse deslocamento ocorreria até o momento do reconhecimento de despesas pelo outorgante, e não pela efetivação da compra;

24. Assim, a lavratura do Auto de Infração com a identificação errônea do aspecto temporal do suposto fato gerador enseja o cancelamento da autuação fiscal, por se tratar de evidente vício material, com fulcro no já mencionado artigo 142 do CTN, impondo o reconhecimento de sua nulidade;

25. Se da análise das condições do plano e da outorga que com base nele é feita estiverem presentes os elementos do contrato mercantil, a saber, a voluntariedade, a onerosidade e o risco, então confirma-se a natureza mercantil do negócio. A conclusão será diversa se, na análise de cada caso particular, não se identificarem as características do contrato mercantil. Nesse caso é que poderá se cogitar de entrega de remuneração, e daí cada caso particular apontará para um momento de ocorrência do fato gerador e correspondente base de cálculo;

26. O entendimento pela natureza remuneratória dos planos somente será possível quando, após a análise detalhada de todas as características do plano da empresa, chega-se à conclusão de que os elementos do contrato mercantil, quais sejam a voluntariedade, a onerosidade e o risco, não estão presentes;

27. Na peça de defesa, fls. 399 a 420, o contribuinte traçou as principais características do Plano de Opção de Ações da Companhia, aprovado pela Assembleia Geral Extraordinária de 29/07/11 ("Plano") (doc. 10), e do Contrato de Opção de Compra de Ações firmado pelo impugnante em 22/08/11 (doc. 11). Tudo para justificar que o caso em comento não possui a natureza remuneratória como explanado pela fiscalização;

28. Contesta o fato de o Fisco ter considerado o exercício das opções como fato gerador do imposto de renda, pois esse não é nem o momento em que se adquiriu a disponibilidade econômica nem o momento em que se adquiriu a disponibilidade jurídica, que independe do ingresso de numerário em favor do impugnante, de acordo com o vasto argumento contido na impugnação às fls. 420 a 427;

29. Nas fls. 427 a 439, em sua peça de defesa, alega que a fiscalização cometeu uma inovação no tratamento tributário para o plano de opção de compras de ação, tendo em vista que a pretensão da autoridade fiscal não encontra amparo na legislação tributária. Na verdade, o que se pretende é implementar uma inovação ao estabelecer a presunção da ocorrência do fato gerador do imposto de renda com o único intuito de majorar a sua alíquota de 15% sobre o ganho de capital para 27,5% a título de uma suposta remuneração;

30. Conforme já exposto exaustivamente nos tópicos antecedentes, os Planos de Stock Options têm nítida natureza de "contrato mercantil", firmado entre partes distintas, sob

certas condições e com características específicas, quais sejam: voluntariedade, onerosidade e risco;

31. Caso mantida a autuação, seja reduzido o crédito tributário (valor principal do Imposto de Renda lançado) em razão do imposto de renda recolhido sobre o ganho de capital na alienação das ações a terceiros, em conformidade com os cálculos contidos nas páginas 78/81 e doc. 19;

32. Caso seja entendido pela impossibilidade de compensação do recolhimento a maior com crédito tributário objeto do presente processo, deve ser garantido o direito do impugnante em ter restituído os valores pagos a maior, com a fluência do prazo prescricional (5 anos), somente quando da possibilidade de exercício do direito de ação pelo impugnante, com o fim da discussão objeto do presente processo;

33. Aduz que o presente Lançamento configurou um confisco, nos termos do que consta na impugnação;

34. Cita diversos entendimentos doutrinários, decisões administrativas e judiciais, no intuito de corroborar os seus argumentos de defesa;

35. Por fim, pede que o Auto de Infração seja rechaçado com base em tudo que foi argumentado.

A DRJ, por meio do susodito Acórdão nº 12-106.025 (p. 728), julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2013, 2014, 2016, 2017

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Durante o procedimento fiscal o contribuinte teve oportunidade de apresentar os seus elementos de prova. Entretanto, é na fase impugnatória que o autuado pode exercer o seu pleno direito de defesa, podendo, inclusive, juntar aos autos toda documentação que julgar necessária. Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há como acatar a tese de nulidade do Lançamento.

PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS). RENDIMENTO DO TRABALHO. FATO GERADOR DO IMPOSTO SOBRE A RENDA.

O fato gerador do imposto sobre a renda ocorre automática e instantaneamente no momento da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, nele não interferindo qualquer atividade posterior do sujeito passivo ou ativo, ressalvadas as exceções legalmente expressas.

O valor relativo à outorga de Plano de Opção de Compra de Ações (stock options) a beneficiários eleitos pela Companhia integra os rendimentos tributáveis, pois é ofertado em função do trabalho em retribuição aos serviços prestados nas condições estipuladas pela empresa.

As stock options configuram contrato suspensivo, na forma do art. 125 do Código Civil (Lei nº 10.406/02), ocorrendo o acréscimo patrimonial relativo à outorga das opções de compra de ações no momento em que, findo o prazo de carência, o beneficiário exerce o direito à opção, adquirindo as ações pelo preço de exercício pré-estabelecido, inferior ao de mercado.

CITAÇÕES DOUTRINÁRIAS NA IMPUGNAÇÃO.

Não compete à autoridade administrativa apreciar alegações mediante juízos subjetivos, uma vez que a atividade administrativa deve ser exercida de forma plenamente vinculada, sob pena de responsabilidade funcional.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS.

As decisões administrativas e judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aplicam a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador e não ao aplicador da Lei.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão exarada pela DRJ, o Contribuinte apresentou o recurso voluntário de p. 762, esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos:

(i) Nulidade do Acórdão Recorrido — Necessidade de se Observar_ as Decisões Administrativas e Decisões Judiciais e os Comandos da LINDB (Aplicação do Artigo 24 do Decreto-Lei no 4.657/42 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — "LINDB");

(ii) Premissas Equivocadas Adotadas pela Autoridade Fiscal e Mantidas pela Turma Julgadora a quo - Nulidade do Auto de Infração: Acaso Houvesse Tributo Devido (o que não há) Erro Na Definição do Momento do Fato Gerador e da Base de Cálculo do Tributo;

(iii) Das Stock Options:

- Considerações Gerais Sobre Planos de Opção de Compra de Ações (Stock Options Plans) no Brasil;

- Principais Características do Plano de Opção de Compra de Ações;

- Presença dos Elementos Correspondentes ao "Contrato Mercantil" no Caso Concreto;

- Das Inconsistências na Caracterização do "Potencial Ganho" na Operação de Compra de Ações como "Rendimento do Trabalho";

- Impossibilidade de Adoção do Exercício como Suposto Fato Gerador - O Conceito de Renda e o Regime de Caixa Informador do IRPF;

- Do Regramento Fiscal dos Ganhos Líquidos nas Operações com Opções — IN RFB no 1.585/15;

- Da Inovação do Fisco - Do Tratamento Tributário Adequado ao Plano de Opção de Compra de Ações;

- Ilógica Classificação da Suposta Remuneração no Exercício das Opções;

- Redução do Crédito Tributário em Razão do Imposto sobre o Ganho de Capital Recolhido pelo Recorrente; e

- Observância do Princípio da Actio Nata para o Prazo Prescricional do Pedido de Restituição.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou contrarrazões (p.926) ao recurso voluntário.

É o relatório.

Fl. 12 do Acórdão n.º 2402-010.654 - 2ª Seção/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10880.734908/2018-43

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de Auto de Infração (p. 306), em decorrência da constatação, pela Fiscalização, da seguinte infração: omissão de rendimentos do trabalho recebidos de pessoa jurídica.

De acordo com a autoridade administrativa fiscal, o Contribuinte teria percebido rendimentos do trabalho nos anos de 2013, 2014, 2016 e 2017, em decorrência do exercício de opções de compra de ações que lhe foram outorgadas pela Cosan S.A Indústria e Comércio ("Cosan"), em decorrência de Programa de Opção de Compra ou subscrição de Ações da Companhia, aprovado em 18/08/2011, no âmbito do Plano de Opções de Compra de Ações aprovado em Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 20/07/2011.

Em sua peça recursal, o Contribuinte defende, em síntese, que:

(i) Nulidade do Acórdão Recorrido — Necessidade de se Observar as Decisões Administrativas e Decisões Judiciais e os Comandos da LINDB (Aplicação do Artigo 24 do Decreto-Lei no 4.657/42 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — "LINDB");

(ii) Premissas Equivocadas Adotadas pela Autoridade Fiscal e Mantidas pela Turma Julgadora a quo - Nulidade do Auto de Infração: Acaso Houvesse Tributo Devido (o que não há) Erro Na Definição do Momento do Fato Gerador e da Base de Cálculo do Tributo;

(iii) Das Stock Options:

- Considerações Gerais Sobre Planos de Opção de Compra de Ações (Stock Options Plans) no Brasil;

- Principais Características do Plano de Opção de Compra de Ações;

- Presença dos Elementos Correspondentes ao "Contrato Mercantil" no Caso Concreto;

- Das Inconsistências na Caracterização do "Potencial Ganho" na Operação de Compra de Ações como "Rendimento do Trabalho";

- Impossibilidade de Adoção do Exercício como Suposto Fato Gerador - O Conceito de Renda e o Regime de Caixa Informador do IRPF;

- Do Regramento Fiscal dos Ganhos Líquidos nas Operações com Opções — IN RFB no 1.585/15;

- Da Inovação do Fisco - Do Tratamento Tributário Adequado ao Plano de Opção de Compra de Ações;

- Ilógica Classificação da Suposta Remuneração no Exercício das Opções;

- Redução do Crédito Tributário em Razão do Imposto sobre o Ganho de Capital Recolhido pelo Recorrente; e

- Observância do Princípio da Actio Nata para o Prazo Prescricional do Pedido de Restituição.

Passemos, então, à análise dos argumentos de defesa do Recorrente.

Da Alegação de Nulidade do Acórdão Recorrido — Necessidade de se Observar as Decisões Administrativas e Decisões Judiciais e os Comandos da LINDB

Neste ponto, o Recorrente defende, em síntese, que *ao tempo (i) da aprovação do Plano e respectivo Programa de outorga as opções, bem como (ii) das outorgas efetivadas e (iii) dos respectivos exercícios, a jurisprudência majoritária sobre o tema (judicial e do CARF) proclama a natureza de contrato mercantil de planos de stock options. Portanto, o comportamento do contribuinte é amparado por orientação geral vigente à época, e posterior alteração de entendimento não pode alcançar os atos praticados sob o manto dessa orientação. A autuação afirma o contrário, pois sustenta a natureza remuneratória das employee stock options. Flagrante nulidade da autuação e da decisão da DRJ, por ausência de fundamentação de (suposta) alteração de entendimento.*

Pois bem!

Sobre o tema, socorro-me aos escólios do Conselheiro João Victor Aldinucci, objeto do Acórdão nº 2402-007.208, *in verbis*:

Basicamente, e no entender da recorrente, a revisão quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deve levar em consideração as orientações gerais da época, entre as quais se incluiria a jurisprudência judicial ou administrativa, tendo em vista a norma do art. 24 da LINDB. Veja-se o texto legal:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Em sendo assim, e de acordo com a tese do sujeito passivo, a observância do artigo retro mencionado implicaria afastar os efeitos do lançamento.

No entanto, entendo que o Código Tributário Nacional tem norma específica que regulamenta os efeitos das decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, os quais, inclusive, não coincidem com os efeitos a que se pretende atribuir através do art. 24 da LINDB.

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV – os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Sobre esse dispositivo, segue a inexcedível doutrina do Prof. Luís Eduardo Schoueri:

Deve-se atentar que meras decisões de órgãos julgadores administrativos não são as "normas complementares" a que se refere o Código. Apenas aquelas cuja eficácia normativa seja assegurada por lei é que ali estariam.

Assim, por faltar lei federal que dê eficácia normativa às decisões administrativas, em processos administrativos em geral não pode o contribuinte invocar, como razão para a adoção de determinado comportamento, o fato de um colegiado administrativo, em determinado caso, ter adotado tal entendimento. A tal contribuinte não virá em socorro o parágrafo único do artigo 100 do Código Tributário Nacional. Sua adoção consistente, entretanto, poderá indicar "prática reiterada", como se verá abaixo.

Tratando-se solução de consulta Cosit ou solução de divergência, seu efeito vinculante é assegurado no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, respaldando o sujeito passivo que a aplicar, independentemente de ser o consulente, nos termos do artigo 9º da Instrução Normativa (RFB) n. 1.396/2013, na redação dada pela Instrução Normativa (RFB) n. 1.434/2013.

Quer dizer, em confronto com o art. 100, a recorrente pretende atribuir eficácia normativa às decisões do Conselho, com efeitos ainda mais extensos do que aqueles atribuídos pelo Código (o art. 24 afastaria todo o lançamento, diferentemente do art. 100), o que me parece equivocado. Veja-se que a observância das decisões a que a lei atribua eficácia normativa excluiria a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização monetária, mas não o próprio tributo; e a doutrina retro mencionada evidencia que, "por faltar lei federal que dê eficácia normativa às decisões administrativas, em processos administrativos em geral não pode o contribuinte invocar, como razão para a adoção de determinado comportamento, o fato de um colegiado administrativo, em determinado caso, ter adotado tal entendimento".

O art. 146, inc. III, da Constituição Federal, preleciona que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, entre as quais se inclui a norma do art. 100 do CTN, que enumera as normas complementares das leis, das convenções internacionais e dos decretos.

Além disso, o próprio art. 146 do Código é claro ao determinar que a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução, de tal forma que tal modificação tem efeitos prospectivos, e não retroativos, ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente.

Por outro lado, a interpretação da recorrente não resiste às normas processuais que tratam, entre outras questões, das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, dos enunciados de súmula vinculante, dos acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, etc, estes sim de observância obrigatória por parte deste Conselho, ex vi do disposto no art. 62 do seu Regimento Interno.

No mais, adiro às seguintes razões de decidir, do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, no PAF 16561.720065/2013-82, neste ponto julgado por unanimidade de votos:

Não há como negar que o valor que se busca com tal norma é nobre, qual seja, o de garantir a segurança jurídica, em especial aos contribuintes que acabam por serem obrigados a interpretar e aplicar uma legislação tributária absolutamente complexa.

Entretanto, entendo que não se pode buscar, sob esse pretexto, ampliar o alcance ou impor a aplicação de uma norma (expressiva de um valor jurídico importante), sobre outras normas jurídicas já postas e absolutamente aplicáveis. Seria, a meu ver, buscar a segurança gerando ainda mais insegurança ao próprio sistema jurídico.

É fato conhecido que o contexto de criação da norma tiveram como pano de fundo os processos de controle das contratações públicas, em especial aqueles das instâncias de controle dos gastos públicos, como o TCU e a CGU.

Tal fato é manifestado claramente quando se aprecia a justificativa do PL, de autoria do Senador Antônio Anastasia:

Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho.

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica.

O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional.

Outrossim, exatamente por isso que o texto da norma fala em ato administrativo, contrato administrativo, ajuste administrativo, processo administrativo ou norma administrativa. É a conclusão que se chega da concordância verbal do dispositivo, bem como da interpretação sistemática do seu parágrafo único e demais artigos inseridos da alteração legislativa.

[...]

Como bem manifestado pela Conselheira Livia Di Carli em voto sobre o tema:

A entrega de declaração pelo contribuinte, pelo que se opera o "autolancamento" ou o "lançamento por homologação", não gera situação plenamente constituída, já que por definição a apuração feita pelo contribuinte é sempre provisória e precária, sujeita a homologação da autoridade competente, não havendo que se falar em "situação plenamente constituída" antes da homologação (expressa ou tácita) pela autoridade fiscal.

[...]

Entretanto, ressalto que o direito processual já estabelece uma lógica de precedentes (baseado no mesmo valor de segurança jurídica), a exemplo de decisões com repercussão geral ou as próprias súmulas administrativas vinculantes deste CARF.

Entretanto, em todos esses casos há um procedimento específico para sua produção, e defender a aplicação direta do art. 24 da LINDB me parece ser tentar burlar um sistema de precedentes já posto.

Ainda, necessário lembrar que o direito tributário possui regramento próprio na Constituição Federal que não pode ser ignorado, em especial quando se analisa a hierarquia das fontes normativas.

O artigo 146 da Constituição Federal estabelece que a edição de normas gerais em matéria tributária é matéria reservada à lei complementar. E tem uma razão de ser em função da repartição de competências tributárias entre diversos entes federativos.

É esse o status do Código Tributário Nacional e de qualquer norma que pretenda veicular norma geral em matéria tributária. Assim, já causa estranheza que o legislador tenha pretendido o alcance que defende a Recorrente por meio da edição de uma lei ordinária federal.

Ademais, merece menção que o Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da FGV Direito SP realizou recente colóquio com o objetivo de debater os possíveis impactos da Nova Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) no direito tributário

(<https://direitosp.fgv.br/evento/novaleideintroducaonormasdireitobrasileirolindbobjetivandoprincipiosestruturantesd>).

No referido evento, um dos idealizadores do projeto de lei que gerou a alteração da LINDB (Prof. Carlos Ari Sundfeld) ao ser indagado sobre a aplicação do art. 24 da LINDB ao processo administrativo tributário, foi contundente ao afirmar que no direito tributário já existem os artigos 100 e 146 do CTN que trazem o "mesmo valor" buscado pela LINDB, e que o art. 24 não se prestaria como algo novo, mas sim um reforço de aplicação à norma já existente.

Isto porque que o CTN possui regramento específico sobre a matéria, estabelecendo o artigo 100 que a observância das chamadas normas complementares (das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos) exclui tão somente a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. Jamais o principal de tributo.

Da mesma forma, o artigo 146 do CTN traz regramento próprio sobre o efeito intertemporal da introdução de novos critérios jurídicos – leia-se, nova interpretação – no processo de constituição do crédito tributário.

Ou ainda, o próprio art. 112 do CTN determina a interpretação mais benéfica ao contribuinte de normas que cominem penalidade.

Diante disso, dar ao artigo 24 da LINDB o alcance que a Recorrente pretende é, ao fim e ao cabo, acreditar que lei ordinária federal poderia trazer uma espécie de exceção à norma do artigo 100 do CTN, o que vai de encontro a regras básicas de interpretação das normas em um sistema constitucional complexo como o brasileiro.

Permito-me citar, novamente, trecho de voto da Conselheira Livia Di Carli sobre o tema:

o alcance pretendido pela Recorrente em nome da "segurança jurídica" acabaria por "engessar" o contencioso administrativo, impossibilitando-o de evoluir com eficiência, retirando dos debates tributários a tecnicidade da especialização dos Tribunais/Conselhos de Recursos Fiscais, que diuturnamente lidam com casos que envolvem critérios contábeis, situações e documentos específicos que o Poder Judiciário não tem condição (e nem estrutura) para analisar, o que acabaria por aumentar a vulnerabilidade dos contribuintes trazendo, veja só, insegurança jurídica.

Nesse contexto, entendo que uma interpretação do sistema jurídico constitucional, tributário e processual resulta na conclusão de que o art. 24 não tem os efeitos pretendidos pela recorrente.

Por fim, mas não menos importante, destaque-se o recente Enunciado de Súmula CARF nº 169, segundo o qual *o art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal*.

Neste espeque, nega-se provimento ao recurso voluntário neste particular.

Do Plano de Opção de Compra de Ações (Stock Options)

Conforme exposto linhas acima, de acordo com a autoridade administrativa fiscal, o Contribuinte teria deixado de declarar como rendimentos do trabalho supostos ganhos obtidos ao adquirir ações da empresa Cosan S.A. Indústria e Comércio, mediante exercício de opções de compra de ações.

Consoante Termo de Verificação Fiscal, tem-se, em resumo, que o Autuado foi remunerado por intermédio do exercício de opções de compra de ações, no âmbito do Plano de Opção de Ações da Companhia, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 29/07/2011, e do Programa de Opção de Compra ou Subscrição de Ações da Companhia, aprovado em 18/08/2011.

Outrossim, extrai-se ainda do susodito TVF que o rendimento do trabalho seria verificado, para fins de confirmação da ocorrência do fato gerador do IRPF e definição de seu momento, quando do exercício das opções outorgadas e, por conseguinte, aquisição das ações mediante pagamento do preço de exercício. É o que se infere, pois, do excerto abaixo reproduzido:

89. Torna-se claro que o efetivo exercício da stock option, pelo contribuinte — voluntário, dentro do prazo estipulado e mediante o pagamento dos preços previstos — completou o ciclo remuneratório e representou a remuneração, tributável (geradora do aumento patrimonial), correspondente às diferenças positivas entre os preços de mercado e os de exercício da stock option a que estas ações ordinárias estavam vinculadas. Ou seja, invertendo-se a lógica, ao exercer a stock option o contribuinte dispendeu (considerando-se, sempre, o período abrangido pelo procedimento fiscal):

A Fiscalização destacou ainda que a base de cálculo do rendimento do trabalho auferido corresponde à diferença entre o preço de aquisição das ações previamente estipulado ("preço de exercício") e o valor de mercado das ações na data de aquisição (data do "exercício"), *in verbis*:

96. O rendimento do trabalho auferido pelo Sr. Marcos com a opção de compra de ações outorgada a ele pela Companhia corresponde, no ano-calendário 2013, a R\$5.625.000,00, que é a diferença positiva entre: R\$11.622.500,00, que é produto da multiplicação do preço de mercado da ação da COSAN S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO em 25/04/2013 (R\$46,49) pelo número de ações adquiridas pelo contribuinte, subjacentes ao 1º lote da ,stock option (250.000), e R\$5.997.500,00 que é o preço de exercício da stock option, efetivamente pago por ele em 02/05/2013, por estas 250.000 ações.

O Recorrente, por seu turno, defende, pelas variadas razões esgrimidas em seu recurso voluntário, que as stock options não teriam natureza remuneratória, mas sim mercantil.

Pois bem!

Sobre o tema, socorro-me mais uma vez às razões de decidir do Conselheiro João Victor Aldinucci, objeto do já mencionado Acórdão nº 2402-007.208, *in verbis*:

Em planos de tal natureza, a fiscalização da Receita Federal do Brasil acaba tributando um ganho decorrente do mercado de capitais, pois toma por base a diferença positiva entre o preço de mercado das ações na data do exercício e o preço das ações na data da outorga das opções (preço de exercício).

O rendimento, nessa hipótese, não é oferecido e nem pago ou creditado pela empresa, mas sim pelo mercado acionário, em decorrência do aumento do valor do ativo ação em razão de fatores mercantis, inclusive de fatores macro e microeconômicos, que fogem completamente ao controle da companhia.

Desta forma, aquela utilidade à que se referiu a autoridade administrativa no termo de verificação fiscal não foi diretamente oferecida pela autuada, mas sim pelo mercado acionário, que atribui, desde a data da outorga até a data do exercício, uma valorização decorrente de mecanismos ou de fatores de oferta e procura que puxam para cima o valor do ativo em questão, em linha ascendente de valorização.

As milhares de operações realizadas em bolsa de valores pelos diversos agentes (tais como investidores, especuladores, fundos de investimentos, corretores, etc) impactam diretamente o valor das ações, que, sabidamente, oscilam muito ao longo do dia.

Essa oscilação, como dito, ocorre não apenas como resultado de fatores inerentes ao cotidiano da companhia (perspectivas gerais de longo prazo, qualidade da administração, força financeira, estrutura de capital, histórico de dividendos, taxa de dividendos, etc), mas também como resultado de fatores externos à empresa, atinentes ao mercado doméstico (juros internos, inflação, grau de endividamento, grau de

investimento, avaliação setorial, estabilidade econômica e política, etc) e internacional (juros do tesouro americano, valor do dólar no mercado internacional, conflitos comerciais, estabilidade econômica mundial, maior ou menor aversão ao risco, etc).

Ou seja, tributar a variação das ações nesse período é tributar um ganho que, em verdade, não foi realmente oferecido, pago ou creditado pela empresa que outorgou as opções, mas sim pelo mercado como um todo.

Para ter-se uma noção exata do que se afirmou, bem como da complexidade e da variedade dos fatores que impactam o valor da ação, vale colacionar o excerto abaixo, extraído de um dos melhores livros de investimentos já escritos, de autoria de Benjamin Graham:

O analista de títulos lida com o passado, o presente e o futuro de qualquer determinado valor mobiliário. Ele descreve a companhia; resume os resultados de suas operações e posição financeira; apresenta os pontos fortes e fracos, as perspectivas e os riscos; estima sua lucratividade futura com base em vários pressupostos ou como um "melhor palpite". Ele faz comparações detalhadas entre várias companhias ou analisa uma mesma companhia em momentos diversos. Finalmente, ele expressa opinião em relação à segurança do papel, caso seja uma obrigação ou ação preferencial de empresa com grau de investimento, ou em relação à sua atratividade, caso seja uma ação ordinária.

Ao fazer tudo isso, o analista de títulos utiliza várias técnicas, abrangendo da mais elementar à mais obscura.

Em sendo assim, os planos de opções de ações outorgados no contexto da relação de trabalho são de natureza mercantil e, em regra, são acessórios ao contrato laborativo, com a finalidade de estimular os empregados a serem mais produtivos e comprometidos com o negócio da empresa, já que passam a ter uma participação acionária.

A luz da fundamentação supra, ora adotada como razões de decidir, tem-se que, em relação à natureza das referidas opções de compra de ações, a jurisprudência que se formou em torno do tema preconiza, *a priori*, a natureza mercantil do contrato de outorga de opções de compra de ações para empregados e administradores, a depender da análise de cada caso particular.

De fato, se da análise das condições do plano e da outorga que com base nele é feita estiverem presentes os elementos do contrato mercantil, a saber, a voluntariedade, a onerosidade e o risco, então se confirma a natureza mercantil do negócio.

Por outro lado, se da referida análise não se identificarem as características do contrato mercantil supra mencionadas, poder-se-á afirmar, então, em remuneração pelo trabalho.

Desse modo, o entendimento pela natureza remuneratória dos planos de opções de compra de ações somente será possível quando, após a análise detalhada de todas as características do mesmo, chega-se à conclusão de que os elementos do contrato mercantil, quais sejam a voluntariedade, a onerosidade e o risco, não estão presentes.

Não parecer ser esta, entretanto, a hipótese dos presentes autos.

No caso em análise, tem-se que o Plano de Opção de Ações da Companhia, prevê a possibilidade de serem outorgadas opções de compra de ações aos empregados, administradores e prestadores de serviço da Companhia, com o objetivo de conceder "*a oportunidade de se tornarem acionistas da Companhia, obtendo, em consequência, um maior alinhamento dos interesses desses administradores, empregados e prestadores de serviços com os interesses dos acionistas e compartilhando dos riscos do mercado de capitais*".

Verifica-se, assim, que a opção de compra de ações não foi outorgada ao Contribuinte para remunerá-lo ou retribuir por algum serviço prestado. Trata-se, em verdade, de uma oportunidade para compartilhar de risco do negócio e, se alcançado o seu crescimento, partilhar dos resultados na condição de acionista.

Nos termos do Plano, verifica-se também que o beneficiário deverá assinar contrato de opção, aderindo, expressamente, aos seus termos e declarando-se ciente de todos os seus termos e condições, inclusive as restrições nele contidas, restando, assim, caracterizada a voluntariedade inerente ao referido Plano.

De fato, uma vez indicado o trabalhador a quem será ofertada a outorga da opção, o beneficiário, **caso tenha interesse em participar do plano**, deverá firmar o competente contrato de adesão com a Companhia, onde conterá todos os termos e condições.

Quanto ao preço de exercício das opções, de acordo com o Item 5.2 do Plano, este será equivalente ao valor médio das ações dos últimos 30 pregões anteriores à concessão da opção, podendo ser atualizado com base na variação de um índice de preços. Observe-se, sob esse prisma, a nítida onerosidade do Plano, que prevê preço de exercício baseado em cotações das ações no mercado acionário no momento da outorga.

No que tange ao pagamento, o Plano estabelece que o preço de subscrição ou de compra de cada ação somente poderá ser pago à vista, em moeda corrente nacional. Ou seja, no ato de compra ou subscrição das ações, o Contribuinte deveria desembolsar recursos próprios e no montante integral. Verifica-se, assim, o caráter oneroso do Plano em análise.

Por fim, mas não menos importante, cumpre destacar que, desde o momento da outorga das opções, com o consequente estabelecimento do preço de exercício, o participante já corre risco, pois, após o cumprimento do período de *vesting*, as ações podem sofrer desvalorização. É evidente, pois, o risco do negócio jurídico das opções de compra de ações, na medida em que é uma oportunidade de investimento influenciada por diversos fatores, especialmente pela oscilação de valores de ações inerente ao mercado acionário, conforme já fundamentado no mencionado Acórdão nº 2402-007.208.

Neste espeque, resta claro e evidente a natureza mercantil dos instrumentos comerciais em análise.

Longe de se configurarem meras assertivas teóricas, confira-se a recente jurisprudência dos nossos tribunais:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - NÃO RECONHECIDA - **STOCK OPTIONS PLAN – CONTRATO MERCANTIL - OPÇÃO DE COMPRA - IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF) - NÃO INCIDÊNCIA**

Preliminar de falta de interesse de agir dos agravados não reconhecida. **A opção de compra de ações da empresa (stock options plan) pelo empregado tem natureza mercantil não sendo hipótese de incidência de imposto de renda pessoa física.**

Agravo de instrumento desprovido.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região 2ª Turma AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007374-93.2019.4.03.0000 RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES – Data: 21/09/2021)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - STOCK OPTIONS – CONTRATO MERCANTIL - IMPOSTO DE RENDA - OPÇÃO DE COMPRA - NÃO

INCIDÊNCIA - VENDA - GANHO DE CAPITAL - IMPOSTO DE RENDA –
INCIDÊNCIA.

A opção de compra de ações da empresa (stock options) pelo empregado tem natureza mercantil afastando a incidência de imposto de renda. Não há que falar na incidência de imposto de renda no exercício da opção de compra das "stock options". Alegam os Agravados que auferiram ganho de capital na venda dos ativos em comento, devendo incidir o imposto de renda sobre o ganho de capital. Agravo de instrumento desprovido.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região 2ª Turma AGRADO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007541-13.2019.4.03.0000 RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES – Data: 26/08/2021)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PLANO DE INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL ACIONÁRIO. OUTORGA DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. "STOCK OPTION PLAN". REMUNERAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO DE TRABALHO. NÃO CONFIGURADA. CONTRATO DE NATUREZA MERCANTIL. GANHO DE CAPITAL. ALÍQUOTA DE 15%. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. O plano de opção de compra de ações ("stock option plan") caracteriza-se pela possibilidade dada a executivos, diretores e determinados empregados de obterem lucros com as ações da companhia em que trabalham. Contribui para a permanência dos participantes do plano nos quadros da sociedade e reflete diretamente no crescimento da empresa. 2. Trata-se de relação contratual para concessão futura do direito de compra de ações a profissionais de alta qualificação no mercado de trabalho que, depois de preenchidos os requisitos estabelecidos, podem ou não exercer a prerrogativa mediante o pagamento de um preço prefixado, ou seja, negocia-se o direito de comprar uma ação a preço fixo, em data futura. **3. Apesar do Plano de Opção de Compra de Ações se inserir em uma relação de emprego, não está diretamente atrelado ao contrato de trabalho, sendo que a imprevisibilidade do resultado da operação refuta a ideia de remuneração por serviços prestados. Isso porque, ao aderir ao Plano, o interessado o faz de forma voluntária, assumindo o risco do mercado financeiro. 4. Ademais, o empregado que adere ao Plano não recebe as ações da empresa de forma gratuita. Na verdade, desembolsa um valor para adquirir os títulos, constituindo oportunidade de investimento. Portanto, não há como considerar tal procedimento como contraprestação pelo trabalho prestado.** 5. Presentes, portanto, a voluntariedade na adesão, onerosidade na outorga das ações e risco quanto à variação de preço das ações, características típicas de um contrato mercantil. 6. O titular desse direito deve ter a faculdade de utilizá-lo segundo e quando entender conveniente. Assim, o fato gerador do imposto de renda se dá na alienação das ações em valor superior ao da aquisição, na forma de ganho de capital (diferença positiva entre o preço de alienação das ações e o correspondente custo de aquisição) sujeito à tributação pelo imposto de renda à alíquota de 15% (quinze por cento). 7. Apelação e remessa oficial não providas.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região 4ª Turma APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001768-54.2018.4.03.6100 RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA – Data 01/06/2020)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PLANO DE OUTORGA DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. CONTRATO DE NATUREZA MERCANTIL. NATUREZA NÃO REMUNERATÓRIA. RENDIMENTO DECORRENTE DO TRABALHO. NÃO CARACTERIZADO. REEXAME DO JULGADO. INADEQUAÇÃO DA VIA. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. O Stock option possui natureza de contrato mercantil, vez que presentes as características inerentes ao mencionado instituto, quais sejam, onerosidade,

voluntariedade e risco, que são suficientes à descaracterização do resultado auferido pelo trabalhador como remuneração. 2. O referido Programa (stock options) constitui relação jurídica distinta da relação de emprego, cuja adesão depende da voluntariedade dos empregados interessados em assumir o risco do mercado financeiro, não se traduzindo em espécie de contraprestação laboral. 3. A caracterização dos stock options como contrato de natureza mercantil, se revela quando se encontram presentes as características inerentes ao mencionado instituto, quais sejam, onerosidade, voluntariedade e risco. 4. O empregado quando adere ao plano de opções, desembolsa um valor para adquirir as referidas ações, não há um recebimento de forma graciosa de ações pelo beneficiário, portanto, não há como considerar tal ato como contraprestação por um labor em prol da empresa. 5. Não existe, qualquer garantia para o empregado de que no momento as vendas das ações haverá uma valorização das mesmas. Assim, é certo que há um risco para o adquirente/optante do plano de ações ao optar pelo negócio, fato que por si só, também afasta a caracterização desta como remuneração. 6. Não se vislumbra que os stock options estão implicitamente inseridos nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 457 da CLT, que dispõe quais importâncias poderão integrar o salário, pois, as referidas opções de compra não se caracterizam como comissões, nem gratificações, abonos ou prêmios, tampouco, salário-utilidade, já que o empregado/administrador ao adquirir as ações, adquire onerosamente, podendo, no futuro, lucrar ou não com elas.

(...)

(Tribunal Regional Federal da 2ª Região 4ª Turma Especializada APELAÇÃO CÍVEL Nº 0140420-90.2017.4.02.5101 RELATOR: DES. FED. MARCUS ABRAHAM – Data 06/12/2018)

Por fim, mas não menos importante, cumpre destacar que também o TST já reconheceu a inexistência de caráter contraprestacional às *stock options* e decidiu que o ganho, nesses casos, é oferecido pelo mercado, e não pela empresa. É o que se depreende da ementa abaixo, no ponto que interessa ao presente processo:

[...]

5. PLANO DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. INTEGRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

Em que pese a possibilidade da compra e venda de ações decorrer do contrato de trabalho, **o trabalhador não possui garantia de obtenção de lucro, podendo este ocorrer ou não, por consequência das variações do mercado acionário, consubstanciando-se em vantagem eminentemente mercantil.**

Dessa forma, o referido direito não se encontra atrelado à força laboral, pois não possui natureza de contraprestação, não havendo se falar, assim, em natureza salarial. Precedente.

[...]

(Numeração Única: RR 20100002.2008.5.15.0140, Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de julgamento: 11/02/2015, Data de publicação: 27/02/2015, Órgão Julgador: 5ª Turma)

Neste contexto, em face das razões supra deduzidas, impõe-se o provimento do recurso voluntário do Contribuinte.

Conclusão

Ante o exposto, concluo o voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, cancelando-se o lançamento fiscal.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior