



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13855.722675/2013-27
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-006.249 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de março de 2020
Recorrente PEDRO SAMPAIO MALAN
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008, 2009

FATO GERADOR DO IRRF. OCORRÊNCIA INDEPENDENTEMENTE DO EXERCÍCIO DA OPÇÃO DE AÇÕES.

O fato gerador do IRRF em relação ao plano de *stock options* ocorre quando apurado ganho pelo trabalhador no momento em que exerce o direito de opção em relação às ações que lhe foram outorgadas.

O lançamento deve ser considerado improcedente na hipótese em que a autoridade fiscal labora com a premissa de que o fato gerador do IRRF no âmbito das *stock options* ocorre na data de vencimento da carência, independentemente do exercício das ações.

Recurso Voluntário Provido.

Crédito Tributário Extinto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sávio Salomão de Almeida Nóbrega - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiyama, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração que tem por objeto crédito tributário de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF relativo aos anos-calendário 2008 e 2009, constituído em decorrência da apuração de omissão de rendimentos do trabalho com vínculo empregatício recebidos na forma de concessão de opções de compra de grupos de ações (*units*), do que resultou na formalização da exigência fiscal no montante total de R\$ 4.070.956,05, sendo que R\$ 1.880.749,92 correspondem à cobrança do imposto suplementar, R\$ 779.643,69 são relativos à incidência dos juros de mora e R\$ 1.410.562,44 dizem respeito à aplicação de multa de ofício no percentual de 75% (fls. 627/638).

Conforme se pode observar do *Termo de Verificação Fiscal* juntado às fls. 639/668, a autoridade fiscal informou, inicialmente, que através do Termo de Início de Fiscalização e Intimação Fiscal (fls. 2/4) e Termo de Intimação Fiscal n. 02 (fls. 46/48), o ora recorrente havia sido instado a apresentar documentos e informações referentes aos Planos de Opção de Compra de Ações celebrados, respectivamente, com as empresas UNIBANCO S.A., ITAÚ UNIBANCO S.A. e ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A., e que, a propósito, tais empresas também foram intimadas a apresentar documentos e informações correspondentes às opções de ações que haviam sido outorgadas ao ora recorrente, conforme se pode verificar dos *Termos de Diligência Fiscal* juntados às fls. 57/60, 576/578 e 593/595.

A partir do exame (i) das respectivas respostas prestadas tanto pelo ora recorrente quanto pelas referidas empresas, (ii) dos *Contratos de Opção de Compra de Ações* datados de 10.03.2003 e de 01.02.2005 e (iii) dos respectivos *Regulamentos* apresentados pelo ora recorrente e pelo UNIBANCO S.A., constatou-se que o UNIBANCO S.A. e o UNIBANCO HOLDINGS S.A. outorgaram ao recorrente as seguintes opções de compra de *units*:

“Outorga contratada em 2003 – opção de compra de 38.000.000 ações ordinárias e 38.000.000 de ações preferenciais de emissão do UNIBANCO e 38.000.000 de ações preferenciais do UNIBANCO HOLDINGS, de forma a compor 38.000.0000 de UNITS, que após os devidos ajustes de eventos, passaram a corresponder a 633.333 UNITS. Em 06/05/2008 venceu o prazo de carência para o exercício de 253.332 UNITS; e

Outorga contratada em 2004 – opção de compra de 7.000.000 de ações ordinárias e 7.000.000 de ações preferenciais de emissão do UNIBANCO e 7.000.000 de ações preferenciais do UNIBANCO HOLDINGS, de forma a compor 7.000.000 UNITS, que após os devidos ajustes de eventos, passaram a corresponder a 140.000 UNITS. Em 18/07/2008 e 18/07/2009 venceu, em cada data, o prazo de carência para o exercício de 46.666 UNITS.”

A autoridade autuante destacou, ainda, que, após os prazos de carência das opções, o ora recorrente acabou se tornando detentor do direito de adquirir as respectivas opções de compra de *units*, bem assim que tais opções possuíam natureza de bens com valores econômicos próprios, já que, corroborando este fato, o próprio contribuinte havia informado sobre a aquisição das opções nas respectivas *Declarações do Imposto de Renda Pessoa Física - DIRPF* dos anos-calendário 2008 e 2009, sendo que, no entendimento da autoridade fiscal, as opções de compra de *units* foram consideradas como remunerações recebidas por serviços prestados e, por isso mesmo, encontravam-se sujeitas à incidência do imposto de renda.

Após verificar as DIRPF's dos anos-calendário 2008 e 2009, a autoridade acabou constatando que o ora recorrente não havia submetido as remunerações recebidas a título de opções de compra de *units* à tributação do imposto de renda, restando-se configurada, portanto, a omissão de rendimentos recebidos do UNIBANCO na forma de opções de compra de ações/*units*. A rigor, a base de cálculo do imposto de renda devido sobre a respectiva remuneração recebida a título de opções de compra de *units* restou apurada a partir da multiplicação entre a quantidade de opções de *units* outorgadas e passíveis de exercício pela diferença entre o preço de mercado da *unit* e o preço de exercício da opção, correspondentes ao dia imediatamente posterior ao término do prazo de exercício (ou prazo de carência).

Com efeito, a base de cálculo do imposto foi apurada no montante de R\$ 6.001.482,62 (= 5.363.371,74 + 683.110,88) e R\$ 837.608,03, correspondentes, respectivamente, aos anos-calendário 2008 e 2009. E, aí, a autoridade acabou lavrando o respectivo Auto de Infração com fundamento nos artigos 37, 38, 43, 55, incisos I a IV, VI, IX a XII, XIV a XIX, 56 e 83 do RIR/99, aprovado pelo Decreto n. 3.000/99, combinado com o artigo 1º, incisos II e III e parágrafos únicos da Lei n. 11.482/07, sendo que a multa de ofício foi aplicada com base no artigo 44, inciso I da Lei n. 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei n. 11.488/07.

O ora recorrente foi notificado da autuação fiscal e apresentou impugnação de fls. 671/704, suscitando, em síntese, as seguintes alegações:

I. Da inocorrência do fato gerador do IRPF:

(i) Das peculiaridades do plano de outorga de opções de compra de ações mantido pelo UNIBANCO:

- Que no que diz com o momento da ocorrência do fato gerador, a autoridade autuante invocou o artigo 125 do Código Civil, cumulado com os artigos 114, 116, inciso II e 117, inciso I do CTN, sendo que, sob tal perspectiva, já se verifica o absurdo de se pretender considerar como rendimento do beneficiário na data do vencimento do prazo de carência a diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado da totalidade das opções de compra exercidas, de modo que não há como se pretender ver auferida suposta remuneração pelo simples fato de o beneficiário ter tido, em determinado momento, a possibilidade de pagar ações, já que essa possibilidade é absolutamente precária enquanto não exercida; e

- Que mesmo se fosse possível considerar como remuneração eventual diferença positiva quanto à parcela disponível, é condição para sua aferição a aquisição de igual quantidade de ações sobre as quais o beneficiário somente terá disponibilidade dois anos depois, o que poderá acabar obrigando o beneficiário a auferir um prejuízo real (se o valor da ação estiver inferior ao valor de aquisição) que poderá ser, inclusive, superior à diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado na data do exercício ou na data do vencimento do prazo de carência.

(ii) Das peculiaridades inerentes às opções exercidas pelo impugnante no caso concreto:

- Que, segundo a autoridade fiscal, ao adquirir o direito de opção das ações o impugnante poderia exercê-las no dia imediatamente posterior ao

vencimento da carência, todavia, no caso concreto, não foi isso o que ocorreu, mesmo porque em cada exercício metade das ações compradas só poderia ser vendida “*no final do segundo ano após a aquisição*” (item 4.7.1 do Regulamento do “Plano de Compra de Ações Unibanco – Performance”), ou seja, no final de 2010;

- Que relativamente às 253.333 UNITs com data de vencimento de carência em 06.05.2008, exerceu, em 30.05.2008, opção de compra no que diz com apenas 2.600 UNITs e que, quanto às UNITs restantes, somente em 06.05.2009 foram exercidas as opções relativas a 144.173 das ações (correspondentes às UNITs remanescentes em razão de eventos societários), cabendo esclarecer, de plano, que nesta mesma data vendeu igual número de ações, metade correspondente à metade disponível das ações adquiridas, e a outras metade correspondente a UNITs adquiridas em anos anteriores, tendo oferecido à tributação o ganho de capital até então apurado;

- Que em relação às 46.666 UNITs com data de vencimento de carência em 18.07.2008, exerceu as respectivas opções de compra apenas em 19.08.2009, quer dizer, mais de um ano depois, não tendo, naquela data, vendida nenhuma das ações então adquiridas;

- Que quanto às 46.666 UNITs com data de vencimento de carência em 18.07.2009, exerceu as respectivas opções de compra apenas em 14.04.2010, ou seja, quase um ano depois, não tendo, também naquela data, vendido quaisquer das ações então adquiridas; e

- Que ainda que a tese adotada pela autoridade fiscal fosse considerada procedente, no caso concreto os ganhos de capital efetivamente apurados e oferecidos à tributação deveriam ter sido subtraídos ou abatidos da base de cálculo do tributo ora exigido, sob pena de exigência de pagamento de tributo em duplicidade.

II. Da não incidência de juros de mora sobre multa de ofício:

- Que a legislação de regência não autoriza a incidência de juros sobre o valor da multa, mas, apenas, sobre o valor do tributo ou da contribuição, sendo que os débitos de tributos e contribuições e de multas (penalidades) têm causas diversas e, portanto, não se confundem, conforme determina o artigo 3º do CTN;

- Que a única interpretação possível do artigo 61 da Lei n. 9.430/96 é aquela que autoriza a incidência de juros somente sobre o valor dos tributos e contribuições, e não sobre o valor da multa de ofício lançada, até porque referido artigo está a disciplinar os acréscimos moratórios incidentes sobre os débitos em atraso que ainda não foram objeto de lançamento; e

- Que o artigo 43 da Lei n. 9.430/96 vem evidenciar ainda mais que o artigo 61 da Lei n. 9.430/96 prevê a cobrança de juros unicamente sobre o valor dos tributos e contribuições.

Os autos foram encaminhados para apreciação da peça impugnatória e, aí, em Acórdão de fls. 783/801, a 4ª Turma da DRJ Porto Alegre entendeu por julgar a impugnação improcedente, mantendo-se o crédito tributário tal qual exigido, conforme se pode observar da ementa transcrita abaixo:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Ano-calendário: 2008, 2009

INCONSTITUCIONALIDADE. O exame da constitucionalidade ou legalidade das leis é tarefa estritamente reservada aos órgãos do Poder Judiciário.

NULIDADE. Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS. As decisões administrativas e as judiciais, excetuando-se as proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

REMUNERAÇÃO INDIRETA. OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. FATO GERADOR. As verbas pagas pela empresa aos seus executivos, sob a forma de opções de compra de ações, como retribuição ao trabalho prestado, têm natureza remuneratória, sobre as quais incidem o imposto de renda.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. LEGALIDADE. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento. Sobre os débitos da União decorrentes de tributos e contribuições não pagos nos prazos previstos na legislação específica, incidirão juros de mora calculados à taxa Selic, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO. A compensação de créditos do sujeito passivo perante a Fazenda Pública com créditos tributários lançados de ofício segue rito próprio, estabelecido na legislação tributária, não sendo cabível a apreciação de tal pleito em sede de julgamento de impugnação.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.”

Na sequência, o ora recorrente foi devidamente notificado da decisão de 1ª instância em 01.08.2016 (fls. 1.024/1.025) e entendeu por apresentar Recurso Voluntário de fls. 812/873, formalizado em 16.08.2016 (fls. 1.019/1.020), sustentando, pois, as razões do seu descontentamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Relator.

Verifico que o presente Recurso Voluntário foi formalizado dentro do prazo a que alude o artigo 33 do Decreto n. 70.235/72, razão por que dele conheço e, por isso mesmo, passo a apreciá-lo em suas alegações meritórias.

Observo, de logo, que o recorrente sustenta as seguintes alegações:

- I. Da inocorrência do fato gerador do IRPF pelo simples vencimento do prazo de carência das *Stock Options* independentemente de seu efetivo exercício pelo recorrente: vício na apuração do fato gerador e da base de cálculo:
- Que no que diz respeito ao momento da ocorrência do suposto fato gerador do IRPF e dos critérios para apuração da base de cálculo do imposto exigido, a autoridade autuante sustentou que “(...) a data da ocorrência do fato gerador do imposto de renda incidente sobre as remunerações por meio de opções de units é a data da aquisição das de units, e no caso em apreço, é definida como sendo o dia imediatamente seguinte ao término do prazo de exercício, e a base de cálculo apurada é mensurável nessa mesma data. Lembramos mais uma vez que não importa se o trabalhador exerceu ou não as opções que adquiriu”;
 - Que o entendimento da autoridade autuante e da autoridade julgante de 1ª instância vem sendo reiteradamente afastado pelo CARF, inclusive no que se refere aos planos de *stock options* pertinente ao caso concreto, no sentido de que “somente as ações exercidas e disponíveis para a venda poderiam ser consideradas na apuração da base de cálculo das contribuições”;
 - Que a fiscalização não poderia eleger como fato gerador o dia posterior ao término da carência independentemente do efetivo exercício das opções, sem ter sequer buscado saber se no caso concreto as opções foram exercidas, de modo que tal situação, por si só, acarreta a improcedência do lançamento em razão da não observância do artigo 142 do CTN;
 - Que a Cláusula 4.7.1 do Plano mantido pelo UNIBANCO prevê a indisponibilidade de 50% das ações adquiridas até o final do segundo ano posterior ao seu exercício, de modo que ainda que o recorrente tivesse exercido sua opção exatamente no dia posterior ao término da carência, esta impossibilidade de venda de 50% das ações adquiridas impediria que se considerasse auferido qualquer resultado relativamente à totalidade das ações adquiridas;
 - Que de acordo com os artigos 125 do Código Civil, 114, 116, inciso I e 117, inciso II do CTN, os quais, aliás, foram invocados no Termo de Verificação Fiscal, não há como se pretender ver auferida uma suposta remuneração pelo simples fato de o beneficiário ter tido, em determinado momento, a possibilidade de comprar ações, já que essa possibilidade é absolutamente precária enquanto não exercida.
- II. Quanto à inocorrência em si do fato gerador do IRPF em razão do caráter não remuneratório das *Stock Options*:
- (i) Plano de Outorga de Ações / “*Stock Options Plans*”: Definição:
- Que os planos de *Stock Options* consistem em programas cujo fim precípuo se revela na retenção de funcionários com importantes e

destacadas competências profissionais e que, como forma de incentivá-los a manter e sempre melhorar seus níveis de performance a médio e longo prazo, as empresas onde trabalham outorgam-lhe a possibilidade de adquirir ações da empresa por preços pré-determinados para que, eventualmente, possam perceber os rendimentos que serão gerados na data em que estiverem autorizados a exercer o direito de adquiri-las; e

- Que a principal função do Plano de Outorga de Opção de Compra de Ações não é gerar remuneração, rendimento ou qualquer incremento ao salário, mas, sim, tornar convergente os interesses dos beneficiários das opções com os interesses da empresa que os outorga.

(ii) Das peculiaridades do plano de outorga de opções de compra de ações mantido pelo UNIBANCO:

- Que em razão das peculiaridades do *Plano de Outorga de Opções de Compra de Ações* mantido pelo UNIBANCO, os valores auatados jamais poderiam ter sido considerados como remuneração, uma vez que, dentre outros motivos, que o titular da opção poderá dispor livremente de metade das ações ou *units* que houver adquirido através de cada ato de exercício dessa opção, e outra metade ficará indisponível pelo prazo de dois anos, podendo ser alienada apenas no final do segundo ano após sua aquisição (Cláusula 4.7.1);

- Que as peculiaridade do Plano, por si só, tornam absolutamente impossível pretender assimilar a diferença entre o preço de exercício da ação na data de vencimento do prazo de carência e o valor de mercado da ação a uma remuneração sujeita à incidência do IRPF, tal como pretendido pela autoridade autuante e pela autoridade judicante de 1ª instância;

- Que em razão da restrição constante na Cláusula 4.7.1. do Plano, as consequências são duas:

- a) a autoridade autuante invocou o artigo 125 do Código Civil, cumulado com os artigos 114, 116, inciso II e 117, inciso I do CTN, sendo que, sob tal perspectiva, já se verifica o absurdo de se pretender considerar como rendimento do beneficiário na data do vencimento do prazo de carência a diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado da totalidade das opções de compra exercidas; e
- b) Que mesmo se fosse possível considerar como remuneração eventual diferença positiva quanto à parcela disponível, é condição para sua aferição a aquisição de igual quantidade de ações sobre as quais o beneficiário somente terá disponibilidade dois anos depois, o que poderá acabar obrigando o beneficiário a auferir um prejuízo real (se o valor da ação estiver inferior ao valor de aquisição) que poderá ser, inclusive, superior à diferença entre o preço de exercício e o preço de mercado na data do exercício ou na data do vencimento do prazo de carência, tal como foi constatado pela KPMG.

(iii) Conclusões extraídas do Termo de Constatação Elaborado pela KPMG:

- Que, dentre outras questões, a KPMG demonstrou que mesmo num primeiro momento o beneficiário exercesse sua opção na data inicial do prazo de exercício e nessa mesma data vendesse suas ações com ganho, o que só poderia fazer quanto a 50% das ações compradas – esse fato foi inteiramente desconsiderado pela fiscalização -, a venda dos 50% remanescentes, tão logo passado o período fixado pelo UNIBANCO (final do segundo ano após a aquisição), resultaria em perda que, inclusive, superaria, o ganho inicialmente obtido com a venda da primeira metade, gerando perda de capital na operação globalmente considerada, o que transformaria o “benefício” imaginado pela fiscalização em um “malefício” que evidentemente não pode ser considerado remuneração.

(iv) Da improcedência do entendimento adotado pela r. Decisão recorrida:

- Que a linha de entendimento perfilhada pela autoridade judicante de 1ª instância no sentido de que a opção de compra deveria ser considerada como remuneração diferida concedida aos altos executivos na medida em que não era estendida a todos os trabalhadores indistintamente é um tanto equivocada, já que a restrição da abrangência do Plano aos administradores, funcionários titulares de cargos de superintendente ou os titulares de cargo de gerente não é capaz de conferir caráter remuneratório às opções em questão;

- Que a autoridade judicante também se equivoca ao dispor que “*não há qualquer natureza mercantil nessa operação, uma vez que os riscos podem ser diminuídos com aplicações de ajuste sobre o preço, de forma a garantir os ganhos do beneficiário*”, porquanto, de acordo com a Cláusula 4.3.1, o ajuste do preço do exercício é realizado no momento da outorga das opções com vistas a eliminar eventuais distorções pontuais de mercado, não permitindo, pois, que o UNIBANCO possa alterar o preço do exercício em momento posterior à outorga, sendo que, de qualquer modo, a possibilidade de modificação do preço de exercício é uma exceção à regra geral e, portanto, à fiscalização caberia demonstrar no caso concreto a efetiva ocorrência desse alegado ajuste; e

- Que muito embora a Cláusula 4.7.3 preveja que o Comitê poderá “*admitir a alienação das Ações e/ou units pelos executivos antes de decorrido o prazo mencionado no item 4.7.1*”, prazo esse de dois anos de indisponibilidade de metade das ações, decerto que a Cláusula 4.7.3 institui exceção e, por isso mesmo, caberia à fiscalização o ônus de provar que no caso concreto o recorrente teria se valido dessa exceção em vez de lhe ser aplicada a regra prevista na parte final da Cláusula 4.7.1 que prevê a indisponibilidade de metade das ações adquiridas pelo prazo de dois anos, de modo que a autoridade judicante de 1ª instância não poderia invocar a mera possibilidade desta exceção como “prova” do desvirtuamento do plano de *stock options*.

(i) Das peculiaridades inerentes às opções exercidas pelo recorrente no caso concreto:

- Que a autoridade fiscal alega, em síntese, que ao adquirir o direito de opção das ações o beneficiário poderia exercê-las no dia imediatamente seguinte ao vencimento da carência e, neste momento, tornando-se proprietário das referidas ações, poderia vendê-las com lucro na bolsa de valores (o que só é verdade no que com a metade das ações), tendo lançado o IRPF que incidiria sobre os ganhos que teriam sido auferidos caso o beneficiário tivesse exercido, na mencionada data, a opção e, nesta mesma data, tivesse vendido as ações, sendo que não foi o que ocorreu no caso concreto, mesmo porque em cada exercício metade das ações compradas só poderia ser vendida “*no final do segundo ano após a aquisição*” (item 4.7.1 do Regulamento do “Plano de Compra de Ações Unibanco – Performance”), ou seja, no final de 2010;
- Que relativamente às 253.333 UNITs com data de vencimento de carência em 06.05.2008, exerceu, em 30.05.2008, opção de compra no que diz com apenas 2.600 UNITs e que, quanto às UNITs restantes, somente em 06.05.2009 foram exercidas as opções relativas a 144.173 das ações (correspondentes às UNITs remanescentes em razão de eventos societários), cabendo esclarecer, de plano, que nesta mesma data vendeu igual número de ações, metade correspondente à metade disponível das ações adquiridas, e a outras metade correspondente a UNITs adquiridas em anos anteriores, tendo oferecido à tributação o ganho de capital até então apurado;
- Que em relação às 46.666 UNITs com data de vencimento de carência em 18.07.2008, exerceu as respectivas opções de compra apenas em 19.08.2009, quer dizer, mais de um ano depois, não tendo, naquela data, vendido nenhuma das ações então adquiridas;
- Que quanto às 46.666 UNITs com data de vencimento de carência em 18.07.2009, exerceu as respectivas opções de compra apenas em 14.04.2010, ou seja, quase um ano depois, não tendo, também naquela data, vendido quaisquer das ações então adquiridas; e
- Que, no caso concreto, a autoridade fiscal almeja atribuir a uma situação de fato ocorrida (não venda de metade das ações) consequências pertinentes a outra situação que, no seu entendimento, poderia ter ocorrido (e que são incompatíveis com a situação de fato ocorrida), sendo que não há lugar no sistema tributário para atribuição de fato gerador que poderia ter ocorrido, mas não ocorreu, salvo a hipótese contida no artigo 150, § 7º da Constituição Federal;
- Que pela dicção do artigo 43 do CTN, a pretensão da autoridade lançadora se revela, de forma inequívoca, um tanto impossível, uma vez que o que o recorrente adquiriu no dia seguinte ao vencimento da carência da *stock options* – esse o dia que a autoridade reputou como ocorrido o fato gerador – não foi a disponibilidade da renda, mas, apenas, a disponibilidade para adquirir um novo investimento, o qual, se bem sucedido, pode, quando alienado, resultar na aquisição da disponibilidade da renda; e

- Que a improcedência do lançamento é mostrada no momento em que se verifica que a hipótese imaginada pela fiscalização (compra e venda das ações no dia seguinte ao vencimento da carência) não ocorreu, pois as ações foram adquiridas posteriormente ao dia seguinte ao vencimento do prazo de carência e não foram vendidas, excerto com relação às 144.173 ações cujo vencimento da carência ocorreu em 30.05.2008 e as quais foram adquiridas e vendidas em 06.05.2009, quando, então, o recorrente apurou ganho de capital e pagou o tributo devido sobre tais ganhos, sendo que, tendo em vista que para adquirir e poder vender tais ações o recorrente teve de adquirir, também, outras que somente estariam disponíveis para venda dois anos depois, de modo que seria naquele momento que poder-se-ia verificar se houve ou não ganho.

(ii) Da dedução do ganho de capital da base de cálculo do tributo lançado:

- Que ainda que a tese adotada pela autoridade fiscal fosse considerada procedente, no caso concreto os ganhos de capital efetivamente apurados e oferecidos à tributação deveriam ter sido subtraídos ou abatidos da base de cálculo do tributo ora exigido, sob pena de exigência de pagamento de tributo em duplicidade;

- Que, no caso concreto, não se está a tratar propriamente de compensação de tributo lançado de ofício que se reconhece como devido com crédito decorrente do tributo indevidamente recolhido, mas, sim, da própria apuração do crédito tributário lançado, uma vez que o pagamento que já foi realizado a título de ganho de capital só se torna indevido a prevalecer o entendimento da fiscalização em virtude da divergência de entendimento quanto à natureza jurídica das *stock options*; e

- Que sob pena de tributação em duplicidade, o custo de aquisição das ações deveria, então, incluir o valor dessa diferença auferida, de forma que, conseqüentemente, o valor do ganho de capital auferido na venda das ações seria inferior ao valor efetivamente oferecido à tributação, de modo que a dedução do valor do ganho de capital tributado da base de cálculo do tributo exigido é consequência lógica do próprio lançamento, não havendo se falar, pois, nas hipóteses de compensação de indébitos com tributos lançados de ofício previstas no artigo 74 da Lei n. 9.430/96 e na Instrução Normativa RFB n. 1.300/12.

III. Da não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício:

- Que a legislação de regência não autoriza a incidência de juros sobre o valor da multa, mas, apenas, sobre o valor do tributo ou da contribuição, sendo que os débitos de tributos e contribuições e de multas (penalidades) têm causas diversas e, portanto, não se confundem, conforme determina o artigo 3º do CTN;

- Que a única interpretação possível do artigo 61 da Lei n. 9.430/96 é aquela que autoriza a incidência de juros somente sobre o valor dos tributos e contribuições, e não sobre o valor da multa de ofício lançada, até

porque referido artigo está a disciplinar os acréscimos moratórios incidentes sobre os débitos em atraso que ainda não foram objeto de lançamento; e

- Que o artigo 43 da Lei n. 9.430/96 vem evidenciar ainda mais que o artigo 61 da Lei n. 9.430/96 prevê a cobrança de juros unicamente sobre o valor dos tributos e contribuições.

Com base em tais alegações, o ora recorrente requer que o presente Recurso Voluntário seja integralmente provido para o fim de se reconhecer a insubsistência do Auto de Infração lavrado, como medida de Direito e de Justiça.

Penso que seja mais apropriado examinar tais alegações em tópicos apartados, podendo-se destacar, de plano, que o ponto de discussão que talvez mereça maior atenção diz respeito ao momento da ocorrência do fato gerador do IRPF no âmbito dos planos de *stock options*, porque, a depender do desfecho que será empreendido, as demais questões podem restar superadas. É o que passaremos a fazer logo no tópico seguinte.

1. Do momento da ocorrência do fato gerador do IRPF no que diz respeito aos planos de *stock options*

(a) Considerações gerais: conceito, legislação e requisitos para implementação das *Stock Options Plans*

Antes de mais nada, destaque-se que as *Stock Options Plan* teve origem nos Estados Unidos na década de 1950 e acabou ganhando visibilidade a partir do anos 80, quando se tornou um prática cada vez mais recorrente entre as empresas americanas de grande porte, mas o auge do sistema de concessão de *Stock Option* efetivamente ocorreu entre os anos 2000 e 2001. Na Europa, a concessão dos *Stock Options Plans* repercutiu com maior intensidade na década de 1970, atingindo seu ápice nos anos 1990. No Brasil, tal forma de incentivo teve início a partir dos anos 90, todavia, decerto que se trata de prática incipiente se comparada com as referidas nações.

Os *Planos de Stock Options* têm por objetivo precípuo incentivar os prestadores de serviços de uma determinada empresa – incluem-se, aí, os empregados e também os terceirizados, os administradores, fornecedores e os diretores – a aumentar os índices de desempenho das companhias, bem como fomentar o compromisso e a lealdade à empresa e, ainda, visam reter os bons profissionais nas sociedades, fazendo com que cada indivíduo, em última análise, torne-se sócio da companhia. Desse modo, o que se busca perante os beneficiários dos planos, sejam eles empregados, terceirizados ou fornecedores, é a fidelização a longo prazo, de forma que se comprometam com os resultados da empresa.

De acordo com a definição constante do *Barron's Dictionary of Legal Terms*, a terminologia *Stock Option* significa “a outorga a um indivíduo do direito de comprar, em uma data futura, ações de uma sociedade por um preço especificado ao tempo que a opção lhe é conferida, e não ao tempo que as ações são adquiridas”. Seguindo essa linha, André Mendes

Moreira, Guilherme Quintela e Rafael França Savassi¹ dispõem que o *Stock Options Plan* consiste, em síntese, na concessão do direito de compra de ações, no futuro, a preço fixados conforme o valor de mercado presente, geralmente abaixo do custo atual (preço de exercício), de modo que o colaborador, após certo prazo de carência ou maturação determinado em contrato, poderá exercer o direito de compra das ações.

Em obra americana utilizada como uma das bases sobre o estudo das *Stock Options Plans*, Carol E. Curtis² conceitua o que é a opção de compras de ações da seguinte maneira:

“As opções de ação fornece ao beneficiário a oportunidade, mas não a obrigação, de comprar a ação de uma empresa – possivelmente a que o beneficiário trabalha – por um preço fixo, por certo número de anos no futuro, apesar das mudanças no preço da ação. Este preço é frequentemente chamado de preço de concessão (*grant price*), mas pode ser chamado também preço de exercício (*exercise price*) ou ainda preço de greve (*strike price*).

O beneficiário deve esperar que o preço da ação suba, e então poderá efetuar a opção (comprar a ação) no seu mais baixo preço de concessão, e a vender a ação pelo preço mais alto – com um pouco de otimismo, muito mais alto – preço de mercado. A empresa concessionária (que concedeu as ações pode ter – e provavelmente tem – limites fixados enquanto a opção pode ser exercida. Estes limites são denominados aquisições restritas, e elas geralmente requerem que o beneficiário trabalhe para a empresa por um número mínimo de anos (três a cinco, na maioria dos casos) a fração primária, ou até mesmo até todas as suas opções podem ser exercidas. Existem também acordos fechados, os quais podem impedir o beneficiário de vender suas quotas. Em alguns casos, as opções somente podem ser exercidas se algum objetivo financeiro for encontrado. Essas opções, às vezes, são chamadas de opção de desempenho.”

Icíar Alzaga Ruiz³ conceitua as *Stock Options* da seguinte maneira:

“As opções de compra de ações são contratos que conferem a seu titular, gratuitamente ou por um preço determinado, o direito de adquirir ou subscrever um determinado número de ações da concessionária ou de uma das empresas do mesmo grupo econômico, durante um prazo determinado (opções americanas) ou em uma data concreta (opções europeias) e, eventualmente, sempre que se cumpram certas condições adicionais.”

As *Stock Options* são espécies do gênero de concessão de opções de ações (*Stock Options Plans*) realizada por sociedade anônimas de capital aberto para com seus empregados, administradores e prestadores de serviços, aos quais é conferida a oportunidade de exercer o direito de comprar e vender ações da empresa ou do mesmo grupo econômico dentro do limite do capital autorizado, sendo que o referido direito de exercer a compra e venda de uma determinada quantia de ações deve ser objeto de um *Plano de Opção de Ações* devidamente autorizado por *Assembleia Geral da Companhia*, no qual constará (i) a carência que deverá ser respeitada para o exercício do direito de comprar as ações (*vesting*), (ii) o valor da emissão das ações para compra (*valuation*) e (iii) o prazo máximo em que poderá ser realizado o exercício (*expiration*).

¹ MOREIRA, André Mendes; QUINTELA, Guilherme Camargos; SAVASSI, Rafael França. Plano de Stock Options. Análise sob o Prisma da não Incidência de Contribuições Sociais. Revista Dialética de Direito Tributário n. 214, jul. 2013, p. 33.

² CURTIS, Carol E. Pay me in Stock Options: manage the options you have, win the options you want. United States: Wiley, 2001, p. 21.

³ RUIZ, Icíar Alzaga. Las Stock Options. Un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: 2003, Civitas Ediciones, S.L. p. 43.

A propósito, as *Stock Options* são tratadas pela legislação brasileira apenas no artigo 168, § 3º da Lei n. 6.404/1976 (Lei das S/A), conforme se pode verificar da redação transcrita abaixo:

“Lei n. 6.404/1976

Art. 168. (omissis).

§ 3º 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.”

Como se vê, a Lei das S/A somente trata da autorização para a outorga das opções de ações pelas empresas aos seus administradores, empregadores e pessoas físicas que prestam serviços à companhia ou à sociedade sob seu controle. Portanto, no Brasil, a instituição de *stock options*, segundo a legislação de regência, exige cinco requisitos: (a) emissão por sociedades por ações, abertas ou fechadas; (b) previsão expressa em seu estatuto (não decorrem apenas da autorização legal, mas, também, de permissão da companhia); (c) observância aos montantes delimitados no capital autorizado; (d) o plano tem de ser aprovado pela assembleia geral; e (e) deve ter como beneficiários os empregados, administradores e outras pessoas naturais que prestem serviços à sociedade por ações ou à sociedade sob seu controle.

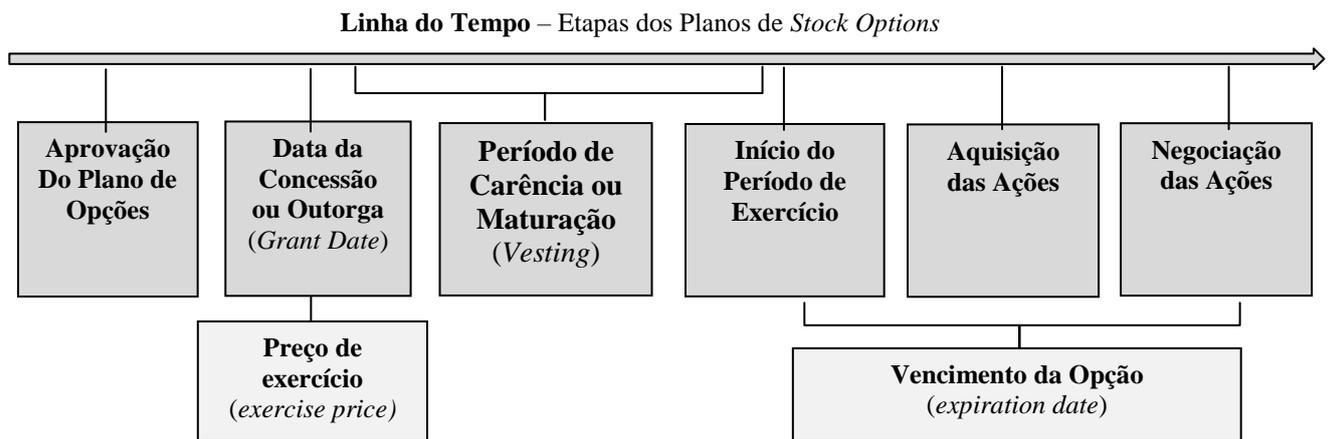
Há um sexto requisito não previsto expressamente em lei, mas imposto pela própria Deliberação CVM n. 371/2000, que trata da política de benefícios a empregados: a Comissão de Valores Imobiliários condiciona a emissão das *Stock Options* à prévia divulgação da natureza e condições dos planos de remuneração em ações, da política contábil adotada, da quantidade e do valor pelos quais as ações foram emitidas.

Registre-se, ainda, que o pronunciamento contábil CPC n. 10, por sua vez, traz regras de contabilização dos valores pagos a esse título e determina, em seus itens 10 a 15, que as opções de ações seja em regra outorgadas aos empregados como parte do pacote de remuneração, adicionalmente aos salários e a outros benefícios. Por outro lado, o CPC destaca que, diante da impossibilidade de se mensurar de forma justa os instrumentos patrimoniais (ações) em relação aos serviços prestados, o *Stock Options Plan* deve ser utilizado como um bônus, independente da remuneração básica.

Por fim, a Instrução Normativa CVM n. 390/2003 dispõe sobre a negociação, por companhias abertas, de ações de sua própria emissão, mediante operações com opções. Na referida norma há apenas requisitos formais para a negociação com opções, bem como a imposição da necessidade de divulgação de demonstrações financeiras e informações periódicas. Ademais, há descritivo suscito sobre a forma de contabilização.

(b) Etapas e Fases dos Planos de *Stock Options*

Os Planos de Concessão de *Stock Options* podem ser divididos em várias fases ou etapas e, aí, tratando-se de concessão de uma opção, o empregado terá o direito de exercer a opção, mas não é obrigado a fazê-lo, o que significa que a concessão pode se limitar apenas à primeira fase ou a algumas das fases, conforme se pode observar da linha temporal composta com os eventos que, a propósito, são fundamentais para qualquer plano de opção de compra de ações:



(i) Aprovação do Plano de Opções:

A aprovação do plano de opções constitui a primeira etapa e é realizada pela empresa após votação dos acionistas em Assembleia Geral, sendo que tal etapa não configura, por si só, a implementação do respectivo plano, porque somente após a celebração do acordo formal entre as partes, que, a propósito, apenas ocorre na etapa de concessão das opções, é que se pode considerar que existe, de fato, um plano de opções em curso.

(ii) Concessão das Opções de Compra de ações:

Na fase da concessão das opções de compra de ações é celebrado contrato de adesão entre a companhia e o beneficiário em que é definido o número de ações que o colaborador terá direito a adquirir (de acordo com cargo, função ou critérios personalíssimos, dentre outros), bem como são estabelecidas as demais condições como, por exemplo, o preço de exercício, período de carência, período de vencimento do exercício etc.

Portanto, o plano deve constar, no mínimo, (a) quem tem poderes para conceder as *stock options*, (b) quem é elegível para recebê-las, (c) se a concessão será gratuita, onerosa ou mista, (d) quais os métodos de exercício das ações admitidos pelo empregador, (e) se há ou não prazo de carência e qual o período que deve ser observado, bem como (f) se o direito ao exercício está ou não vinculado ao cumprimento de metas pessoais e/ou coletivas, ou, ainda, metas corporativas. Em suma, é aqui que empresa e funcionário assinam acordo sobre os pontos-chave e sobre as condições das opções de compra de ações.

Relativamente ao preço de exercício (*exercise price* ou *valuation*), deve-se reconhecer que, no mais das vezes, as empresas não cedem as ações aos seus colaboradores a título gratuito, mas lhes concedem o direito de adquiri-las a um preço prefixado. O preço de exercício, portanto, é fixado no momento da concessão do plano, para exercício futuro, quando (e se) o beneficiário optar por comprar as ações pelo valor preestabelecido, que apenas poderá ocorrer após o prazo de carência ou maturação.

(iii) Período de Carência (*vesting*):

O período de carência ou maturação é composto por regras e condições suspensivas relativas ao exercício das opções de compra de ações. Define-se um período mínimo

entre a data da concessão da opção e a data em que o beneficiário poderá efetivamente exercer o seu direito de compra, sendo que, em geral, tal prazo varia entre um e quatro anos. Ressalte-se, ainda, que, no momento em que o beneficiário adere ao plano de opção de compra de ações, não há sequer o direito à opção de compra das ações oferecidas. O que o beneficiário possui, de fato, é uma expectativa de direito, que somente originará o direito subjetivo de exercer a opção (aquisições das ações) após o final do prazo de carência fixado no plano. Nestes casos, caso haja rescisão do contrato de trabalho antes do final do referido período de carência, o beneficiário não terá o direito de comprar as ações oferecidas.

(iv) Início do Período de Exercício:

Ultrapassado o prazo de carência que, como vimos, é composto por regras e condições suspensivas, inicia-se, então, o período em que o trabalhador pode exercer a opção (ou o direito) de compra das ações. É nesta fase que o trabalhador verificará se tem ou não interesse em optar pelo direito de exercício das opções. Até que o funcionário não exerça efetivamente a compra das ações, o que temos, portanto, é apenas uma expectativa de direito do exercício da opção.

(v) Vencimento do prazo de exercício (*expiration date*):

Trata-se da data limite em que o funcionário pode exercer a opção de compra das ações, de modo que, após esse prazo, o titular da opção, caso não exerça, acaba perdendo o direito de exercer a compra das ações tais quais propostas. Em síntese, trata-se do último dia em que a opção pode ser exercida.

(vi) Aquisição das Ações (exercício):

É aqui que o titular exerce a opção e adquire efetivamente as ações ao pagar pelo preço do exercício tal qual prefixado. É, aqui, portanto, que o titular adquire a disponibilidade do papel, de modo que poderá aliená-lo no mesmo dia. As ações são integradas ao patrimônio do titular como um direito economicamente apreciável, ainda que não seja transformado imediatamente em pecúnia com as suas vendas.

(vii) Negociação das Ações:

A última fase é composta da negociação das ações no mercado financeiro, sendo certo que o colaborador poderá alienar imediatamente suas ações ou com elas permanecer, como investimento, por tempo indeterminado. O titular, então, poderá alienar esse bem por valor inferior, igual ou superior ao valor despendido para sua respectiva aquisição, de acordo com o parâmetro contratual estabelecido. Além do mais, note-se, a título de esclarecimentos, que na maioria dos planos de *Stock Options* as fases de aquisição e negociação ocorrem juntas como se tratasse de uma única fase.

Portanto, essas são as etapas ou fases que costumam compor os planos de *Stock Options*. É importante verificar, aqui, que a disponibilidade da ação apenas ocorre no momento do exercício, já que, ultrapassada a fase de carência ou maturação, decerto que o titular poderá ou não exercer a opção de compra das respectivas ações.

(c) **Da delimitação das expressões *disponibilidade econômica e disponibilidade jurídica* constantes do artigo 43 do CTN**

Costuma-se debater sobre a natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações, sendo que, de acordo com a posição majoritária da doutrina, enquanto negócio jurídico, o plano de opção de compra de ações consiste em contrato mercantil totalmente desvinculado do contrato de trabalho, razão por que eventuais ganhos auferidos por empregados, quando da venda de ações adquiridas através do plano, não teriam qualquer implicação trabalhista. Quer dizer, parte da doutrina entende que as *stock options* têm características diferentes das demais verbas remuneratórias e, diferentemente do salário, nas opções, o empregado paga para adquirir as ações, que, repita-se, é requisito irrefutável para a descaracterização de sua natureza remuneratória.

Todavia, é de se reconhecer – esse ponto deve ser um tanto destacado – que essa discussão acerca da natureza jurídica dos planos de *Stock Options*, que, aliás, não se limita apenas ao campo doutrinário, mas, também, revela-se como objeto de intensos debates inclusive no âmbito da jurisprudência administrativa fiscal, é, ao menos por ora, de pouca relevância, já que, como afirmei anteriormente, independentemente de se concluir pela natureza mercantil ou remuneratória dos referidos planos, o núcleo central da discussão que aqui deve ser analisado com o momento da ocorrência do fato gerador do IRPF, porque, a depender do desfecho que será tomado, as demais questões podem restar superadas.

Dito isto, acredito que o exame do momento da ocorrência do fato gerador do IRPF reivindica a análise acurada da própria legislação de regência do respectivo imposto sobre a renda da pessoa física, de modo que nosso foco, agora, passa a ser o próprio artigo 43 do Código Tributário Nacional, cuja redação transcrevo abaixo:

“Lei n. 5.172/66

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

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

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

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

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

Como se pode observar, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou dos proventos de qualquer natureza. Para fins de definição da regra-matriz do imposto sobre a renda não basta saber que a noção de renda deve estar vinculada à riqueza nova, sendo necessário, para tanto, conhecer detidamente o significado da locução “disponibilidade econômica ou jurídica”, porque a regra-matriz de incidência do IR não é a aquisição da renda ou proventos de qualquer natureza, mas a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza.

Com efeito, devemos, num primeiro momento, levantar qual o significado jurídico da expressão “disponibilidade econômica ou jurídica”, para, apenas em seguida, verificar quando tal disponibilidade ocorre no âmbito dos planos de *stock options*. Em síntese, buscaremos responder a seguinte pergunta: em que momento ocorre a disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou proventos no âmbito dos planos de *stock options*?

Pois bem. De acordo com o Dicionário Aurélio, *aquisição* é o “ato de adquirir, ou seja, de obter, conseguir, passar a ter”. Como se percebe, trata-se de conceito comum. Já quanto ao conceito de disponibilidade, é necessário dizer, antes de mais nada, que em não existindo um conceito econômico de *disponibilidade*, tem-se aí um conceito meramente jurídico. O problema é que ele não se encontra enunciado em nenhuma lei nem se trata de conceito já previamente estudado pela doutrina e simplesmente aproveitado pelo Código Tributário. O que se tem aí é um conceito que nasceu com o Código, sem qualquer referência anterior no âmbito do Direito.

Conforme disposto no Dicionário Aurélio, disponibilidade é a “qualidade ou estado do que é disponível” ou é a “qualidade dos valores e títulos integrantes do ativo dum comerciante, que podem ser prontamente convertidos em numerário”, de modo que disponível será aquilo “de que se pode dispor” ou o “que se pode negociar (títulos e mercadorias) e transferir imediatamente para o patrimônio do comprador”. Dispor é vocábulo que possui diversos significados, dentre eles os de “empregar, aproveitar, utilizar” e “usar livremente, fazer o que se quer”. Nas palavras de Alcides Jorge Costa⁴,

“Disponibilidade é a qualidade do que é disponível. Disponível é aquilo de que se pode dispor. Entre as diversas acepções de dispor, as que podem aplicar-se à renda são: empregar, aproveitar, servir-se, utilizar-se, lançar mão de, usar. Assim, quando se fala em aquisição de disponibilidade de renda deve entender-se aquisição de renda que pode ser empregada, aproveitada, utilizada, etc”.

É também como dispõe Mary Elbe Queiroz⁵:

“O melhor significado para *disponibilidade* é de liberdade necessária à normalidade dos negócios, caracterizando-se como a situação que possibilita ao titular poder dar destinação livre e imediata à renda ou provento percebido, não alcançado a disponibilidade apenas potencial. A disponibilidade poderá ser visualizada sob os aspectos econômico, jurídica e financeiro.

Para fechar essa linha de raciocínio sobre o conceito jurídico do vocábulo *disponibilidade*, confira-se o que dispõe Hugo de Brito Machado⁶:

“A renda não se confunde com sua disponibilidade. Pode haver renda, mas essa não ser disponível para seu titular. O fato gerador do imposto de que se cuida não é a renda, mas a *aquisição da disponibilidade da renda, ou dos proventos de qualquer natureza*. Assim, não basta, para ser devedor desse imposto, o auferir renda, ou proventos. É preciso que se tenha adquirido a disponibilidade. Não basta ter o direito à renda ou proventos, ainda que se tenha a *ação*, ou mesmo a *execução*, para sua cobrança. Não basta ser credor da renda se esta não está disponível.

⁴ COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a renda... RDT 40/105.

⁵ QUEIROZ, Mary Elbe G. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: princípios, conceitos, regra-matriz de incidência, mínimo existencial, retenção na fonte, renda transacional, lançamento, apreciações críticas. Barueri: Manole, 2004, p. 72.

⁶ MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. Artigos 1º a 95. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 418/419.

A disponibilidade configura-se precisamente pela ausência de quaisquer obstáculos à vontade do titular da renda, ou dos proventos, quanto ao uso ou destinação destes. Se existem obstáculos a serem removidos, ainda que o titular da renda tenha o direito a esta e portanto a ação para havê-la, enquanto não removidos os obstáculos não haverá disponibilidade. Mesmo que o titular da renda tenha título executivo oponível ao devedor, se existe obstáculo à sua vontade não existe disponibilidade.

[...]

Considerar necessária a efetiva disponibilidade da renda ou dos proventos, aliás, é uma forma de respeitar-se o princípio da capacidade contributiva. O Imposto sobre a Renda nada mais é do que uma parcela desta que o Estado retira de seu titular. Em outras palavras, o Imposto de Renda nada mais é do que uma parcela da renda que seu titular destina ao Estado em atendimento de seu dever de contribuir para o custeio de suas atividades. Se alguém é titular de renda, mas não tem disponibilidade desta, evidentemente não tem como destinar parte dessa renda ao pagamento do imposto. Não é razoável exigir-se que pague Imposto de Renda se não dispõe dos meios para fazê-lo.”

Como se pode observar, o conceito de disponibilidade remete ao direito de propriedade tal qual enunciado pelo artigo 1.228 do Código Civil⁷, que, no caso, dispõe sobre as prerrogativas do proprietário de usar, gozar e dispor de seus bens. Ao lado do *jus utendi* e do *jus fruendi*, exsurge o *jus abutendi* como a prerrogativa de alienar ou transferir o bem a terceiros, bem assim de dividi-lo ou gravá-lo. Na linguagem corrente, pode-se traduzir o conceito jurídico de *dispor*, tal como o faz o Dicionário Aurélio, pelas expressões *usar livremente* ou *fazer o que se quer*. Por conseguinte, se alguém está impedido de utilizar-se de dinheiro, de que tem aparentemente a posse, como melhor lhe aprouver, de fazer dele o que quiser, esse alguém carece da liberdade própria ao verdadeiro titular de disponibilidade econômica

Portanto, é de se reconhecer que a *disponibilidade*, tão comum ao conceito de renda, tem sentido vernacular e técnico todo próprio. O fato gerador do imposto sobre a renda, sob pena de não se poder assentá-la, é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, que, aliás, deve ser entendida como fenômeno sempre concreto e que não pode, à mercê de ficção jurídica extravagante, insuplantável, ser deturpada a ponto de se afirmar que, onde não há disponibilidade econômica ou jurídica, entenda-se acontecido o fenômeno. De todo modo, o que deve restar evidente é que se o fato gerador do imposto sobre a renda é a *aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica* de renda ou proventos de qualquer natureza, não será a mera expectativa de ganho futuro ou potencial que ensejará a incidência do referido imposto.

E, aí, considerando que o vocábulo disponibilidade assume todo um sentido técnico-jurídico próprio, cabe-nos, agora, delimitar os conceitos de *disponibilidade econômica* e *disponibilidade jurídica*. É preciso assentar, desde logo, que o Código Tributário Nacional não usou das duas palavras – econômica e jurídica – como termos sinônimos e substituíveis um pelo outro, nem os mencionou como complementares, até porque não aludiu à “disponibilidade econômica e jurídica”, mas, sim, à “disponibilidades econômica ou jurídica”, isto é, tratam-se de disponibilidades alternativas, de maneira a que uma ou outra possa gerar a incidência do imposto de renda⁸.

É bem verdade que ao se referir à aquisição de *disponibilidade econômica* ou *jurídica* o Código Tributário Nacional quer deixar claro que a renda ou os proventos podem ser os que foram *pagos* ou simplesmente *creditados*. A disponibilidade econômica, pois, decorre do

⁷ Cf. Lei n. 10.406/2002, Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 289.

recebimento do valor que vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte, enquanto que a disponibilidade jurídica decorre do simples *crédito* desse valor, do qual o contribuinte passa a dispor juridicamente, embora não lhe esteja ainda em mãos. Em outras palavras, entende-se por *disponibilidade econômica* a percepção efetiva da renda ou do provento, enquanto que a *disponibilidade jurídica* diz respeito à aquisição de um título jurídico que confere direito de percepção de um valor definido, o qual poderá ingressar no patrimônio do contribuinte. É como pensa Rubens Gomes de Sousa⁹:

“A disponibilidade ‘econômica’ (...) verifica-se quando o titular do acréscimo patrimonial que configura renda o tem em mãos, já separado de sua fonte produtora e fisicamente disponível: num palavra, é o dinheiro em caixa. Ao passo que a disponibilidade ‘jurídica’ (...) verifica-se quando o titular do acréscimo patrimonial que configura renda, sem o ter ainda em mãos separadamente da sua fonte produtora e fisicamente disponível, entretanto já possui um título jurídico apto a habilitá-lo a obter a disponibilidade econômica.”

É nesse mesmo sentido que entende Hugo de Brito Machado¹⁰:

Entende-se como disponibilidade econômica a possibilidade de dispor, possibilidade de fato, material, direta, da riqueza. Possibilidade de direito e de fato, que se caracteriza pela posse livre e desembaraçada da riqueza. Configura-se pelo efetivo recebimento da renda ou dos proventos. Como assevera Rubens Gomes de Sousa, na linguagem de todos os autores que tratam do assunto, ‘disponibilidade econômica corresponde a rendimento (ou provento) realizado, isto é, dinheiro em caixa’.

Assim entendida a disponibilidade econômica, como disponibilidade efetiva ou de fato, a configuração do fato gerador do Imposto de Renda não oferece dificuldades. Estas surgem, porém, porque o art. 43 do Código Tributário Nacional refere-se também à disponibilidade jurídica. E tinha de ser assim porque especialmente em relação às pessoas jurídicas a renda se apresenta na forma de lucro, sendo este apurado pelo denominado regime de competência, vale dizer, regime pelo qual o rendimento, como fato econômico, é considerado no momento em que é produzido, e não no momento em que é recebido.

[...]

Em síntese, diz-se que a disponibilidade *econômica* configura-se pelo efetivo recebimento da renda, enquanto a disponibilidade *jurídica* configura-se com o simples crédito do valor correspondente à renda. Seja como for, porém, o fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza somente se configura com a *aquisição* da disponibilidade da renda. Não simplesmente com a ocorrência da renda enquanto acréscimo patrimonial. É o que está dito claramente no art. 43 do Código Tributário Nacional. E quando se diz que a *aquisição* da renda configura-se pela *disponibilidade*, resta a questão de saber o que caracteriza a disponibilidade jurídica. A disponibilidade *econômica* ocorre com o *efetivo recebimento*, mas resta a dificuldade em determinar-se o que vem a ser a disponibilidade *jurídica*, que geralmente se considera ocorrida com o crédito, pois leva problema saber o que significa esse crédito. Em outras palavras, a questão consiste em saber como e até que ponto o *crédito* configura uma disponibilidade jurídica.

O *creditamento* é um ato do devedor que, em sua escrituração contábil, escritura o valor devido em conta à disposição do credor. É uma manifestação de vontade do devedor no sentido de satisfazer sua obrigação para com o credor, colocando à disposição deste,

⁹ SOUSA, Rubens Gomes de. Pareceres 1 – Imposto de Renda. Resenha Tributária, 1975, p. 248.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. Artigos 1º a 95. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 418/422.

escrituralmente, o valor do rendimento respectivo. O *crédito* é, pois, como resultado dessa manifestação, a disponibilidade potencial da riqueza auferida, renda ou provento.

Esse crédito pode estar representado por um título que permita a sua transferência a terceiros, vale dizer, sua circulação no mercado, situação na qual se estará mais próximo da ideia de disponibilidade econômica, ou disponibilidade de fato. Mesmo assim, porém, tem-se de admitir a hipótese de inadimplemento por parte do devedor que, com ou sem título viabilizando a circulação do crédito, não efetua o pagamento do valor correspondente na forma e no prazo estabelecidos, criando, assim, um conflito que atinge o próprio conceito de disponibilidade.”

Em obra especializada sobre o imposto de renda e que apresenta como foco principal a delimitação dos conceitos jurídicos de *disponibilidade econômica e jurídica*, Gisele Lemke¹¹ vai dizer que a renda disponível economicamente equivale a toda riqueza nova, consubstanciada em bens ou em dinheiro, livre e usualmente negociada no mercado, enquanto que a *disponibilidade jurídica* é, em síntese, a disponibilidade econômica presumida por força de lei. Confira-se:

“Quanto ao termo ‘disponibilidade’, verifica-se que sua acepção comum é de qualidade do que se pode negociar e transferir imediatamente para o patrimônio do comprador. Não pode esse vocábulo ser utilizado no sentido de título e valores que podem ser *imediatamente* convertidos em dinheiro, pois esse, como visto, é o conceito de disponibilidade financeira. É justamente essa a diferença entre o que é economicamente disponível e o que é financeiramente disponível. Para o primeiro conceito, basta que se tenha riqueza passível de conversão em dinheiro. Para o segundo, é preciso que a riqueza seja passível de imediata conversão em dinheiro.

Portanto, renda disponível economicamente seria toda a riqueza nova, em bens ou em dinheiro, livre e usualmente negociada no mercado. Isso costuma acontecer no que se refere à riqueza consubstanciada em direitos de propriedade.

[...]

A interpretação da locução ‘disponibilidade jurídica’ é matéria complexa, de vez que não há um único significado jurídico para tal expressão, mas vários, pondo-se o problema de se saber qual a melhor interpretação.

[...]

A interpretação que se tem por mais satisfatória para a expressão ‘disponibilidade jurídica’ é a de Bulhões Pedreira, ora apresentada, no sentido de que a disponibilidade jurídica é a disponibilidade econômica presumida por força de lei. A esse resultado não se pode chegar, evidentemente, através de uma interpretação meramente gramatical ou lógico-sistemática. É preciso fazer uso também dos métodos histórico-sociológico e axiológico (ou teleológico), os quais, nesse caso, se confundem um pouco.

Assim, pode-se ler em Bulhões Pedreira (...) que a expressão em tela surgiu para possibilitar a tributação pelo IR sobre rendimentos ainda não recebidos em moeda, mas que estavam à disposição do contribuinte, como era o caso do juros creditados em contas correntes bancárias ou dos lucros creditados aos sócios. Vale dizer, para tributar renda cuja percepção em moeda pelo contribuinte podia ser seguramente presumida, por depender essa percepção, basicamente, de ato do próprio contribuinte.”

Portanto, enquanto a disponibilidade econômica corresponde ao rendimento realizado, a disponibilidade jurídica corresponde ao rendimento (ou provento) adquirido, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro.

¹¹ LEMKE, Gisele. Imposto de renda: os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica. São Paulo: Dialética, 1998, p. 110/115.

(d) Da jurisprudência do CARF e das peculiaridade do caso concreto

A jurisprudência deste Tribunal tem encampado o entendimento de que o momento da ocorrência do fato gerador no âmbito dos planos de *stock options* se dá no instante em que o beneficiário exerce o direito de opção de compra e, aí, os lançamentos em que a autoridade fiscal elege como aspecto temporal o dia imediatamente posterior ao vencimento do prazo de carência independentemente do exercício são julgados improcedentes, conforme se pode observar das ementas transcritas abaixo:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

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

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

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

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

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

(Processo n. 16327.721356/2012-80. Acórdão n. 2401-005.990, Conselheiro Relator Rayd Santana Ferreira. Sessão de 12.02.2019. Publicado em 13.03.2019).

Inclusive, é de se reconhecer que esta Turma tem compartilhado do entendimento em referência, conforme se pode verificar do Acórdão 2201-005.153, de relatoria do insigne Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo. Confira-se:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2013

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. STOCK OPTIONS. INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO.

Incidem contribuições previdenciárias sobre benefícios concedidos a colaboradores, no âmbito de Programas de stock options, quando verificada que a operação tem nítido viés remuneratório, não apresentando natureza mercantil, não evidenciando qualquer risco para o beneficiário e estando claramente relacionada à contraprestação por serviços.

O fato gerador da obrigação tem lugar no momento do exercício das opções de compra e a base de cálculo se verifica pela diferença entre o valor eventualmente pago pelos ativos e os valores praticados pelo mercado.

[...]

(Processo n. 15983.720038/2017-18. Acórdão n. 2201-005.153, Conselheiro Relator Carlos Alberto do Amaral Azeredo. Sessão de 04.06.2019. Publicado em 27.06.2019).”

Recentemente, a Câmara Superior de Recursos Fiscais fixou a tese de que o fato gerador do IRRF em relação ao plano de *stock options* ocorre quando apurado ganho pelo trabalhador (mesmo que na condição de salário utilidade), no momento em que este exerce o direito de opção em relação às ações que lhe foram outorgadas, conforme se pode verificar da ementa abaixo:

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

Exercício: 2007, 2008, 2009

FATO GERADOR DO IRRF. OCORRÊNCIA INDEPENDENTEMENTE DO EXERCÍCIO DA OPÇÃO DE AÇÕES.

O fato gerador do IRRF em relação ao plano de *stock options* ocorre quando apurado ganho pelo trabalhador (mesmo que na condição de salário utilidade), no momento em que este exerce o direito de opção em relação às ações que lhe foram outorgadas.

Improcedente o lançamento quando a autoridade fiscal afirma que o fato gerador do IRRF, no caso de *stock options*, seria a data de vencimento da carência, independentemente do exercício das ações.

(Processo n. 16327.721362/2012-37. Acórdão n. 9101-004.587, Conselheira Relatora Andrea Duek Simantob. Sessão de 05.12.2019. Publicado em 08.01.2020).”

Fixadas essas premissas iniciais, passemos, agora, ao exame das peculiaridades que revestem o caso concreto, buscando-se verificar, portanto, qual foi o exato momento em que o beneficiário exerceu o direito de opção de compra das ações.

Depreende-se do *Termo de Verificação Fiscal* juntado às fls. 639/668 que a autoridade autuante considerou a outorga de opção de compra de *units (stock options)* como parcela integrante da remuneração do recorrente, de modo a data da ocorrência do fato gerador do IRPF foi definida como sendo o dia imediatamente seguinte ao término do prazo de carência, conforme se pode verificar do trecho abaixo transcrito:

“Sendo assim, a data da ocorrência do fato gerador do imposto de renda incidente sobre as remunerações por meio de opções de *units* é a data de aquisição das opções de *units*, e no caso em apreço, é definida como sendo o dia imediatamente seguinte ao término do prazo de exercício, e a base de cálculo apurada é a mensurável nessa mesma data. Lembramos mais uma vez que não importa se o trabalhador exerceu ou não as opções que adquiriu.”

Todavia, conforme demonstrados linhas atrás, o momento de ocorrência do fato gerador do imposto sobre a renda ocorre apenas no instante em que o beneficiário efetivamente exerce a opção de compra das ações ou *units*, de modo que os lançamentos que seguem a premissa de que o aspecto temporal do IRPF se dá no dia imediatamente posterior ao vencimento do prazo de carência independentemente do exercício são julgados improcedentes.

Na hipótese dos autos, é de se reconhecer que o recorrente já havia comprado desde o oferecimento da peça impugnatória que não exerceu as opções logo após vencido o prazo de carência, conforme se pode observar dos documentos juntados às fls. 727/732.

Com efeito, relativamente às 253.332 UNITS com data de vencimento de carência em 06/05/2008, o recorrente exerceu a opção de compra somente em 30.05.2008 e relativamente a apenas 2.600 UNITS, e, quanto às UNITS restantes, apenas em 06.05.2009 (portanto, um ano depois) foram exercidas as opções relativas a 144.173 ações (correspondentes às UNITS

remanescentes em razão de eventos societários). Já quanto às 46.666 UNITS com data de vencimento de carência em 18.07.2008, o recorrente exerceu tais opções apenas em 19.08.2009, ou seja, mais de um ano depois. Por fim, quanto às 46.666 UNITS com data de vencimento de carência em 18/07/2009, o recorrente exerceu tais opções apenas em 14.04.2010, quer dizer, quase um ano depois.

Ora, não há como considerar que o aspecto temporal do imposto sobre a renda no âmbito dos planos de *stock options* ocorre no dia imediatamente seguinte ao término do prazo de exercício, porque, como vimos, nesse instante o suposto beneficiário não adquire a disponibilidade jurídica a que alude o artigo 43 do CTN. Apenas no momento em que o beneficiário exerce a opção de compra das ações é que adquire disponibilidade jurídica para fins de incidência do imposto sobre a renda. É aí que deve ser considerado o momento do fato gerador do referido imposto.

Considerando que a autoridade autuante elegeu a premissa um tanto equivocada no sentido de que o fato gerador do imposto de renda no âmbito das *stock options* ocorre no dia imediatamente seguinte ao término do prazo de exercício, independentemente do exercício das ações, decerto que o lançamento tributário aqui discutido deve ser julgado improcedente em virtude de afrontar os artigos 43, caput e 142 do CTN.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, conheço do presente recurso voluntário e, no mérito, voto por dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Sávio Salomão de Almeida Nóbrega