



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

Processo nº 18470.730127/2014-90
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.761 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de dezembro de 2018
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
Recorrente JOSE ISAAC PERES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2011

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Nos termos do Decerto 70.235, somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (*STOCK OPTIONS*).

Em sua concepção original o *stock option* é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime de opção de compra de ações por preço prefixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo inicialmente caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré determinado ao longo do curso do contrato de trabalho.

Em ocorrendo o desvirtuamento do *stock options* em sua concepção inicial, qual seja, mera operação mercantil, seja, pela concessão de empréstimos, possibilidade de venda antecipada, troca de planos, correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração.

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

O fato gerador 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.

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 pelo empregador.

As *stock options* configuram contrato suspensivo, na forma do art. 125 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), 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.

PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS). FATO GERADOR DO IMPOSTO SOBRE A RENDA. ASPECTO QUANTITATIVO DO FATO GERADOR. CRITÉRIO DISTINTO ELEITO PELA AUTORIDADE AUTUANTE.

Proventos são acréscimos patrimoniais não derivados da renda. Constitui provento a diferença positiva entre o valor de mercado da ação no dia do exercício da opção de compra e o valor pago pela opção. Eleito critério distinto pela autoridade autuante, torna-se insubsistente a autuação.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA.

É correta a incidência dos juros de mora sobre o crédito tributário, incluindo os valores da multa de ofício não pagos, a partir de seu vencimento, considerando que a multa de ofício é classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam, os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencido o relator, que dava provimento parcial. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Antônio Sávio Nastureles.

(assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator.

(assinado digitalmente)

Antônio Sávio Nastureles - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Alexandre Evaristo Pinto, Sheila Aires Cartaxo Gomes (suplente convocada para substituir o conselheiro João Bellini Junior), Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa e João Maurício Vital (Presidente em Exercício), a fim de ser realizada a presente Sessão Extraordinária. Ausente justificadamente os conselheiros João Bellini Júnior e Reginaldo Paixão Emos.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra o contribuinte acima identificado, relativo ao Imposto de Renda de Pessoa Física do ano/calendário 2010, exercício 2011, pois, segundo a autoridade fiscal apurou-se remuneração adicional .

De acordo com a autoridade fiscal:

Ao analisar a DIRPF do Contribuinte, a fiscalização verificou que foram suficientemente comprovados os rendimentos de R\$ 3.756.106,64 (Multiplan, CNPJ nº 07.816.890/0001-53), R\$ 250.000,00 (Amil Participações), R\$ 19.938,00 (Multiplan, CNPJ nº 42.330.522/0001-00) e R\$ 17.933,36 (INSS).

Da mesma forma restou demonstrado o vínculo do Contribuinte com as pessoas jurídicas pagadoras dos mencionados rendimentos, na condição de Diretor-Presidente e Presidente do Conselho de Administração, membro do Conselho de Administração, Diretor-Presidente e aposentado, respectivamente.

Está assentado às fls. 1107/1008 do TVF que o Contribuinte (José Isaac Peres), além de sócio fundador da Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A, ocupa os cargos de Diretor-Presidente e de Presidente do Conselho de Administração da referida sociedade empresária, reeleições ocorridas em 29/04/2008 e 30/04/2010, auferindo rendimentos do trabalho, os quais foram declarados, e “remuneração adicional apurada neste procedimento fiscal [...]”.

Estes cargos e respectivas remunerações foram pactuados em 09/06/2006 entre o Contribuinte e “Ontario Inc.”, Multiplan Planejamento, Participações e Administração S/A, CAA Corretores Associados Ltda e Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A, por meio da Carta-Acordo estabelecendo a permanência do Contribuinte no cargo de Diretor-Presidente da Multiplan e suas subsidiárias pelo período mínimo de 5 (cinco) anos (julho de 2006 a junho 2011).

Nesta Carta-Acordo ficou estabelecido como remuneração fixa, o montante anual em reais equivalente a US\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil dólares norte-americanos), a ser pago mensalmente, em parcelas iguais, bem como remuneração variável de 5% (cinco por cento) do lucro líquido da MTE.

Em AGE realizada em 06/07/2007, a Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A aprovou Plano de Opções de Compra de Ações elegendo o Contribuinte o primeiro beneficiário das stock options, alterando a remuneração anual de US\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil dólares norte-americanos) para R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Além disso, na AGE de 06/07/2007, a remuneração correspondente à participação de 5% no lucro líquido foi substituída integralmente para “uma única outorga de opção de compra de 1.497.773 (um milhão, quatrocentos e noventa e sete, setecentos e setenta e três) ações ordinárias de emissão da MTE (e fls.. 193 sgts.), conforme prevista na cláusula 3.2.1 do Plano de Opção de Compras de Ações da MTE anexo à presente (SOP da MTE), mediante a qual as ações ordinárias objeto desta opção de compra poderão ser adquiridas por V. Sa. pelo preço de exercício de R\$ 9,80 (nove reais e oitenta centavos) por ação após 180 dias (cento e oitenta dias) contados da data da conclusão da IPO da MTE [...]”.

O TVF pontua que o Plano de Opção de Compra de Ações da MTE, aprovado na AGE de 06/07/2007, “concretizou uma política remuneratória de fomento ao trabalhador beneficiário, consubstanciada na retribuição pecuniária pelo trabalho exercido e direcionada ao cumprimento dos propósitos” da sociedade empresária empregadora.

Assim, a autoridade fiscal enfatiza que o Contribuinte não comprou as *stock options*, não pagou o correspondente prêmio, mas as recebeu da outorgante, sob condições suspensivas, em 06/07/2007, em contraprestação aos serviços prestados como Diretor-Presidente, imbuindo-se da expectativa de adquirir as 1.497.773 ações ordinárias da Companhia por preço bastante inferior ao praticado pelo mercado.

O efetivo exercício das *stock options* ocorreu em 18/01/2010, dentro do prazo estabelecido e mediante o pagamento do preço previsto (R\$ 9,80 cada ativo, corrigido monetariamente), bem inferior ao preço de mercado (R\$ 30,58 cada ativo), completando, dessa forma, “o ciclo remuneratório e representou o aumento patrimonial decorrente do recebimento (gratuito) deste instrumento patrimonial”, ocorrendo, nesta data (18/01/2010), “o fato imponível ‘recebimento de remuneração’, sobre o qual incide o imposto de renda da pessoa física” – registro da fiscalização no tópico III.2.2.4 do TVF, fls. 1121/1122..

A Autoridade Lançadora conclui que o Sr. José Isaac, ao exercer em 18/01/2010 a opção de compra de 1.497.773 ações (*stock options*), recebeu R\$ 24.562.821,21 em contraprestação aos serviços prestados à Companhia outorgante, caracterizando, portanto, recebimento de remuneração e acréscimo em seu patrimônio..

Após a impugnação a DRFB de Julgamento em Brasília manteve a autuação e o contribuinte apresentou recurso à este conselho onde reitera as argumentações da impugnação que em sínteses são:

Preliminarmente requer a nulidade da decisão de primeira instância por entender que não houve a análise do plano Multiplan;

Considerações Prévias

Entende ser necessário fazer esclarecimento prévio acerca do conceito de “Planos de Opção de Compra de Ações (*Stock Options*) no Brasil”.

Menciona o artigo 168 da Lei nº 6.404/1976 (LSA) e afirma que são três os requisitos presentes na legislação para implantação de um Plano de Opção de Compra de Ações no Brasil:

1. a existência de previsão expressa no estatuto da companhia;
2. a observância do limite de capital autorizado, conforme aprovação da assembléia geral; e
3. a concessão somente poderá alcançar os colaboradores da companhia ou aqueles que prestam serviços a ela ou a sociedade sob seu controle.

É equivocado o entendimento da Fiscalização no sentido de que o §3º do artigo 168 da LSA traria a natureza remuneratória dos planos de opções de compra de ações, porque a outorga de opções para colaboradores está inserida no capítulo referente ao capital autorizado das companhias e, no texto do dispositivo legal em apreço, não há qualquer menção a um possível caráter remuneratório, mas sim, a mera autorização para a outorga de *stock options*.

Os Planos instituídos pela Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. buscaram a atração e retenção de talentos alinhados ao crescimento e melhoria no desempenho da Companhia, mediante a concessão de uma possibilidade de cada titular dos Planos tornar-se parte do negócio (compartilhamento de riscos), mediante o exercício de opções de compra de ações que lhes permita a aquisição de participação acionária, atrelada a um contrato mercantil de compra e venda de ações.

Trata-se de um investimento dos colaboradores de determinada companhia, cuja aquisição envolverá o dispêndio de recursos próprios, não caracterizando como remuneração recebida e, por conseguinte, não há que se falar na existência do critério quantitativo para a base de cálculo do IRPF.

Diz ser pacífico o entendimento da Justiça do Trabalho no sentido de que os Planos de Opções de Compra de Ações não representam remuneração – Agravo de Instrumento. Recurso de Revista (Autos do Processo nº TST-AIRR-2086/2001-070-01-4.4, 3ª Turma, Julgado em 05/09/2009 – g.n.). Da mesma forma a Justiça Federal de São Paulo decidiu que o plano de opção de ações (*stock options*) oferecido aos empregados não tem caráter retributivo e não representa remuneração pelo trabalho prestado – Sentença preferida nos autos da Ação Ordinária nº 0021090-58.2012.4.03.6100 (Dje. em 29/10/2013 – g.n.).

Pontua que não há incremento de patrimônio ao participante enquanto não se perfaz o *vesting* (carência) e mesmo depois deste enquanto não exercida a opção e alienada com ganho a ação adquirida. O exercício do direito à aquisição das ações (onerosidade), depois do prazo de carência, depende de um ato de vontade exclusivo do titular da opção (voluntariedade), sendo somente ele quem pode decidir por realizar o investimento.

Eventual ganho somente poderá ser auferido após o exercício da própria opção e apenas na hipótese de eventual alienação posterior do ativo (ação) por valor superior ao preço de exercício da opção (risco), mas nunca antes da alienação.

Discorre sobre as “principais características” da Outorga de Opções de Compra de Ações no caso concreto – prêmio, período de carência, preço de exercício e prazo de validade das opções –, cujos momentos foram sintetizados “na linha do tempo” exposta no corpo da peça de resistência, fls. 1143/1144.

O recorrente repisa argumentos acerca das características da Outorga de Opções – voluntariedade e onerosidade, período de carência, ausência de ganho decorrente do trabalho, expectativa de direito de adquirir ações no futuro (contrato mercantil entre o Contribuinte e a Companhia), ausência de acréscimo patrimonial decorrente das opções que são inegociáveis (não podem ser confundidas com uma opção de mercado ou qualquer outro ativo financeiro) em razão das condições suspensivas contidas no Plano.

Segundo a defesa, a leitura do Plano revela que, embora as opções outorgadas ao Impugnante sejam do tipo americano, o direito não nasce, necessariamente, de forma incondicional no momento da outorga.

Características Essenciais – Contrato/Relação Mercantil – Requisitos no Caso Concreto

Rebate a conclusão da Autoridade Fiscal que caracterizou como remuneração as *stock options* pelo fato de as opções terem sido outorgadas sem o pagamento de prêmio, uma vez que o desembolso ocorre no exercício das opções, ou na subscrição das ações, em que há um pagamento efetivo realizado pelo trabalhador em favor da Companhia.

Em sentido contrário, assevera que a outorga de opções de compra de ações – dotadas das características de onerosidade, voluntariedade e risco – é considerada uma relação meramente mercantil, onde são estabelecidas todas as condições para que a opção seja efetivada pelos Participantes do Plano criado pela Companhia, por isso a classificação como contratos/relações mercantis destinados à formalização de uma modalidade de investimento.

A própria fiscalização reconhece o efetivo desembolso ao mencionar que o recorrente assinou o Boletim de Subscrição das 1.497.773 em 18/01/2010, pelo preço unitário de R\$ 11,06, e posteriormente, em 02/02/2010, efetuou o pagamento de R\$ 16.565.369,38 – item 79 do TVF.

Chama atenção o fato de que uma das principais premissas que nortearam o trabalho fiscal passa pelo fato de que a Carta-Acordo que regia as relações do Impugnante com a Multiplan foi alterada após a aprovação do Plano, na AGE de 06/07/2007.

De fato houve a alteração de cláusulas da Carta-Acordo, no entanto, para estipular novos valores para a remuneração anual (alínea “a”), que seriam reduzidos de US\$ 2,4 milhões para R\$ 1,2 milhão, supressão da cláusula que previa a remuneração variável de 5% do lucro líquido da Companhia, e a criação de uma nova cláusula onde foi registrada a outorga de opções de compra de ações ocorrida em 06/07/2007.

A nova cláusula, em momento algum, menciona que as opções de compra de ações fazem parte da remuneração e não está inserida em nenhum contexto que permita qualquer interpretação nesse sentido.

O fato de o preço de exercício fixado (R\$ 9,80) ser consideravelmente inferior ao valor da primeira distribuição pública de ações (R\$ 25,00 determinado por meio do procedimento de *bookbuilding*) não desqualifica o caráter mercantil das opções outorgadas ao Contribuinte, tendo em vista que o preço estabelecido é uma mera estimativa do que o mercado estaria disposto a pagar pelas ações.

Considera-se, ainda, que a Multiplan não possuía ações negociadas em Bolsa na época em que houve a outorga das opções ao Impugnante, de modo que não há um histórico pregresso de negociações das suas ações, aumentando os riscos do outorgado. Menciona que

ainda antes do momento de exercício por parte do Impugnante, após o vencimento do período de carência das opções, as ações chegaram a ser negociadas a R\$ 8,60.

A aquisição de um bem, ainda que sob alguma vantagem financeira, como a ausência de pagamento de prêmio nas opções outorgadas ao Impugnante, jamais poderá ser considerada como remuneração. Os elementos relacionados à contabilidade mencionados no TVF (disposições do CPC 10 e notas explicativas da Companhia), para tentar subsidiar a tese de que as opções de compra de ações outorgadas ao Impugnante seriam remuneração, não tem relevância para fins de investigação da natureza jurídica no caso em apreço.

Ressalta que as normas expedidas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (tal qual o CPC Nº 10, aprovado pela CVM por meio da Deliberação nº 562/2008), se prestam tão somente a regulamentar a forma de sua escrituração contábil pela Companhia, sem implicações fiscais para a pessoa jurídica, e menos ainda para a pessoa física.

Recorre a decisões do CARF e a ensinamentos de doutrinadores para reforçar os argumentos expostos.

Finaliza afirmando que o caráter mercantil que lastreia os Planos de *Stock Option* afasta a classificação da outorga de opções como instrumento utilizado com fins remuneratórios, razão pela qual a autuação merece ser cancelada.

Direito

Ao apontar “Descabimento da tributação pelo IRPF das Opções de Compra de Ações Quando do Exercício do Direito pelo Impugnante”, aduz que embora a fiscalização tenha adotado a data de exercício da opção, 18/01/2010, como o momento da ocorrência do fato gerador, utilizou base de cálculo que corresponde ao valor justo das opções outorgadas em 06/07/2007, valor registrado em 2008 para efeitos contábeis.

Ampara-se no texto do inciso II, alínea *a*, do artigo 49 da Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010 para ressaltar que, no caso em discussão, se houvesse um fato gerador, este não seria aquele que foi eleito pela fiscalização (exercício das opções de compra de ações – 18/01/2010), mas, sim o momento da venda das ações adquiridas a partir das opções de compra de ações, motivo pelo qual não poderá prevalecer o lançamento, sob pena de ofensa à sistemática de apuração dos ganhos no mercado de opções.

Discorre sobre o conceito de renda e o regime de caixa informador do IRPF. Anota que o Impugnante, no momento do exercício das opções, paga somente pela aquisição da ação, inexistindo qualquer disponibilidade passível de ser tributada. Não há qualquer informação nos autos de que o Impugnante alienou as suas ações no mesmo dia do exercício, motivo pelo qual não há que se falar em ganho no momento eleito pela Fiscalização.

No que concerne às pessoas físicas, aplica-se o chamado regime de caixa, pelo qual somente se impõe o Imposto de Renda no momento em que há efetiva disponibilidade de recursos financeiros (ou disponibilidade econômica) para o seu pagamento – artigo 38 do Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999). No caso presente não há que se falar nem em disponibilidade econômica, nem em jurídica, na medida em que só haverá renda tributável e fato gerador do Imposto sobre a Renda quando da venda efetiva no mercado à vista das ações adquiridas. O raciocínio defendido pela Fiscalização implica desrespeito ao disposto na

Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010, bem como ao conceito de renda e ao regime de caixa, observância imprescindível para a tributação das pessoas físicas.

Apenas para argumentar, caso seja mantida a autuação, deve ser garantido o direito de o Impugnante retificar o custo das ações adquiridas no âmbito do plano de opções de compra de ações em questão – composto pela soma do preço de exercício das opções e do valor justo das opções de compra de ações. Da mesma forma, na hipótese de desfecho desfavorável ao Impugnante, deve ser garantido também o direito à restituição/compensação dos valores recolhidos a maior a título de ganho de capital apurado quando alienou as ações adquiridas em razão do plano em fevereiro de 2010 (DIRPF 2011 e DARF anexos – doc. 03 e 04.).

Equívocos na Apuração da Base de Cálculo do IRPF

Registra que a opção outorgada ao Impugnante sequer possuía um valor, por isso a adoção do valor justo como base de cálculo – registro contábil de despesa por parte da Companhia – não pode ser base de cálculo para o IRPF. Não é possível afirmar que as opções, por não serem negociáveis, representam um bem que se incorpora e acresce ao patrimônio do recorrente, seja no momento do exercício, seja em qualquer outro momento.

A precificação do ativo para aferir o valor justo, para fins contábeis, parte da premissa de que tais opções seriam similares a uma opção negociada livremente no mercado. O que se afere é o valor justo para fins de controle contábil da Companhia e não o prêmio de uma opção outorgada no âmbito de um programa de *stock option*, pois inexistente prêmio neste modelo de opção.

Reforça que eventual ganho somente é percebido após a alienação das ações adquiridas. Assim, a base de cálculo eleita na autuação (inexistente) não serve à mensuração do fato tido como tributável, uma vez que não há correlação entre a base de cálculo e o fato supostamente tributável (recebimento de opções de compra de ações). A base de cálculo utilizada no lançamento foi o valor correspondente à despesa contabilizada pela Companhia decorrente do fato de que não houve o pagamento de “prêmio” para a aquisição das opções de compra de ações pelos participantes dos Planos. Dessa forma, não se tem uma opção gratuita e sim uma opção que foi equiparada às negociadas no mercado. Em razão dessa equiparação das opções oferecidas aos funcionários às de mercado é que não se justifica a utilização de técnicas de avaliação e precificação para ativos que não possuem parâmetros de negociação.

Se algo deixou de ser pago, esse valor deve ser o praticado pelo mercado e não valores estimados (valor justo, registro da despesa pela Companhia para atender às normas contábeis, especialmente as contidas no CPC 10). A utilização de “médias ou técnicas de avaliação” somente seria justificável caso se concluísse que não foram negociadas opções de compra de ações da Multiplan no período em que foram realizadas as outorgas.

Registra que a base de cálculo adotada considerou o valor da outorga, mas é exigida em momento diverso, pois, no entendimento da fiscalização, o negócio jurídico convencionado possui uma cláusula que impõe condição suspensiva para a efetiva implementação do negócio. Assim, o fato impositivo ocorreria após o exercício da opção de compra, mas tendo como base de cálculo um fato diverso, ocorrido em momento anterior – na outorga das opções.

Ao afirmar que a remuneração é incompatível com estimativas e que a base de cálculo do IRPF deve ter como base valores certos e determinados, o recorrente demonstra, às fls. 1165, comparação entre o critério utilizado nesta autuação com precedentes do CARF

(Acórdãos 2401-003.044, 2401-003.045 e 2301-003.597), acrescentando que “adotando-se os mesmos critérios para a apuração da base de cálculo aceita como correta nos paradigmas, temos como consequência a improcedência do presente auto de infração por incompatibilidade da base de cálculo eleita pela Fiscalização no presente caso”.

A contradição dentro da própria Receita Federal ao analisar os Planos de *Stock Options* não permite outra conclusão que não a de que, na legislação atualmente vigente, não há espaço para a tributação das opções de compra de ações e/ou do seu exercício pelo IRPF, por não amoldarem à hipótese de incidência.

Incompatibilidade do Fato Gerador Eleito

A Fiscalização presumiu que o recorrente teria sido remunerado por meio de opções de compra de ações no momento do exercício da opção, sendo esse o momento do fato gerador, reconhecendo, dessa forma, que o fato impositivo decorre de um evento de exclusiva vontade do recorrente (voluntariedade) – o Contribuinte poderia ter escolhido receber a remuneração 180 dias após o IPO – a partir de 23/01/2008, e o fez apenas em 18/01/2010, quase dois anos após o vencimento da carência –, pois a opção de compra de ações nasce, na sua outorga, como mera expectativa de direito sem um conteúdo econômico mensurável. Ocorre que a remuneração não pode depender da vontade de quem a recebe, pois é previamente pactuada entre as partes e é paga ao final da prestação de serviços, independentemente da vontade do prestador.

Após o *vesting*, o recorrente passa a deter o direito de exercício, que depende de um ato de sua vontade e do preenchimento de determinadas condições (sua permanência no cargo ou a antecipação do vencimento). No entanto, a apreciação econômica somente ocorrerá caso o recorrente aliene a ação subjacente à opção por preço superior ao preço de exercício da opção, sendo que o valor eventualmente a ser recebido será pago pelo adquirente das ações e não pela Companhia.

O valor justo da opção de compra (que não representa de maneira real o valor das opções e não serve para quantificar o serviço prestado pelos trabalhadores) foi utilizado apenas e tão somente para fins de atender às normas contábeis as quais a Multiplan, por ser uma Companhia aberta, estava sujeita. Reitera que os elementos necessários à configuração do fato gerador não estão concretizados no presente caso, não se sustentando, consequentemente, a exigência do IRPF.

Reafirma que o momento escolhido para a ocorrência do fato gerador está equivocado. Seguindo as premissas adotadas pela Fiscalização, o correto seria que a autoridade lançadora “tivesse determinado que, no momento da outorga, o vínculo entre as partes está formado e não há qualquer condição suspensiva, uma vez que o direito (adquirir opções de compra de ações) já foi adquirido, nada interferindo no objeto da contratação entre as partes o fato de o titular vir a exercer ou não a opção”.

Se houvesse fato gerador e a sua base de cálculo fosse a outorga, mesmo assim o lançamento deverá ser cancelado, pois as opções foram outorgadas ao recorrente em 07/07/2007 e o Auto de Infração lavrado apenas em 01/12/2014, passados mais de cinco anos da ocorrência do suposto fato gerador, o que não pode ser admitido, sob pena de ofensa ao artigo 150, §4º, do CTN.

Por coerência, se a suposta remuneração ocorreu em razão de o prêmio estipulado ser zero, o fato gerador teria se concretizado naquele momento e não quando do exercício da opção de compra das ações. São momentos distintos e fatos distintos.

Ao utilizar como base de cálculo o valor justo das opções, esperava-se que esse valor tivesse sido recalculado para a data da ocorrência do suposto fato gerador. E se isso tivesse sido feito, a base de cálculo do IRPF teria sido diferente, já que o valor justo das opções oscila de acordo com os fatores externos de momento.

Resta demonstrado ao menos que, ou o Fisco elegeu o momento errado para a ocorrência do fato gerador – deveria remeter à outorga das opções e não ao exercício –; ou adotou uma base de cálculo imprópria – o valor justo das opções na data do exercício e não da outorga.

Observa que, mesmo que se entenda correta a conduta da Fiscalização, deveria ter aplicado o disposto no artigo 52 da IN nº 971/2009, o qual determina que o fato gerador das contribuições previdenciárias é o momento do creditamento (no caso, nos termos do CPC 10, ocorre mês a mês, durante o período de carência).

Iliquidez e Incerteza do Pretensão Crédito Tributário

Invoca o artigo 142 do CTN e lições doutrinárias para reiterar que os equívocos cometidos, especialmente aqueles que afetam o fato gerador e a base de cálculo do IRPF, evidenciam a ausência de liquidez e certeza do lançamento originário do presente processo administrativo. Entende que o lançamento deve ser cancelado.

Ilegalidade de Incidência dos Juros Sobre a Multa

Salienta que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.

Ampara-se nos artigos 5º, II, e 37 da Constituição Federal, artigo 3º do CTN, artigo 13 da Lei nº 9.065/1995, artigo 84 da Lei nº 8.981/1995, decisões administrativas e lições da doutrina.

Requer o reconhecimento da nulidade do Acórdão recorrido ou a reforma integral deste cancelando o auto de infração e extinguindo-se os créditos exigidos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator.

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da Nulidade.

O contribuinte traz questionamento acerca da nulidade do auto do Acórdão recorrido, alegando a ausência de análise do plano Multiplan. Pois bem, há de se constatar que

todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/ 1972, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do auto de infração, a saber:

Art10. O auto de infração será lavado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I- a qualificação do autuado;

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

III -a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V- a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 dias;

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

No tocante aos aspectos relativos à nulidade dos atos que compõem o processo fiscal, destaque-se o estabelecido pelo artigo 59, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

Art. 59. São nulos.

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que o Auto de Infração só poderá ser declarado nulo se lavrado por pessoa incompetente ou quando não constar, ou nele constar de modo errôneo, a descrição dos fatos ou o enquadramento legal de modo a consubstanciar preterição do direito de defesa. No caso em tela, observa-se que o auto de infração contém os elementos necessários e suficientes para o atendimento do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, bem como Acórdão restou devidamente fundamentado, não ensejando declaração de nulidade.

Ademais, referido plano foi objeto de minuciosa análise pela autoridade lançadora conforme se verifica no Termo de Verificação Fiscal.

Desta forma, não merece prosperar a alegação de nulidade do Acórdão suscitada pelo recorrente.

Do Mérito

Entendeu a autoridade fiscal que ao exercer o direito de outorga de opção de compra de ações da empresa Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. o recorrente recebeu remuneração sobre a qual deveria ter recolhido Imposto de Renda.

Por seu turno o recorrente defende o caráter mercantil das *stock options* sobre as quais não devem incidir IRPF.

Inicialmente temos que *Stock Option Plan* (Plano de Opção de Compra de Ações) representa um plano que determina regras e critérios para outorga a determinador trabalhadores da possibilidade de aquisição de ações da empresa. A opção por ações proporciona ao beneficiário o direito de compra de ações por um valor pré-determinado, após um período de carência previamente determinado (permanência na empresa) e a possibilidade de vendê-las no mercado de capitais auferindo lucro.

No ordenamento jurídico brasileiro, a opção de compra de ações esta prevista no § 3º do artigo 168 da Lei nº 6.404/76, *verbis*:

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

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

As *stock options* em si são mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime opção de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento não tendo caráter salarial, mas sim um incentivo ao trabalhador após um período pré-determinado ao longo do curso da prestação de serviços.

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

Assim, a *Stock Option* representa um plano que determina regras e critérios para outorga a determinador trabalhadores da possibilidade de aquisição de ações da empresa. O objetivo deste plano é a retenção dos empregados considerados “talentos” da empresa e a busca de resultados por meio de uma parceria entre os acionistas e empregados da empresa.

Este procedimento encontra-se previsto no art. 168, § 3º da Lei nº 6.404/76, (A Lei das Sociedades Anônimas) ou seja, não se trata de um artifício criado pelas empresas com intuito de disfarçar a remuneração de seus colaboradores.

Para que os planos se enquadrem na regra contida no dispositivo acima mencionado é necessário que sejam cumpridos alguns requisitos, dos quais dois são essenciais e obrigatórios: a onerosidade e o risco.

Sobre este aspecto, não há impedimento de que a empresa busque meios de satisfazer e oferecer atrativos aos seus colaboradores, desde que tais incentivos estejam devidamente resguardado por Lei.

Em artigo escrito por Adriana Carrera Calvo, para trazer a definição de *stock options*, observa-se um ponto de destaque que afastaria o entendimento tido pela autoridade fiscal,;

(...)

*Em geral, o plano de “stock options” contém os seguintes elementos: (1) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção (“exercise price”); (2) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções (“vesting”) e; (3) termo de opção – prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação (“expiration date”): **O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado.***

Neste aspecto, vale destacar que o referido valor do desconto ou prêmio não pode ser tão significativo que elimine o risco da operação futura, pois implicaria em gratuidade na concessão do plano, critério típico do salário-utilidade. (grifei)

(...)

Ora, é inerente ao plano de opções que haja um desconto entre o preço de mercado atual e o valor a ser oferecido aos beneficiários. Se não, qual seria a finalidade de a empresa elaborar um plano para oferecer as ações? Se for para obter uma ação ao preço de mercado, basta que o interessado vá direto a uma corretora e adquira quantas ações quiser junto a Bolsa de Valores.

Sobre este aspecto, não há impedimento de que a empresa busque meios de satisfazer e oferecer atrativos aos seus colaboradores, desde que tais incentivos estejam devidamente resguardado por Lei.

Da forma como é tratado pela fiscalização e pela decisão recorrida, os planos de *stock options* sempre se caracterizariam como remuneração indireta. Creio que não foi essa a intenção do legislador ao inserir o art. 168, § 3º da Lei nº 6.404/76 que, claramente lhe conferiu caráter mercantil. Para afastar esse caráter dado pela lei, deve ser demonstrada a ausência dos requisitos inerentes ao plano.

DO DESVIRTUAMENTO DO PLANO

Como dito acima, para afastar o caráter remuneratório de um plano de *stock options* é necessário que se cumpra os requisitos legais.

No presente caso, entendo que não houve o cumprimento de um desses requisitos ao passo que se verifica o acordo pactuado entre o recorrente e a empresa Multiplan para sua permanência no cargo de Diretor Presidente pelo prazo de 5 anos.

Nos termos desse acordo, o recorrente fazia jus a uma remuneração fixa anual de US\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil dólares norte-americanos) e a uma remuneração variável de 5% do lucro líquido da companhia depois de descontados os impostos.

Um ano após esse acordo, foi aprovado o plano de opção de compra de ações da Multiplan, que teve o recorrente como seu primeiro beneficiário, tendo a AGE de aprovação do plano estabelecido “**os novos termos da remuneração** de José Isaac Peres, na qualidade de Diretor Presidente da Companhia, **os quais incluem opção de compra de ações**, exercível nos termos de tal instrumento e da cláusula 3.2.1 do Plano de Opção de Compra de Ações da Companhia

Transcrevemos abaixo o trecho desse acordo:

(a) Fica estabelecido que a partir da data da realização da Oferta Pública Inicial de ações ordinárias da MTE ("IPO da MTE"), a remuneração anual, prevista no item (ii) do Contrato de Serviços, passará a ser R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), valor a este a ser ganho e pago mensalmente em parcelas mensais iguais.

(b) Fica estabelecido que a partir da data da realização da IPO da MTE, a remuneração variável prevista na Clausula (iii) do Contrato de Serviços será integralmente substituída por uma única outorga de opção de compra de 1.497.773 (um milhão, quatrocentas e noventa e sete, setecentas e setenta e três) ações ordinárias de emissão da MTE, conforme prevista na cláusula 3.2.1 do Plano de Opção de Compra de Ações da MTE anexo à presente ("SOP da MTE"), mediante a qual as ações ordinárias objeto desta opção de compra poderão ser adquiridas por V. Sa. pelo preço de exercício de R\$9,80 (nove reais e oitenta centavos) por ação após 180 dias (cento e oitenta dias) contados da data da conclusão da IPO da MTE.

Ora, fica nítido nesse acordo que houve uma alteração na forma de REMUNERAR o recorrente que fez a opção de diminuir sua remuneração fixa e de trocar a remuneração variável via participação nos lucros líquidos por uma outorga de opção de compra de ações, tudo dentro das práticas de negociação de salários comuns a executivos do porte do recorrente.

Ou seja, fica latente que, neste caso específico, que as *stock options* são oferecidas como vantagem adicional à remuneração básica, como um atrativo para que os executivos trabalhem e continuem trabalhando na companhia, quer dizer, são oferecidas pelo trabalho.

Outro fato é que o Plano não era estendido a todos os trabalhadores indistintamente, mas apenas àqueles considerados “elegíveis” pela empresa. Assim, apenas alguns empregados e altos executivos, determinados nominalmente pela companhia poderiam auferir a vantagem.

Desta forma entendo como desvirtuado o plano não cabendo razão ao recorrente.

DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR e DA BASE DE CÁLCULO

O recorrente argumentando que não houve pagamento ou mesmo ganho, e portanto, a verba não poderia constituir salário de contribuição, sendo indevida o lançamento em relação a este período.

Sustenta ainda erro na eleição da data da ocorrência do fato gerador.

Sem razão ao recorrente.

Uma vez identificado que houve um desvirtuamento no plano de opção realizado entre o recorrente e a empresa Multplan, cabe-nos definir qual o valor e data da ocorrência do fato gerador.

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

De um modo geral, o plano de “*stock options*” contém alguns elementos: (a) preço de exercício – preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer sua opção (“*exercise price*”); (b) prazo de carência – regras ou condições para o exercício das opções (“*vesting*”) e; (c) termo de opção – prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação (“*expiration date*”): O preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor de mercado.

Ao fornecer o benefício ao trabalhador, inclusive com a conseqüente possibilidade de venda imediata, como enfatizado pelo auditor (donde se extrai dos contratos), ofertou a recorrente ao trabalhador um ganho indireto, cuja definição da base de cálculo deu-se sobre o ganho auferido pelo beneficiário, seja ele advindo do embolso financeiro ou do ganho a forma de utilidade.

Assim, o momento da ocorrência do fato gerador, foi com a concretização da opção, auferindo um ganho indireto (o direito de compra), até poderemos nos deparar com situações em que o empregado nunca realizasse essa venda. Ou seja, não é a possibilidade de venda das ações e o ganho dela resultante que determina o momento da ocorrência, mas o exercício das ações.

As razões acima expostas também afastam a alegação de iliquidez e incerteza do crédito lançado, razão pela qual as rejeito.

Ilegalidade de Incidência dos Juros Sobre a Multa

Sobre este aspecto a aplicação de juros sobre multa de ofício é aplicável na medida que esta faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo. Assim, fazendo parte do crédito junto com o tributo, devem ser aplicados a multa os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

No mesmo sentido, manifestou-se por maioria a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no processo 10.768.010559/2001-19, Acórdão 9202-01.806 de 24 de outubro de 2011, cuja ementa transcrevo abaixo:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
IRRF*

Ano calendário:1997

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE.

O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo Recurso especial negado.

É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região.

Recurso Especial Negado.

A matéria sob exame pode ser dividida em duas questões, que se completam.

A primeira, diz respeito à própria possibilidade genérica da incidência de juros sobre a multa, e centra-se na interpretação do artigo 161 do CTN; a segunda questão envolve a discussão sobre a existência ou não de previsão legal para a exigência de juros sobre a multa, cobrados com base na taxa Selic.

Sobre a incidência de juros de mora o citado art. 161 do CTN prevê o seguinte:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

*Inicialmente entendo que o art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o **caput** do artigo.*

Ou seja, tanto a multa como o tributo compõem o crédito tributário, devendo-lhes ser aplicado os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

Ademais, não haveria porque o valor da multa permanecer congelado no tempo.

Por seu turno o § 1.º do art. 161 do CTN, ao prever os juros moratórios incidentes sobre os créditos não satisfeitos no vencimento, estipula taxa de 1% ao mês, não dispondo a lei de modo diverso. Abriu, dessa forma, possibilidade ao legislador ordinário tratar da matéria, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.

O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa. Confira-se in verbis:

"Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, 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." (grifei)

Esse entendimento se coaduna com a Súmula nº 45 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que já previa a correção monetária da multa:

"As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária."

Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região:

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO. JUROS SOBRE A MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 113, § 3º, CTN. LEI Nº 9.430/96. PREVISÃO LEGAL.

1. Por força do artigo 113, § 3º, do CTN, tanto à multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõe o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. 2. O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente. 3.

Segundo o Enunciado nº 45 da Súmula do extinto TFR "As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária." 4. Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa."

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.72.01.0000311/ SC, Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares)

"TRIBUTÁRIO. ART. 43 DA LEI 9.430/96. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS.

LEGITIMIDADE.

1. É legítima a exigência fiscal consistente na incidência de juros moratórios sobre multa de ofício aplicada ao contribuinte.

Inteligência do artigo 43 da Lei 9.430/96 c/c art. 113, § 3, do CTN.

2. Improvida a apelação.”

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.00.0263869/ PR, Relator: Juiz Federal Décio José da Silva).

Destarte, entendo que é legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Logo, entendo plenamente aplicável a incidência de juros sobre a multa de ofício, conforme demonstrado na decisão acima transcrita, a qual adoto como razão para determinar a procedência da multa aplicada.

DOS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE GANHO DE CAPITAL

Embora entenda como correto o lançamento, verifica-se que a fiscalização deixou de observar os valores já recolhidos a título de ganho de capital. Desta forma cabe razão ao recorrente no sentido de que tenha que haver o aproveitamento dos valores já recolhidos abatendo-os do levantamento. Deve ser observado neste aspecto, a diferença entre o valor da venda como o valor do exercício das opções.

Ante ao exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito DAR PROVIMENTO PARCIAL para que sejam aproveitados os valores recolhidos a título de ganho de capital.

(assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Sávio Nastureles.

1. No julgamento deste processo, o entendimento majoritário levou em consideração critério estabelecido sobre a apuração da base de cálculo, equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações (vigente no momento do efetivo exercício) e o valor efetivamente despendido pelo beneficiário (vigente no momento da opção).

1.1. Tal critério foi analisado pelo Colegiado ao tempo em que foi exarada a decisão corporificada no Acórdão nº 2301-005.752 (data de sessão: 08/11/2018), de que se transcreve a ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2010, 2011

PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS).
FATO GERADOR DO IMPOSTO SOBRE A RENDA. ASPECTOS
TEMPORAL E QUANTITATIVO DO FATO GERADOR.

Proventos são acréscimos patrimoniais não derivados da renda. Constitui provento a diferença positiva entre o valor de mercado da ação no dia do exercício da opção de compra e o valor pago pela opção. O fato gerador do imposto ocorre no momento em que a ação passa a acrescer o patrimônio do contribuinte e corresponde ao exercício da opção de compra.

(Acórdão nº 2301-005.752 - data de sessão: 08/11/2018)

2. Detendo-se no caso em exame, registre-se que a abordagem feita no voto produzido pelo Eminentíssimo Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, relator deste processo encontra-se precisa no que respeita ao aspecto temporal do fato gerador. Peço vênica para repisar trecho do voto vencido:

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

(...)

Assim, o momento da ocorrência do fato gerador, foi com a concretização da opção, auferindo um ganho indireto (o direito de compra), até poderemos nos deparar com situações em que o empregado nunca realizasse essa venda. Ou seja, não é a possibilidade de venda das ações e o ganho dela resultante que determina o momento da ocorrência, mas o exercício das ações.

3. Cabe, salientar, contudo, que na apuração da base de cálculo, a autuação, em vez de se pautar pelo critério estabelecido no Acórdão nº 2301-005.752 (subitem 1.1 supra), optou por adotar abordagem diferenciada, ao eleger para o caso em tela, o valor justo das opções de compra de ações recebidas da Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. .

3.1. Para propiciar a compreensão do critério elegido pela autoridade autuante, faz-se a transcrição do tópico intitulado "Momento de Ocorrência do Fato Gerador e Base de Cálculo" (e-fls 1121/1124) inserto no Termo de Verificação Fiscal(TVF):

III.2.2.4. Momento de Ocorrência do Fato Gerador e Base de Cálculo

101. Neste item do presente Termo de Verificação Fiscal abordar-se-á relevante questão, que é o momento de ocorrência do fato gerador "recebimento de remuneração", no caso concreto.

102. Primeiramente, deve-se registrar que o contribuinte, Sr. José Isaac, não comprou as *stock options* (se as tivesse comprado, teria pago o correspondente prêmio),¹ mas as recebeu da Companhia outorgante, [^]sob condições suspensivas (ver parágrafo 78), em 06/07/2007, em contraprestação aos serviços prestados como Diretor-Presidente.

103. Neste momento (06/07/2007) o contribuinte se imbuíu da expectativa de, no prazo de exercício estipulado, adquirir as 1.497.773 ações ordinárias da Companhia por preço significativamente inferior ao preço de mercado (R\$9,80 cada ativo, corrigido monetariamente).

104. Como já foi dito, superado o prazo de carência (período entre a outorga, 06/07/2007, e 180 dias contados da primeira IPO da Companhia) e dentro do de exercício, em **18/01/2010** esta expectativa foi concretizada, com o exercício voluntário, por ele; das opções de compra de 1.497.773 ações ordinárias da Companhia, pelo preço pré-fixado (R\$9,80 cada ativo, corrigido monetariamente), que estava aquém do preço de mercado (R\$30,58 nesta data).

105. Torna-se claro que o efetivo exercício, pelo Sr. José Isaac, das *stock options*, em **18/01/2010** -voluntário, dentro do prazo estipulado e mediante o pagamento do preço previsto - completou o ciclo remuneratório e representou o aumento patrimonial decorrente do recebimento (gratuito) deste instrumento patrimonial.

106. Em outras palavras, apesar de ele ter recebido as *stock options* em 06/07/2007 e de ele poder exercê-las desde 23/01/2008, - O efetivo exercício destas, em **18/01/2010**, consubstanciou a remuneração e, por conseguinte, o acréscimo patrimonial tributável.

107. É importante se destacar que, por suas características peculiares (proibição de utilização em qualquer tipo de operação financeira, seja em proveito do Sr. José Isaac ou de terceiros, conforme cláusula 10.5 do "Plano", transcrita no parágrafo 68, supra), e por estar o direito do contribuinte sujeito a condições suspensivas, pode-se afirmar que as *stock options* só foram disponibilizadas juridicamente ao contribuinte (só acresceram seu patrimônio) no momento em que eles as exerceu.

108. Adotar entendimento diverso (ocorrência, de fato gerador em momento anterior ao do exercício das *stock options*) seria atribuir ao contribuinte remuneração que ele efetivamente não recebeu, pois, se o Sr. José Isaac, por decisão pessoal, não exercesse suas opções de compra, estas teriam caducado sem que ele tivesse auferido a remuneração e, assim, sem que ele tivesse experimentado aumento em seu patrimônio.

109. Pode-se afirmar, assim, que o fato "exercer as *stock options*" constitui requisito para que a remuneração (e o consequente aumento patrimonial desta decorrente) efetivamente se realize.

110. Portanto, o fato imponível "recebimento de remuneração", sobre o qual incide o imposto de renda da pessoa física, ocorreu em **18/01/2010**.

111. Recorde-se ainda que, na seara do IRPF, aplica-se a seguinte disposição legal:

Lei nº 8.134/90:

"Art. 2º O Imposto de Renda das pessoas físicas será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 11."¹

112. Saliente-se, por fim, que o momento, subsequente ao exercício das *stock options* - isto é, subsequente à ocorrência do fato gerador -, em que o trabalhador beneficiário torna-se proprietário das ações subjacentes às *stock options* e as negocia livremente, é irrelevante para a presente análise, que se foca na ocorrência do fato imponível "recebimento de remuneração". Assim, após o exercício das *stock options*, 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."

¹ O art. 2º, parágrafo segundo, do RIR/99 corrobora esta prescrição legal: "(...)§ 2º O imposto será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 85 {Lei 34. de 27 de dezembro de 1990, art. 2-1."

113. Com o intuito de recapitulação e síntese, destaca-se, novamente, que o Sr. José Isaac:

113.1. recebeu as *stock options* em 06/07/2007 (momento "outorga"), como parte de sua remuneração pelo exercício do cargo de Diretor-Presidente da Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A., com fulcro na Carta-Acordo" e no "Plano" (já analisados em detalhes);

113.2. cumpriu as condições suspensivas, temporal (180 dias contados da primeira IPO da Companhia) e de trabalho (permanecer como Diretor-Presidente desta) e

113.3. exerceu as *stock options*, que recebera em contraprestação a seu trabalho, em **18/01/2010** (momento "fato gerador"), quando ele, concretamente, auferiu seu rendimento do trabalho previsto na cláusula (iii) da "Carta-Acordo" (em sua redação de 06/07/2007), o que consubstancia o fato imponible do IRPF.

114: Os seguintes documentos, fornecidos pelo Sr. José Isaac em atendimento ao termo nº 01 -Início de Procedimento Fiscal, registram o exercício das *stock options* por ele:

114.1. documento de fls. 206, por meio do qual em 07/01/2010 "o contribuinte comunicou à Companhia a intenção de exercício deste direito;

114.2. ata da Reunião do Conselho de Administração, realizada em **18/01/2010**, na qual se aprovou a emissão de 1.497.773 ações ao preço unitário de R\$11,06 e o aumento do capital social em R\$16.565.369,00 em virtude do exercício da opção de compra de ações pelo contribuinte (cláusulas 4 ii e 4 iii), entre outras deliberações (fls. 207/208);

114.3. Boletim de Subscrição, de **18/01/2010** (fls. 209);

114.4. extrato bancário (Banco Bradesco S.A., Agência 3232, Conta 63782-3) demonstrativo do pagamento de R\$16.565.369,38, em 02/02/2010 (fls. 11) e

114.5. Escrituração Contábil Digital da Multiplan Empreendimentos Imobiliários SA, do mês de janeiro de 2010, com o lançamento, em 20/01/2010, da subscrição das novas ações nas contas "1101021001 CLIENTES DIVERSOS" (débito) e "2102100102 CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO", no valor de R\$16.565.369,38²:

115. Definido o momento de ocorrência do fato gerador, passa-se à análise da base de cálculo do imposto de renda que será lançado.

116. A remuneração auferida pelo Sr. José Isaac Peres com as opções de compra de ações outorgadas a ele pela "Companhia" corresponde ao valor justo deste instrumento patrimonial, cuja mensuração foi feita pela Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. com base no método Black-Scholes³ e em conformidade com as prescrições da Deliberação CVM nº 562/2008, que aprova o CPC 10, cujo inciso II traz disposição transitória que abrange os instrumentos patrimoniais remuneratórios (ações, opções de compra de ações e outros) existentes no final do exercício de 2008.

117. Em resposta aos Termos nº 01 - Intimação Fiscal, de 18/06/2014, e nº 02 - Intimação Fiscal, de 04/08/2014, lavrados na Diligência Fiscal efetuada na Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A., ela informou que:

² A escrituração contábil digital da Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. foi requisitada (fls. 1092) e trouxe os seguintes lançamentos:

Data*	Cód.Conta	Conta	D/C	Valor	Histórico
20/01/2010	1101021001	CLIENTES DIVERSOS	D	16.565.369,38	Fatura cliente FATURA CLIENTE /FATURA
20/01/2010	2102100102	CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO	C	16.565.369,38	Fatura cliente FATURA CLIENTE /LANCAMENT.EM CREDITO

³ Trata-se, em simplíssima definição, de equação matemática desenvolvida e utilizada para a precificação de opções de compra de ações, com a precisão possível, partindo da premissa que toda opção de compra de ações negociáveis é implicitamente precificada.

117.1. no final do exercício de 2008 registrou os efeitos contábeis das opções de compra de ações outorgadas no exercício de 2007, já que, conforme a Deliberação CVM nº 565, de 17/12/2008 (que aprovou o Pronunciamento Técnico CPC 13), passou a aplicar as novas regras contábeis, estabelecidas pela Lei nº 11.638, de 28/12/2007, a partir de 31/12/2007;

117.2. "(...) *mensurou o valor justo, determinado pelo método Black-Scholes, nas outorgas de opção de compra de ações concedidas até 31/12/2007, dentre elas a do Sr. José Isaac Peres, e reconheceu o montante de R\$24.24.579.708,45. (...) na conta de "lucros acumulados" (2303010100) em contrapartida à conta de "opções outorgadas reconhecidas" (2302010203)" e*

117.3. deste montante, R\$24.562.821,20 correspondem ao valor justo das opções de compra de ações dadas ao contribuinte, Sr. José Isaac, e são o produto da multiplicação do número de *stock options* concedidas (1.497.773) pelo valor justo de cada uma destas (R\$16,40), definido por meio da utilização do método Black-Scholes.

118. Para demonstrar o cálculo deste valor justo unitário, a Diligenciada apresentou, no corpo de sua carta-resposta ao Termo nº 02 - Intimação Fiscal, a seguinte tabela:

Data de Outorga	Preço de Mercado	Preço de Exercício	Volatilidade e Mensal	Dividend Yield	Período Esperado . de Exercício	Taxa de Juros	Valor Justo
06/07/07	R\$ 25,00	R\$11,35	48,88%	1,70%	3,25 anos	12,10% a.a	R\$ 16,40

119. O CPC 10, tratando da mensuração da remuneração paga por meio de instrumentos patrimoniais (ações, opções de compra de ações e outros), diz que "(...) *Em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma, indireta,- ou seja, deve tomar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados como o valor justo dos serviços recebidos.*", (trecho do item 12).

120. Lembre-se que o Sr. José Isaac não comprou as *stock options* - se as tivesse comprado, teria pago o prêmio de R\$24.562.821,20 (valor justo) -, mas as recebeu, em contraprestação aos serviços prestados à Companhia outorgante, e as exerceu em **18/01/2010** (data em que efetivamente ocorreu o fato imponible "recebimento de remuneração", consubstanciado pela disponibilidade jurídica das *stock > options* e consequente/concomitante acréscimo patrimonial).

121. Outrossim, certamente - e hipoteticamente -, se em **18/01/2010** o contribuinte tivesse adquirido 1.497.773 ações ordinárias da Companhia no mercado de capitais, em simples operação mercantil desvinculada de seu contrato laboral, teria pago por estes ativos mobiliários o preço unitário de mercado (R\$30,58).

122. Ocorre que, *in casu*, em face do valor justo das opções de compra de ações recebidas pelo contribuinte como parte de sua remuneração (expressamente prevista na "Carta-Acordo"), ele, ao exercê-las, pagou pelas ações ordinárias preço unitário vultosamente inferior ao que pagaria no mercado de capitais (R\$11,06, que é o preço de exercício corrigido monetariamente).

123. Assim, o montante de sua remuneração, não. informada na ficha "Rendimentos Tributáveis Recebidos de Pessoa Jurídica pelo Titular" da DIRPF 2011, correspondente ao valor justo das *stock options* (R\$24.562.821,20), que foi metodicamente apurado pela Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A.

124. Em sintonia com o raciocínio exposto, em seu trabalho, anteriormente citado, Andrea Gonçalves Silva assevera que⁴:

Uma análise apurada dos planos de stock options demonstra que o ativo econômico oferecido ao trabalhador pela empresa são as opções de compra de ações, e não as ações subjacentes a essas opções. (...)

⁴ Op. cit. .

Com efeito, as opções de compra de ações são outorgadas pela companhia ao trabalhador de forma gratuita, ou seja, o obreiro não paga à empresa o prêmio que todos os demais titulares de opções sobre ações pagam, para terem assegurados os direitos de optar se comprem, ou não, as ações que lastreiam as opções, nas condições anteriormente previstas. (...) O trabalhador paga pelas ações, sendo que as opções lhe são dadas gratuitamente pelo empregador, como retribuição pelo trabalho prestado. (...)

(grifamos)

III.2.3. Conclusão

125. Conforme os fatos e as verificações fiscais já expostos e com base nos documentos que embasam o trabalho desenvolvido neste procedimento fiscal, conclui-se que, no ano-calendário 2010, o contribuinte omitiu, em sua DIRPF 2011 (ano-calendário 2010), rendimentos tributáveis, correspondentes a **R\$24.562.821,20**, que é o valor justo das opções de compra de ações recebidas da Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A., como parte de sua remuneração.

4. Não obstante a minuciosa fundamentação inserta a partir do item 115 do TVF (e-fls 1123), o entendimento majoritário dos Conselheiros deste Colegiado firmou como critério no caso de exigência do IRPF, posicionamento similar àquele que tem prevalecido para a exigência de contribuições previdenciárias, em que a base de cálculo se apura mediante a diferença entre o valor de mercado na data do efetivo exercício e o preço no momento do exercício das opções.

5. Afigura-se elucidativo complementar essa exposição, com a devida permissão do Conselheiro João Maurício Vital, transcrevendo-se parte do voto vencedor proferido no Acórdão nº 2301-005.752 acima citado:

O fato gerador do Imposto sobre a Renda ou Proventos de Qualquer Natureza é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica. A renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os proventos são acréscimos patrimoniais que não sejam rendas.

Para efeito de se estabelecer o aspecto temporal do fato gerador, portanto, deve-se identificar o momento em que houve o acréscimo ao patrimônio do sujeito passivo, caracterizando-se, assim, a percepção de proventos. Esse momento, no caso de stock options, ocorre quando o sujeito passivo exercita o direito que lhe foi outorgado e adquire as ações. A partir de então, mesmo que, eventualmente, haja limitações para que as ações sejam negociadas, elas já integram o patrimônio sujeito passivo, que passa a ter direito a dividendos, pode alugá-las, entram na sucessão, podem ser penhoradas e dadas em garantia; enfim, estão sujeitas a várias consequências da propriedade.

Entendo, ainda, que eventual cláusula de limitação temporária de venda das ações recebidas não torna condicionado o negócio jurídico, pois a tradição dos títulos terá ocorrido e dela decorrerão os efeitos jurídicos próprios. Portanto, ainda que haja cláusula de lock up, não vejo, na espécie, a hipótese do inc. I do art. 117 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 Código Tributário Nacional (CTN). Uma vez exercida a opção, ela não será desfeita e, por conseguinte, a situação estará

definitivamente constituída, nos termos do inc. II do art. 116 do mesmo diploma.

Quanto ao aspecto quantitativo do fato gerador, entendo que corresponde ao quantum acrescido ao patrimônio do indivíduo. Esse valor é o preço de mercado da ação no dia do exercício da opção, pois é por esse montante que o título passa a compor o ativo do beneficiado e é, inclusive, o curso histórico para efeito de apuração de eventual ganho de capital quando e se o ativo for vendido.

Porém, como no caso dos autos, em havendo valores pagos para o exercício da opção eles devem ser abatidos do preço de mercado do ativo adquirido, isso porque os pagamentos para o exercício da opção são eventos permutativos que alteram apenas qualitativamente o patrimônio, sem aumentá-lo.

CONCLUSÃO

6. Em vista do exposto e do posicionamento majoritário deste Colegiado em relação ao aspecto quantitativo do fato gerador, verifica-se a insubsistência da autuação pelo equívoco na apuração da base de cálculo, e por isso decidiu-se por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Antônio Sávio Nastureles - Redator designado.