



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

Processo n° 10830.726453/2014-54
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-005.752 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de novembro de 2018
Matéria Imposto sobre a Renda de Pessoa Física
Recorrente EDEMIR PINTO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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 crescer o patrimônio do contribuinte e corresponde ao exercício da opção de compra.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a abranger toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (a) por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares, e, (b) no mérito, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário para determinar que seja abatido, da base de cálculo do lançamento, os valores pagos a maior a título de IRPF sobre ganho de capital; vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator) e Wesley Rocha, que davam total provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro João Maurício Vital.

(assinado digitalmente)

João Bellini Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

(assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Redator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Maurício Vital, Alexandre Evaristo Pinto, Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Reginaldo Paixão Emos, Marcelo Freitas de Souza Costa, Virgílio Cansino Gil (suplente convocado para substituir a conselheira Juliana Marteli Fais Feriato, ausente justificadamente) e João Bellini Junior (Presidente). Ausente, justificadamente, a conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Contra o sujeito passivo acima identificado foi lavrado o auto de infração de fl.14/54, em 24/10/2014, relativo ao imposto sobre a renda das pessoas físicas dos exercícios 2010 e 2011, anos-calendário 2009 e 2010, no qual se exige imposto sujeito à multa de ofício, no valor de R\$ 7.882.305,32, além dos acréscimos legais previstos na legislação de regência, totalizando crédito tributário de R\$ 16.685.215,52 (demonstrativo à fl.14).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fl.22/51, a ação fiscal foi realizada em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 08.1.04.00-2014-00288-5, e teve início em 28/04/2014, quando o contribuinte tomou ciência (fl.04) do Termo de Início do Procedimento Fiscal de fl.02/03.

O procedimento fiscal ficou restrito à análise do exercício de opções de compra de ações da BM&F BOVESPA S.A., CNPJ 09.346.601/0001-25, sucessora de BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS BM&F S.A., CNPJ 08.936.812/0001-55, nos anos-calendário de 2009 e 2010.

O lançamento de ofício foi formalizado em decorrência da apuração de omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica, decorrentes do trabalho com vínculo empregatício, de R\$ 12.310.618,32, no ano-calendário 2009; e de R\$ 16.352.310,12, no ano-calendário 2010

Cientificado do lançamento na data de 22/10/2014 (fl.58), o fiscalizado impugnou a exigência em 25/11/2014, por intermédio do instrumento de fl.70/127, apresentada por procuradoras regularmente constituídas, com poderes específicos de representar o interessado no presente processo administrativo fiscal (procuração às fls.134/135). A defesa se baseou em razões de fato e de direito que foram assim sumariadas na peça de impugnação:

a) o auto de infração é nulo, pois a fiscalização incorreu em diversas incongruências e equívocos na constituição de suas premissas e fundamentações, confundindo-se na diferenciação das opções das ações subjacentes e pautando-se a autuação em argumentos contraditórios/equivocados, o que enseja a nulidade do lançamento tributário por conta do vício de motivação;

b) a fiscalização mencionou que as opções de compra de ações outorgadas ao impugnante e o exercício da opção teriam natureza de salário ou remuneração-utilidade; no entanto, demonstrou-se ao longo da presente impugnação o desenquadramento dos planos de stock option do conceito de remuneração, em razão das disposições legislativas acerca do conceito, do entendimento firmado pela jurisprudência trabalhista e pela doutrina, bem como da inexistência dos princípios de contraprestatividade, habitualidade, irredutibilidade, irrenunciabilidade, entre outros;

c) incoerentemente, a autuação lavrada para cobrança das contribuições previdenciárias contra a pessoa jurídica (BM&F BOVESPA) elegeu valor diverso a título de remuneração supostamente paga pela empresa ao impugnante, para o mesmo período, o que não pode ser admitido; a base da remuneração deve ser, necessariamente, representada por um único valor para aquele que a paga (pessoa jurídica) e para aquele que a recebe (trabalhador);

d) comparando-se as duas autuações lavradas contra a pessoa jurídica (BM&F BOVESPA) e a presente autuação lavrada contra o impugnante, verifica-se que foram eleitos diferentes fatos geradores e bases de cálculo para se determinar o montante da remuneração, ao arpejo dos princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e moralidade, que devem lastrear os atos praticados pela administração pública;

e) na lavratura da presente autuação, a fiscalização não se atentou à observância das peculiaridades legais específicas aplicáveis à tributação das pessoas físicas, voltando os fundamentos basilares da autuação para a perspectiva da pessoa jurídica; foram exploradas, de forma impertinente, as disposições do CPC 10 e da Lei nº 6.404, de 1976, e, por outro lado, olvidou-se de tratar da necessidade de percepção dos rendimentos e da sujeição ao regime de caixa pela pessoa física;

f) a fiscalização não poderia ter desconsiderado os Planos de Stock Option em comento, sendo que o artigo 116, § único, do CTN, carece de regulamentação; no entanto, ainda que se admitisse tal procedimento, o correto seria a fiscalização ter desconsiderado os Instrumentos Particulares de Outorga de Opção de Compra de Ações, sendo que estes é que criam o vínculo entre as partes;

g) a sistemática de apuração dos ganhos líquidos no mercado de opções regulamentada pela IN nº 1.022, de 2010, revela que a legislação jamais define momento diferente daquele em que os ativos são efetivamente alienados para a geração dos efeitos tributários; o fato gerador ocorre somente no momento e em decorrência da venda das ações adquiridas a partir das opções de compra de ações;

h) a fiscalização se aproveitou da legislação específica referente à tributação dos ganhos líquidos na alienação de bens e direitos nas operações de mercado para determinar a base de cálculo no presente caso (correspondente à diferença entre o valor de mercado da ação o preço de exercício), como se houvesse sido praticada pelo impugnante uma ficta operação de alienação quando do exercício das opções, o que não pode ser admitido;

i) a outorga de opções de compra de ações para o impugnante atendeu a todas as características essenciais de um contrato mercantil, destinado à formalização de uma modalidade de investimento pelo impugnante, visto que dotado de onerosidade, voluntariedade e risco;

j) a tributação da forma como foi proposta pela fiscalização (no momento do exercício das opções) fere o conceito de renda e o regime de caixa norteador do IRPF, pois no exercício há apenas e tão somente o desembolso por parte do impugnante, inexistindo qualquer tipo de fluxo financeiro por parte da companhia; o fato gerador do IRPF é auferir renda e não pagar a outro para adquirir alguma coisa;

k) pelo procedimento de apuração da base de cálculo adotado pela fiscalização, é patente a incompatibilidade do fato tido como tributável no descritivo desenvolvido no TVF em relação à base de cálculo efetivamente adotada, sendo que esta última não reflete a quantificação de uma opção outorgada e sim de uma ação negociada no mercado, em contraposição àquilo que, teoricamente, foi pretendido pela Sra. Auditora Fiscal;

l) a base de cálculo eleita é imprópria, não sendo possível mensurar um valor para a incidência do IRPF, pois: (i) antes do vesting, o que há é uma mera expectativa de direito que pode ser tanto materializado, como frustrado, retirando-se sequer a possibilidade de apreciação econômica da opção outorgada; (ii) eventual ganho a ser experimentado pelo impugnante em razão das opções de compra de ações pode ser auferido apenas na hipótese de eventual alienação posterior do ativo (a ação) por valor superior ao preço de exercício da opção, mas nunca antes da alienação; (iii) foi utilizada uma base de cálculo ficta, que não reflete o real valor dos supostos rendimentos que a fiscalização pretende imputar ao impugnante; (iv) a base de cálculo não é capaz de mensurar o valor das opções de compra de ações, sendo que é pautada exclusivamente no valor de mercado das ações (ativos diversos); (v) a base de cálculo não guarda qualquer relação com o fato imponível que se pretende tributar (outorga das opções);

m) diante da constatação de tantos equívocos no trabalho fiscal, em especial aqueles que afetam o fato gerador e a base de cálculo do IRPF sobre o qual se pretende exigir o tributo em questão, resta evidenciada a ausência de liquidez e certeza da autuação ora combatida;

n) ainda que se entenda pela manutenção da autuação em análise, o que se alega para argumentar, é certo 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;

o) ad argumentandum, caso esta C. turma julgadora mantenha a autuação em apreço, requer o impugnante sejam deduzidos do crédito tributário consignado nos presentes autos os valores pagos a título de Imposto de Renda a maior no momento da apuração dos ganhos líquidos na venda das ações, em razão da adoção do custo de R\$ 1,00 em vez do valor de R\$ 11,92 (item 96, do TVF).

Ao final, com base nas razões apresentadas, a defesa requereu fosse dado provimento à impugnação, a fim de ser cancelado integralmente o auto de infração, com a consequente extinção do crédito tributário exigido.

O Acórdão n. 16-72.350 da DRJ (fls. 262 a ss) julgou a impugnação improcedente, recebendo a seguinte 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.

O fato gerador do imposto sobre a renda, ressalvadas as exceções legalmente expressas, 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. O valor relativo à outorga de Plano de Opção de Compra de Ações (stock options) a beneficiários eleitos pela empresa integra os rendimentos dos mesmos, eis que ofertado em função do contrato de 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.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFICIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a abranger toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Irresignado com a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário reiterando as alegações em impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Preliminar de Nulidade

O Recorrente requer a nulidade do auto de infração diante de diversas incongruências e equívocos na constituição das premissas e fundamentações do crédito tributário, confundindo-se na diferenciação das opções das ações subjacentes e pautando-se a autuação em argumentos contraditórios ou equivocados, o que demonstra o vício de falta de motivação.

A regra de nulidades no processo administrativo está disposta no artigo 59, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que assim dispõe:

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 n. 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, ainda que não venhamos a concordar com os critérios jurídicos adotados.

Desta forma, não merece prosperar as alegações de nulidade suscitadas pelo Recorrente.

Do Mérito

Antes de adentrar no instituto das stock options, cabe contextualizar as condições históricas que culminaram na criação de tal instituto.

Em 1932, o advogado Adolph Berle Jr. juntamente com o economista Gardiner Means, ambos professores da Universidade Columbia, elaboraram a obra “A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada”, na qual efetuaram a análise do controle societário das duzentas maiores companhias abertas não bancárias do Estados Unidos da América da época.

Berle e Means já identificaram que em plena década de 30, a maior parte das companhias norte-americanas possuía capital pulverizado no mercado de ações, de forma que na maior parte de tais companhias não havia um acionista controlador identificável, o que gerava um grande poder para os administradores das mesmas. (BERLE, Adolph, MEANS, Gardiner. A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987).

Em decorrência de tal tipo de situação, Berle e Means identificaram uma tendência ao divórcio entre a propriedade das ações (que é dos acionistas) e a gestão da companhia (que é feita pelos diretores).

Ocorre que nas situações em que há tal divórcio entre a propriedade e a gestão, sempre há o risco de divergência entre os interesses dos acionistas (que são os proprietários) e os interesses dos administradores (que são os gestores), sendo que idealmente ambos deveriam ter o interesse de maximização do valor da companhia.

A possibilidade de conflitos de interesses entre as referidas partes foi sintetizada na teoria da agência, apresentada por Michael Jensen e William Meckling no artigo “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure”, de 1976.

Segundo a teoria da agência, há um principal, que é representado pelos proprietários das ações, e o agente, que é representado pelos administradores, uma vez que os

administradores agem como agentes dos principais na administração da sociedade anônima que é de propriedade dos principais.

Nesse cenário, em que há uma separação entre propriedade e controle com grande risco de conflitos de interesse entre os administradores e a companhia, as stock options surgem como um dos vários instrumentos pelo qual se alinham os interesses dos administradores aos interesses da empresa (e consequentemente dos acionistas das empresas), isto é, as stock options podem funcionar como um mecanismo de governança corporativa que diminui os potenciais conflitos de agência existentes entre administradores e empresa.

Feitas essas considerações, passamos à análise da tributação das stock options pelo imposto de renda.

O Imposto de Renda é imposto de competência da União Federal consoante previsão do artigo 153, inciso III da Constituição Federal, e incide sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

A materialidade do imposto de renda é, portanto, auferir renda e proventos de qualquer natureza.

O critério temporal de um tributo diz respeito ao momento em que considera-se exigível o tributo. No tocante ao imposto de renda sobre a renda da pessoa física, o critério temporal é o momento de percepção dos rendimentos pela pessoa física.

Com relação ao critério temporal das stock options, vale lembrar que o artigo 2º da Lei n. 7.713/88 estabelece que o imposto de renda da pessoa física é devido segundo o regime de caixa, conforme abaixo:

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Viviana Castro Neves Pascoal Dal Mas destaca que os planos de concessão de stock options se dividem geralmente em 4 fases: (i) concessão da opção; (ii) possibilidade de exercício da opção de compra; (iii) compra das ações; e (iv) venda das ações (DAL MAS, Viviana Castro Neves Pascoal, Stock Options na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2008. pp. 25-26).

Ao analisarmos as diferentes fases dos planos de concessão de stock options com a exigência de tributação da renda pelo regime de caixa da pessoa física, constata-se que não há que se falar em renda percebida nas fases de concessão da opção, possibilidade de exercício da opção de compra e compra das ações, uma vez que em nenhum desses momentos a pessoa física percebeu rendimentos.

Dessa forma, o único momento passível de tributação seria o da fase de venda das ações, quando a pessoa física estaria sujeita à tributação do ganho de capital decorrente da venda das ações.

Nesse sentido, citamos aqui a doutrina de Elizabeth Lewandowski Libertuci, Mariana Neves de Vito e Luciana Simões de Souza, para as quais somente é possível a tributação pelo IRPF no momento de venda das ações adquiridas em função do exercício das opções:

Em termos práticos: entre a concessão/outorga e a maturação do Plano (Grant – Vesting Period), ainda não há que se falar em fato gerador do imposto de renda; à medida que as ações (ou o benefício dela decorrente) passarem a integrar o patrimônio do beneficiário, necessário se faz o implemento de determinadas condições (permanência na empresa, performance etc.). E, por aplicação expressa do art. 117, I, do CTN, o fato gerador do Imposto de Renda – Pessoa Física apenas pode ocorrer depois de superadas referidas condições.

(...)

Como já dito, entende-se por Stock Option (SOP), o direito concedido à pessoa física de vir a adquirir ações da companhia, depois de superadas determinadas condições. O Plano de Ações costuma preestabelecer o investimento que o empregado e/ou o administrador terá de fazer caso pretenda adquirir as ações.

A discussão que se coloca é se este “deságio”, ou seja, se a possibilidade de adquirir as ações por um valor menor que o cotado à época da aquisição pode ser considerada fato gerador do imposto de renda da pessoa física.

(...)

Assim sendo, por menor que venha a ser o investimento da pessoa física na aquisição das ações, o fato gerador do imposto de renda apenas irá ocorrer no momento da venda destas ações e considerando a alíquota aplicável ao ganho de capital.

(...)

*Entendemos não se verificar fato gerador do imposto de renda da pessoa física no exercício do direito de adquirir ações. **O IR apenas irá se verificar no momento da venda das ações e se houver ganho de capital (entendido como a diferença algébrica positiva entre o valor de venda e o valor de aquisição das ações, o investimento do beneficiário), com base na alíquota aplicável à época da venda.** (LIBERTUCI, Elizabeth Lewandowski, VITO, Mariana Neves de, SOUZA, Luciana Simões de. Stock Options e Demais Planos de Ações – Questões Tributárias Polêmicas e a Lei 12.973/2014. São Paulo: RT, 2015. pp. 157-159)*

Dessa forma, não há que se falar em aquisição de disponibilidade de renda da pessoa física antes do momento de venda das ações. Alcides Jorge Costa destaca que dentre as diversas acepções de dispor, as que são aplicáveis à renda são as seguintes: empregar, aproveitar, servir-se, utilizar-se, lançar mão de, usar, de modo que a aquisição de disponibilidade de renda pressupõe que tal renda possa ser empregada, aproveitada ou utilizada¹.

A partir desse raciocínio, Alcides Jorge Costa entende que a tributação de renda virtual ou ainda não realizada estaria afastada, de forma que uma valorização de imóveis

¹ COSTA, Alcides Jorge. *Imposto sobre a Renda. A aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fator gerador. Limite de sua incidência.* In: Revista de Direito Tributário n. 40. São Paulo: Malheiros, 1987. p. 105.

somente poderia ser tributada quando a renda dela decorrente pudesse ser utilizada ou empregada, o que somente ocorreria quando ela se tornasse efetiva, através de uma alienação².

Assim, o imposto de renda não incidiria sobre a mera valorização do patrimônio, visto que esta valorização nominal poderia desaparecer em momentos posteriores³.

Eis que surge a importância do princípio da realização da renda para definição se já houve ingresso ou não da renda no patrimônio do contribuinte. Alcides Jorge Costa menciona que a realização é entendida como a separação do ganho ou da renda de sua fonte produtora⁴.

Do Aproveitamento dos Valores Recolhidos Indevidamente a Título de Imposto de Renda Incidente sobre Ganho de Capital na Alienação de Ações para Dedução do Crédito Tributário aqui Discutido

Caso seja vencido, voto no sentido de que sejam deduzidos do crédito tributário consignado nos presentes autos os valores pagos a título de Imposto de Renda a maior no momento da apuração dos ganhos líquidos na venda das ações, em razão da adoção do custo de R\$ 1,00 em vez do valor de R\$ 11,92 (item 96, do TVF).

Conclusão

Com base no exposto, voto por conhecer o Recurso Voluntário e dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto

² COSTA, Alcides Jorge. *Imposto sobre a Renda. A aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fator gerador. Limite de sua incidência*. In: Revista de Direito Tributário n. 40. São Paulo: Malheiros, 1987. p. 105.

³ CARVALHOSA, Modesto. *Imposto de Renda – Conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional*. In: Revista de Direito Público n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 193.

⁴ COSTA, Alcides Jorge. *Conceito de Renda Tributável*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos sobre o imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo. Resenha Tributária. 1994. p. 21.

Voto Vencedor

João Maurício Vital, Redator designado.

Respeitosamente, divirjo do relator quanto ao momento da ocorrência do fato gerador e, em consequência, também da base de cálculo do tributo.

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 renda⁵.

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 diploma⁶.

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. Esse foi critério utilizado no auto de infração e que, ao meu ver, está correto.

⁵ Art. 43 do Código Tributário Nacional.

⁶ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

.....
 II – tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

.....
 Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I – sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

Quanto à compensação do valor pago a título de Imposto de Renda sobre Ganho de Capital, concordo com a conclusão alternativa do relator. Entendo que o custo seja o valor que o título passou a integrar o patrimônio do sujeito passivo, como consequência óbvia de se considerar como proventos a diferença entre o preço pago pelas ações no exercício da opção e o valor de mercado na mesma data. No caso, o contribuinte apurou o ganho de capital e recolheu o respectivo Imposto de Renda tendo por base o valor pago no exercício da opção, que foi de R\$ 1,00 por ação, mas as ações integraram o seu patrimônio ao valor unitário de R\$ 11,92. Assim, o custo ficou subavaliado e, por conseguinte, resultou em imposto pago a maior.

A própria Autoridade Lançadora admitiu, em tese, a existência do indébito (e-fl. 51) ao atestar:

Vale salientar que na apuração do ganho líquido do mês de novembro o fiscalizado apurou o montante de R\$6.469.287,97 em virtude da venda de 500.000 ações da BOVESPA que foram adquiridas por meio do Plano de Compra de Opções de Ações de 2007, cujo custo correto de aquisição é R\$11,92, conforme descrito anteriormente e não R\$1,00 conforme constou de sua declaração de bens. Os DARF's eventualmente recolhidos, resultado do ganho líquido considerando o custo unitário de R\$1,00, devem ser tratados como recolhimentos a maior, podendo ser objeto de PER-DCOMP, pedido eletrônico de restituição e compensação.

Matematicamente, a tributação da diferença de R\$ 10,92 por ação é o cerne da controvérsia: o sujeito passivo entendeu que o valor não era rendimento, mas ganho na alienação das ações, e calculou o imposto sobre o ganho de capital; por outro lado, como já explicado neste voto vencedor, entendo que essa diferença corresponde a proventos e devem ser submetidos à Declaração de Ajuste Anual e sofrer a tributação decorrente. Tendo em conta essa divergência de interpretação, excepcionalmente admito que o valor do Imposto de Renda sobre o Ganho de Capital pago em excesso deve ser compensado com a exação deste lançamento, por serem tributos de mesma natureza e terem decorrido dos mesmos fatos.

É como voto.

(assinado digitalmente)

João Maurício Vital