

Editor: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-assistente: Michell Przepiorka Vieira

ISSN 1415-8124

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

RDTA

41

1º Semestre 2019

Current Issues of Tax Law Review

N. 41 – 2019/1st Semester



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

O PRINCÍPIO DA REALIZAÇÃO DA RENDA E A TRIBUTAÇÃO DE STOCK OPTIONS

THE REALIZATION PRINCIPLE AND THE TAXATION OF STOCK OPTIONS

Antônio Augusto Souza Dias Júnior

Procurador da Fazenda Nacional (Polo de Acompanhamento Especial de Campinas/SP). Mestrando em Direito Tributário Internacional. E-mail: toniaugusto@hotmail.com

Recebido em: 31-08-2018
Aprovado em: 10-04-2019

RESUMO

O presente artigo visa discutir os requisitos para a tributação da renda e suas implicações para a tributação dos planos de compra de ações (stock options).

PALAVRAS-CHAVE: TRIBUTAÇÃO DA RENDA, PRINCÍPIO DA REALIZAÇÃO DA RENDA, STOCK OPTIONS

ABSTRACT

The current paper intends to discuss the requirements to income taxation and its implications regarding stock options taxation.

KEYWORDS: INCOME TAXATION, REALIZATION PRINCIPLE, STOCK OPTIONS

1. INTRODUÇÃO

Os planos de opções de compra de ações vêm se tornando cada vez mais frequentes nas sociedades anônimas como uma forma de contraprestação dos serviços prestados por executivos e funcionários cujas performance e dedicação são consideradas estratégicas para a valorização da empresa.

Sua previsão normativa pode ser encontrada no art. 168, § 3º, da Lei n. 6.404/1976, segundo o qual o estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de

acordo com plano aprovado pela assembleia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.

Genericamente falando, uma opção e compra de ação confere ao seu titular o direito de exercer a opção mediante o pagamento de um prêmio, e de um preço de exercício, caso efetivamente opte por exercer a opção, o que ocorrerá se o preço de mercado da ação na data do exercício for superior ao preço de exercício fixado quando da celebração do contrato de opção. Caso o preço de mercado seja inferior ao preço de exercício, o titular da opção não terá razão econômica para exercer a opção, mas ainda restará obrigado ao pagamento do prêmio.

Pela clareza da passagem, permitimo-nos a transcrição de lição de Roberto Quiroga Mosquera a respeito:

“A opção, que pode ser de compra, ou de venda, é o negócio jurídico pelo qual determinada pessoa resolve dar a terceiro interessado a faculdade ou prerrogativa de adquirir, futuramente, determinados objetos ou valores mobiliários, mediante o pagamento prévio de uma quantia denominada ‘prêmio’. No ato da contratação do negócio são acertados o preço do exercício e o prazo até o qual a opção pode ser exercida. [...] Se a opção for exercida, deve significar que o preço de mercado é maior do que o que será pago para o exercício do direito. Se menor, a perda será limitada somente com o dispêndio do ‘prêmio’. Desta forma, cria-se um mecanismo limitador do risco, o qual inexistente, quer no mercado à vista, quer no mercado a termo. [...] Financeiramente, o detentor do direito de optar pela compra prevê que o preço do valor mobiliário irá subir, enquanto o lançador da opção de compra antevê que ele irá cair.”¹

Especificamente no que diz respeito aos planos abordados neste estudo, estamos diante de um programa de concessão de opção de compra de ações a determinados colaboradores que deve ser aprovado pelos acionistas e que se destina a pessoas específicas. Tais ações sequer poderiam ser classificadas como de subscrição particular, pois nem mesmo os acionistas possuem direito à referida subscrição. Apenas as pessoas contempladas no plano aprovado pela assembleia-geral poderão ser titulares das ações, caso preenchido e exercido o direito de compra.

1 MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 184-185.

Ou seja, a emissão de ações decorrentes dos planos de opções de compra não é uma emissão em relação à qual os acionistas possuem direito de subscrição, mas um contrato com

pessoas específicas e determinadas expressamente no plano, o que justificaria referida emissão como *sui generis*².

O principal objetivo desses programas é afinar os interesses dos executivos aos da empresa representada (principal), diminuindo ou eliminando a assimetria informacional entre o agente e a empresa. Temos aqui uma aplicação da Teoria da Agência, com a instituição de uma recompensa ao agente que busca maximizar os resultados da entidade em nome da qual atua. Com as opções de compra de ações, o agente será beneficiado à medida que o valor da empresa, e, conseqüentemente, de suas ações, cresce no mercado. Pode-se perceber, com isso, que a utilização de *stock options* está claramente fundamentada na Teoria da Agência³.

Além disso, os planos em comento visam reter nos quadros da empresa profissionais qualificados, uma vez que a grande maioria desses planos estabelecem um período mínimo durante o qual o beneficiado pela opção deve permanecer a serviço da empresa para que possa exercer sua opção de compra.

Podemos então conceber uma estrutura mínima dos planos de compra de ações: (a) aprovação do plano pela assembleia-geral; (b) outorga ou concessão do benefício; (c) cumprimento das condições; (d) período de exercício da opção; (e) venda das ações.

Diante dessa breve contextualização acerca do instituto, passemos agora ao seu tratamento pela doutrina do Direito Tributário, no intuito de investigar suas conseqüências tributárias.

2. A DISCUSSÃO NA DOCTRINA TRIBUTÁRIA

A principal discussão na seara tributária relativa aos planos diz respeito à sua qualificação como remuneração para fins de incidência do imposto de renda pessoa física (IRPF) e das

2 FREITAS, Bernardo Vianna; e OLIVEIRA, Renata Afonso Wanderley de. Definição do preço de emissão de ações provenientes de planos de opção de compra de ações (stock options). Análise da abrangência do parágrafo 1º do art. 170 da Lei das S/A. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). Mercado financeiro e de capitais: regulação e tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 642.

3 SARTORELLI, Isabel Cristina. Stock options: um ensaio teórico. Dissertação de Mestrado da FEA/USP, 2010, p. 29. A autora assim define a Teoria da Agência: "A Teoria da Agência tem como premissa básica a existência de um mercado permeado por relações contratuais entre os agentes econômicos, sejam eles empresas, bancos, governos ou pessoas físicas. Os agentes econômicos que firmam contratos (relação bilateral) são representados por agente e principal. [...] A Teoria da Agência analisa como o principal pode estabelecer um sistema de compensação, mediante um contrato, que faça com que o agente passe a agir de acordo com seus interesses, sem qualquer outra intenção escusa. O intuito do principal é reduzir a assimetria informacional e, com isso, não depender da boa vontade do agente em transmitir informações relevantes para a tomada de decisão e, também, a agir de acordo com seus interesses (principal), e não motivado por interesses do próprio agente." (Op. cit., p. 28)

contribuições previdenciárias. Ao se caracterizar os ganhos daí advindos como remuneração, fatalmente haverá a incidência de ambos os tributos.

No campo internacional, não são poucos os países que consideram tais planos uma das fontes de remuneração da pessoa física vinculada à empresa, havendo em alguns casos fixação de presunções e ficções. A própria Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em seus comentários à Convenção Modelo sobre Tributação da Renda e Capital, reconhece que o benefício oriundo da opção de compra da ação *antes do exercício* pelo beneficiário é caracterizado como remuneração em razão da relação de trabalho, devendo portanto sofrer a tributação pelo Estado da fonte nos termos do art. 15 do modelo – rendimentos oriundos da relação de emprego (item 12.2 dos comentários).

No Brasil, a discussão ganhou novos contornos a partir da Lei n. 11.638/2007 e suas consequências. Em dezembro de 2008, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis aprovou o Pronunciamento Técnico CPC 10, o qual reconhece expressamente, em seu item 12, a natureza remuneratória:

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

De um lado, vários autores escreveram sobre o tema rechaçando a consideração do pronunciamento como indicativo da natureza remuneratória. Outros, como Ricardo Mariz de Oliveira, não rejeitaram de pronto uma interpretação da legislação tributária que levasse em conta o pronunciamento, prestigiando-se os métodos histórico e finalístico⁴.

4 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os vários caminhos da Lei nº 12.973 – cuidados na sua interpretação. In: ROCHA, Sergio André (coord.). Direito tributário, societário e a reforma da Lei das S/A – V. IV – Desafios da neutralidade e a Lei nº 12.973/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 495. Rejeitam a natureza remuneratória, mesmo diante do CPC 10: ALMEIDA, Leonardo José Muniz de; e FARO, Maurício Pereira. Tratamento dos planos de stock options após o CPC 10. In: ROCHA, Sergio André (coord.). Direito tributário, societário e a reforma da Lei das S/A. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. II, p. 403; TAKATA, Marcos Shigueo. A “nova” contabilidade relativa às stock options – sua relação e reflexo ou não no direito tributário. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2011. 2º v., p. 175 e 176; CARRAMASCHI, Bruno Marcorin; e SANTOS, Luís Alberto Paixão dos. Stock option plans – o Imposto de Renda da Pessoa Física e os impactos trazidos pela Lei 12.973. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2015. 6º v., p. 94; COSTA, Celso; e PACHECO, Carlos. Plano de pagamento baseado em ações – a problemática da contabilização e reconhecimento das opções de ações, a partir das inovações da Lei nº 12.973/2014. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2015. 6º v., p. 142 e 143.

Além disso, o art. 33 da Lei n. 12.973/2014⁵, apesar de ter como principal tema o IRPJ e a CSLL, não utilizou aleatoriamente a palavra “remuneração” ao se referir à contraprestação pelos serviços prestados em troca das opções de compra de ações.

Em que pesem as variações dos planos de opções, acreditamos que, sempre que houver a fixação de preços de exercício em valores menores que o da cotação de mercado na data da concessão, estará presente a natureza remuneratória reconhecida pelo pronunciamento

contábil. A tributação dar-se-ia sempre que o beneficiário exercer a opção, beneficiando-se de um preço de mercado superior ao preço de exercício.

E nem se diga que estaríamos diante de uma confusão entre as realidades contábil e jurídica, pois a natureza remuneratória seria determinada pela identificação do conceito constitucional de renda. Se o pronunciamento contábil seria um indicativo, a noção jurídica de renda confirmaria o caráter remuneratório.

Também não nos parece servir de reforço argumentativo contra a natureza remuneratória a jurisprudência trabalhista que afasta natureza *salarial* dos planos. Não se sustenta tal argumento, pois na esfera trabalhista o conceito de salário é mais restrito que o conceito de remuneração. Como se não bastasse, impossível reduzir o conceito de renda tributável aos limites da definição trabalhista de salário.

Acreditamos que tais planos constituem autêntica forma de remuneração por um trabalho prestado, e se assemelham às participações no resultado da empresa, como observou José Edwaldo Tavares Borba:

“A opção de compra de ações (*stock option*) tem representado, nos Estados Unidos da América, uma prática corrente. Os titulares das opções, se as ações da sociedade se valorizarem, poderão participar desse resultado, mediante o exercício de seu direito de subscrição, que subentende um preço subestabelecido. Na prática, têm ocorrido até mesmo exageros e abusos. Algumas companhias outorgaram a seus altos executivos, especialmente a diretores, opções em excesso, de tal forma que, tendo apresentado essas sociedades uma grande valorização de suas ações, até mesmo em função de políticas imediatistas e de curto prazo, viabilizou-se para esses administradores a oportunidade de realizar, às vezes no estreito período de um ano, ganhos de dezenas de milhões de dólares. As retribuições fabulosas recebidas por determinados executivos americanos despertaram inclusive um grande movimento, iniciado na imprensa, e depois manifestado nas assembleias gerais, com o objetivo de destituir administradores que extrapolaram na percepção de

5 “o valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados”.

benefícios. Todavia, e desde que os exageros sejam colocados à parte, a opção de compra de ações poderá representar um eficiente veículo de coparticipação do trabalho (empregados e executivos) nos resultados da empresa. A Constituição Federal, no art. 7º, inciso XI, assegurou aos trabalhadores a ‘participação nos lucros, ou resultados’, da empresa. O conceito de lucro ou resultado tem bases contábeis e, de acordo com a própria lei societária, o lucro seria o resultado positivo da companhia, depois de efetivadas algumas deduções. Assim, a participação do empregado incidiria sobre o resultado ou sobre o lucro, conforme definido em lei. Cabe afirmar, contudo, que *o conceito de resultado, para os efeitos pretendidos pela Constituição, poderia ganhar uma abrangência maior e compreender também*

benefícios indiretamente fundados no desempenho da companhia, tais como os decorrentes de valorização das ações em face das opções de compra. Nessas condições, a atribuição de opções consubstanciaria uma das formas de participação nos resultados da empresa, cabendo à lei contemplar essa possibilidade.”⁶
(Destacamos)

Outra tese carente de coerência é a que sustenta serem os planos que oferecem opções por valores inferiores aos de mercado operações mercantis. Não acreditamos que o direito brasileiro permita a equiparação de uma relação entre empregador e empregado com base em um plano de opções concebido como um incentivo à prestação de serviços a uma operação mercantil entre agentes econômicos em um ambiente de mercado.

Refutamos veementemente, ainda, o argumento de que a tributação da remuneração oriunda dos planos em questão seria impossível diante da ausência de regra-matriz específica. Nenhuma mácula haveria na referida tributação, uma vez que a hipótese tributária do imposto de renda e das contribuições previdenciárias caracteriza-se como uma “situação de fato”, nos termos do art. 116, I, do CTN. Não se poderia nem mesmo falar que haveria um abuso do emprego da consideração econômica como interpretação teleológica, pois na tributação da renda o legislador contemplou situações econômicas, não se vinculando a categorias de Direito Civil⁷.

Em relação especificamente ao imposto de renda, Luís Eduardo Schoueri aplica exatamente este raciocínio:

“Devo anotar, todavia, que não me parece adequado confundir disponibilidade econômica com o regime de caixa. Esta sem dúvida implica disponibilidade financeira. Penso que o legislador complementar, ao cogitar disponibilidade econômica, permitiu que o legislador ordinário, querendo, adotasse uma

6 BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 320-321.

7 SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 742-743. Sobre a tributação da renda, o mesmo autor deixa claro que o conceito de disponibilidade não exige a ocorrência de um ingresso financeiro (SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010. v. 1, p. 252-253).

aproximação econômica para a tributação da renda, dispensando formas jurídicas e investigando quem, de fato, pode dispor dos recursos. É dizer, se o art. 116 do Código Tributário Nacional permite que as hipóteses tributárias contemplem ‘situação de fato’ e ‘situação jurídica’, então a disponibilidade econômica se enquadra na primeira categoria e a jurídica, na última.”⁸

A própria legislação é expressa quanto a tal abrangência da tributação da renda, de forma genérica em relação a pessoas físicas e jurídicas no art. 43, § 1º, do CTN, acrescentado pela Lei Complementar n. 104/2001 (“A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção”), e especificamente em relação a pessoas físicas no art. 3º, § 4º, da Lei n. 7.713/1988 (“A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, *bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título*” – destacamos).

Como se vê da legislação reproduzida acima, o legislador complementar, desincumbindo-se da tarefa disposta no art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, de definição dos fatos geradores dos impostos previstos na Constituição, adotou uma concepção ampla do fato gerador do imposto de renda, não se vinculando a qualquer forma ou estrutura de direito privado. Pelo contrário, o legislador complementar priorizou a identificação do acréscimo patrimonial por si só, não havendo a necessidade de se recorrer a um conceito de direito civil preexistente.

Na mesma direção, o legislador ordinário, ao instituir o imposto de renda das pessoas físicas, igualmente optou por uma hipótese de incidência ampla e desvinculada de qualquer forma de direito privado, ressaltando, para que não restassem dúvidas, que a incidência do imposto dependeria apenas da constatação de um benefício do contribuinte, por qualquer forma e a qualquer título.

Uma reflexão sobre esses dispositivos espanca qualquer dubiedade que poderia ser levantada a respeito da abrangência do fato gerador do imposto de renda das pessoas físicas. O Poder Legislativo, em cada uma de suas tarefas, definição do fato gerador por lei

8 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Comentários a COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a Renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; e COSTA, Sérgio de Freitas (coord.). Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa. São Paulo: IBDT, 2017, p. 239. Em outra obra, o mesmo autor assim desenvolve a ideia: “Caso se entenda a expressão ‘patrimônio’ segundo o Direito Civil, então se afirmará que só há tributação quando há direito novo à disposição do contribuinte. Nesta linha, tornar-se-ia sem sentido cogitar ‘disponibilidade econômica’, já que a única disponibilidade que se poderia cogitar seria a jurídica. Uma análise mais acurada, entretanto, revelará que não há razão para se entender que a expressão ‘acréscimo patrimonial’ foi tomada no sentido do Direito Civil. Aliás, no próprio Direito Privado, tem-se, de um lado, um conceito civil de patrimônio e de outro, um contábil. [...] Nada impede que se entenda que o legislador complementar, ao se referir à ‘disponibilidade econômica’ da renda, tenha buscado um sentido econômico para patrimônio; a renda independeria da existência de um título jurídico, sendo igualmente relevante seu sentido econômico: se o contribuinte pode fruir do bem, mesmo sem ser seu proprietário (jurídico), terá o suficiente para se ver caracterizado o acréscimo patrimonial.” (SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Direito tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 728)

complementar e instituição do tributo por lei ordinária, elegeu, dentro da liberdade conferida pelo constituinte, uma tributação ampla da renda, escolhendo o signo “acréscimo patrimonial” para tal, independentemente da forma ou do título pelo qual se verificou o incremento no patrimônio⁹.

A insurgência contra a ausência de uma regra-matriz específica e criada pelo legislador exclusivamente para a tributação dos planos de compra de ações não resiste, tampouco, a um confronto entre o princípio da tipicidade cerrada e a realidade atual sobre a qual o Direito Tributário deve atuar. Sergio André Rocha assim expõe a inadequação do princípio da legalidade absoluta diante de uma sociedade marcada por constantes inovações tecnológicas e econômicas:

“a própria evolução da teoria hermenêutica põe em xeque a ideia de legalidade tributária tradicional bem como da ilusão da segurança jurídica absoluta da mesma decorrente. Todavia, é a complexidade típica da sociedade de risco que definitivamente abala os alicerces de tal concepção de legalidade tributária tradicionalmente sustentada no Brasil. Com efeito, diante da complexidade e mutabilidade constante dos fatos sociais, tem-se defendido cada vez mais a utilização de conceitos indeterminados no campo do Direito Tributário, como forma de, por intermédio da abertura interpretativa, alcançar-se um maior espectro de aplicação das leis fiscais.”¹⁰

Essa mesma constatação da superação e do anacronismo do princípio da legalidade cerrada no atual estágio do Direito Tributário foi especificamente abordada no que tange ao imposto de renda por Schoueri:

“Afinal, a realidade do imposto de renda afasta qualquer ilusão acerca da validade, no Brasil, do festejado princípio da ‘tipicidade cerrada’, o que conferiria tamanha certeza quanto aos limites da tributação, que maiores questionamentos aos casos concretos. A tal ideia basta opor a cláusula geral hoje inscrita no artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda para que se veja que conceitos indeterminados e cláusulas gerais são uma constante em nosso ordenamento e, em especial, na legislação do imposto de renda. A desejável segurança jurídica não se constrói, destarte, a partir de uma fórmula mágica, pela qual o legislador teria a capacidade

9 Ricardo Mariz de Oliveira possui lições esclarecedoras sobre o tema: “[...] o fato gerador do imposto de renda, por sua própria natureza, é do tipo funcional, e não estrutural, ou seja, o imposto de renda não é imposto cuja hipótese de incidência se concentre na ocorrência de um fato, ato ou negócio regulado pelo direito privado ou por outro ramo do direito [...] o imposto de renda não se atrela nuclearmente a estruturas jurídicas, pois ele tem como substrato para incidência a existência de um acréscimo patrimonial [...] o legislador tanto pode descrever a hipótese de incidência considerando a sua funcionalidade, sem se preocupar com as estruturas jurídicas e utilizando a amplitude do art. 43 e do seu parágrafo 1º, quanto pode abdicar desta e descrever uma hipótese de incidência através da referência a uma específica estrutura jurídica [...] Exemplo da primeira possibilidade é a definição do fato gerador do IRPF, segundo a Lei n. 7.713, art. 3º [...] nesse dispositivo, o legislador abandonou por completo qualquer referência a estruturas jurídicas, adotando a natureza funcional do fato gerador, em sua excelência.” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 328-331)

10 ROCHA, Sergio André. Tributação internacional. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 30.

de prever todas as circunstâncias ensejadoras da formação da base de cálculo do imposto. Ultrapassaria as raias do bom senso exigir que o legislador apontasse, uma a uma, todas aquelas circunstâncias. [...] Por tal óbvia razão, o prudente legislador se afasta da ideologia da ‘tipicidade cerrada’, empregando cláusulas gerais ou conceitos indeterminados.”¹¹

Parece-nos difícil negar que o plano de opção de ação representa um acréscimo patrimonial no momento em que o empregado exercita seu direito de opção por um valor inferior ao de mercado na data em que decide exercer a opção (momento da opção pela compra das ações).

Admitindo tal natureza remuneratória, Daniel Gustavo Peixoto Orsini Marcondes enfatiza que a concessão dessas opções é realizada exclusivamente em virtude da relação de trabalho estabelecida entre o executivo e a sociedade, reconhecendo ainda que, ainda que não tenha a natureza de remuneração habitual, ter-se-ia um pagamento similar ao bônus¹². Coerente com esse entendimento, o mesmo autor conclui que, nos tratados internacionais contra bitributação, as *stock options* deveriam ser enquadradas como rendimentos do trabalho, já que somente existem em função desse relacionamento entre a sociedade e seu executivo¹³.

No mesmo sentido, Álvaro Taiar Júnior e Edison Arisa admitem que “ao oferecer um plano de opção de ação aos seus empregados e administradores, a companhia e seus acionistas estão de alguma forma adicionando/complementando a expectativa de remuneração desses profissionais”¹⁴.

Há autores que simplesmente negam qualquer acréscimo patrimonial passível de tributação quando do exercício das opções. Para estes, a incidência do imposto de renda só seria viável quando da alienação das ações e o conseqüente ingresso de moeda no patrimônio do alienante.

Essa posição pode ser vislumbrada na seguinte passagem:

11 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Prefácio a OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 18. Em sentido contrário parece se posicionar Victor Borges Polizelli: “De todo modo, a referência ao Direito Privado (e ao Direito Civil em particular) permite concluir que o princípio da realização, orientado por um enfoque no evento crítico, obedece prioritariamente aos eventos definidos pelo Direito Civil como determinantes da aquisição de direitos (entrada de direitos ao patrimônio). Em outras palavras, o momento da aquisição do direito definido segundo os ditames do Direito Civil é critério que informa preferencialmente a determinação do evento crítico relevante para o reconhecimento de receitas e despesas na órbita do Direito Tributário.” (POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tributária v. VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 191-192)

12 MARCONDES, Daniel Gustavo Peixoto Orsini. Stock options – tributação no Brasil e nos tratados internacionais. Revista Direito Tributário Atual v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 31.

13 Op. cit., p. 40.

14 TAIAR JÚNIOR, Álvaro; e ARISA, Edison. Stock option plan – consequências fiscais e contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010, p. 87.

“Quando se entende pela incidência do imposto de renda antes da venda da ação pelo beneficiário do plano, pressupõe-se a incidência de imposto cujo critério material não se verifica. O cálculo do imposto de renda sobre a diferença entre o valor de aquisição (exercício) e o valor de mercado no término da carência nada mais é do que uma presunção. Estar-se-á diante de um cálculo abstrato que se distancia em muito da ideia de um enriquecimento real. Nesse momento, é impossível calcular o suposto ganho do beneficiário ora acionista, posto que não se sabe por quanto a ação será efetivamente vendida futuramente.”¹⁵

Ora, o raciocínio acima parece desconsiderar o fato de que, quando do exercício da opção, há uma opção livre e deliberada do beneficiário do plano em exercer a opção, realizando

assim uma operação mediante a qual se concretiza uma vantagem patrimonial aferível em mercado.

Há, inequivocamente, uma atuação do beneficiário em materializar um ganho com a aquisição de ações por preço de exercício inferior ao preço de mercado, verificando-se imediatamente um acréscimo patrimonial reconhecido e mensurado pelo próprio beneficiário.

Essa liberdade de escolha em relação à aquisição de um direito sabidamente vantajoso foi também percebida pelo Conselheiro Relator Marcio Henrique Sales Parada, no Acórdão n. 2202-003.367, julgado pelo CARF em 10 de maio de 2016. Conforme constou de seu voto:

“Também ao argumento do participante do plano ter de usar ‘recursos próprios’ para adquirir as ações, nesse caso ele só compra se quiser e se forem verificadas as condições vantajosas. Em se tratando de mercado de ações, é possível comprar e vender praticamente ao mesmo instante. Diz que o titular deve ‘sacrificar’ recursos próprios para exercer as opções. Mas não ‘sacrifica’ porque se comprar e quando comprar, ele estará ganhando, já que compra algo sabidamente por preço vantajoso.”

Consideramos relevante separar a aquisição da disponibilidade de renda constatada quando do exercício da opção e um novo auferimento de renda quando da alienação das ações cujas opções já foram exercidas em momento anterior. São duas operações e dois momentos completamente distintos, perfeitamente possíveis de ensejarem fatos geradores distintos e inconfundíveis em relação ao imposto de renda¹⁶.

¹⁵ SIMÕES, Thiago Taborda. Stock options plans e tributação previdenciária. São Paulo: Noeses, 2016, p. 139.

¹⁶ A essa mesma conclusão chegou Daniel Marcondes, fazendo a seguinte diferenciação: “[...] existem dois negócios jurídicos distintos, a saber: a) concessão das stock options, cujo valor deveria ser tributado como rendimento do trabalho pago in natura (com reajustamento da base de cálculo, quando aplicável); b) transações posteriores (venda do ativo adquirido ou venda da opção, quando possível), que deveriam ser tributadas como operações independentes, geralmente sujeitas à apuração de ganhos líquidos (quando realizadas em bolsas) ou ganhos de capital (quando realizadas fora de bolsas)” (MARCONDES, Daniel Gustavo Peixoto Orsini. Stock options –

A mesma diferenciação foi feita no voto do Relator Heitor de Souza Lima Junior, exarado no Acórdão n. 2201-002.766, julgado pelo CARF em janeiro de 2016:

“Entendo que, para fins de melhor esclarecimento, se deva fazer clara distinção entre:

- a) a etapa desde a outorga até a plena titularidade das opções (ativo com valor econômico) pelo participante (após o vencimento do prazo de carência), contraprestação recebida pelo desempenho de sua atividade laboral e
- b) a etapa posterior de manutenção das opções de compra (ativos anteriormente recebidos) e/ou do exercício das referidas opções pelo trabalhador, com eventual alienação das ações recebidas.”

E de fato a primeira operação descrita acima reúne todos os elementos necessários para se legitimar a tributação da renda.

Há um acréscimo patrimonial concretamente mensurável, mensuração esta que foi inclusive realizada pelo beneficiário da opção e que lhe permitiu decidir pelo exercício da opção.

Há a aquisição de disponibilidade de renda, como se confirmará a seguir.

Para nós, que não exigimos a realização da renda como pressuposto da tributação de acréscimos patrimoniais disponíveis, já seria possível concluir pela incidência do imposto de renda.

Contudo, mesmo que se entenda pela necessidade de se verificar a realização da renda, igualmente entendemos que o negócio jurídico no trecho citado acima satisfaz plenamente uma operação entre duas partes que se traduz numa realização de renda, visto que se constata aí o “elemento de troca ou transação no mercado” consagrado como evento crítico tradicional para a implementação do princípio da realização¹⁷.

Os conceitos do princípio da realização da renda e da aquisição da disponibilidade da renda serão analisados mais detidamente no tópico seguinte.

3. O PRINCÍPIO DA REALIZAÇÃO DA RENDA E A AQUISIÇÃO DA DISPONIBILIDADE DA RENDA: CONTRIBUIÇÃO E RELEVÂNCIA PARA A DISCUSSÃO

tributação no Brasil e nos tratados internacionais. Revista Direito Tributário Atual v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 41-42).

17 POLIZELLI, Víctor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tributária v. VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 263.

Uma última barreira que poderia haver à tributação dos *stock options* seria o princípio da realização da renda, que segundo alguns impediria a incidência antes da alienação das ações a terceiros.

O professor Roberto Quiroga Mosquera, por exemplo, entende que a mera expectativa de ganho numa eventual realização do ativo valorizado não representa qualquer relação jurídica que possa ser traduzida em elemento econômico¹⁸, entendendo que a incidência do imposto de renda só seria possível com a futura relação jurídica de transmissão da propriedade do bem.

A doutrina majoritária parece caminhar nessa direção, exigindo uma operação de alienação de determinado bem em relação ao qual já havia se constatado um acréscimo patrimonial.

Tais autores não enxergariam nenhuma exceção ao princípio da realização, o qual seria um dogma intransponível para que se permitisse a tributação da renda no Brasil.

Há ainda aqueles que julgam ser o princípio da realização um conceito indissociável do conceito de aquisição de disponibilidade da renda previsto no art. 43 do CTN. Para esta corrente, o art. 43 do CTN, ao exigir a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, teria insculpido em nosso ordenamento, de forma automática, o princípio da realização. É essa a concepção defendida por Alcides Jorge Costa, para quem o conceito de disponibilidade inviabiliza a tributação de renda ainda não realizada:

“Disponibilidade é a qualidade do que é disponível. Disponível é aquilo de que se pode dispor. E entre as diversas acepções de dispor, as que podem aplicar-se à renda são: empregar, aproveitar, servir-se, utilizar-se, lançar mão de, usar. Assim, quando se fala em aquisição de disponibilidade de renda deve entender-se aquisição de renda que pode ser empregada, aproveitada, utilizada, etc. parece importante esta conceituação inicial pois ela afasta, desde logo, a tributação da renda virtual ou ainda não realizada.”¹⁹

Em direção semelhante, aproximando os conceitos de realização da renda e aquisição de sua disponibilidade, encontra-se Ricardo Mariz de Oliveira. Para este autor, realização da renda e aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda seriam conceitos que

18 MOSQUERA, Roberto Quiroga. Renda e proventos de qualquer natureza – o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996, p. 111.

19 COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a Renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; e COSTA, Sérgio de Freitas (coord.). Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa. São Paulo: IBDT, 2017, p. 233.

se confundem, uma vez que referida aquisição marca o instante a partir do qual há acréscimo patrimonial e o imposto de renda pode ser exigido²⁰.

Trata-se, contudo, de premissa sujeita a questionamentos, uma vez que a realização da renda não é requisito essencial para a tributação da renda²¹. A bem da verdade, nem a Constituição nem o CTN exigem a realização da renda como requisito à sua tributação, mas apenas a “aquisição da disponibilidade”. Esclarecedoras são as lições de João Victor Guedes Santos a respeito:

“[...] não julgamos que o legislador complementar exija que o Imposto de Renda incida tão somente sobre renda realizada. Isto porque, conforme comentado, é suficiente para a incidência tributária nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional a existência de poder efetivo de dispor sobre a renda. Sendo verdade que sempre que houver disponibilidade sobre a renda poderá incidir o Imposto de Renda, se ganhos não realizados estiverem disponíveis ao contribuinte não há que se falar em impossibilidade de tributação. [...] Ao se referir a uma ‘aquisição de

disponibilidade’, o artigo 43 do Código Tributário Nacional somente ressalta que para a imposição fiscal é necessário que o recebimento de renda dependa tão somente da vontade de seu beneficiário.”²²

Também o professor João Francisco Bianco dá a entender que não se deve exigir a realização da renda para a tributação do acréscimo patrimonial:

“A nosso ver, a melhor interpretação da expressão é aquela abraçada pela maioria dos autores, segundo a qual *o fato gerador do imposto ocorre com a aquisição do direito à renda, realizada ou não*. [...] Desse modo, é nosso entendimento que o artigo 43 do CTN refere-se à aquisição da disponibilidade da renda como sendo o momento em que o patrimônio do contribuinte é acrescido de um direito.”²³ (Destacamos)

Acreditamos que a renda ainda não realizada, contudo disponível, não pode ser chamada de renda virtual.

20 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 372.

21 Registre-se aqui a opinião de Ricardo Mariz de Oliveira, para quem o princípio da realização da renda estaria implícito na Lei n. 6.404/1976 e no DL n. 1.598/1977, correspondendo à neutralidade tributária das reavaliações de ativos (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 386-388).

22 SANTOS, João Victor Guedes. Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais: entre a equidade e a eficiência, entre a capacidade contributiva e a indução. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 224-225. Apesar de entender que o CTN consagrou o princípio da realização, Victor Polizelli admite sua indefinição: “[...] o princípio da realização encontra no CTN um balizamento maior, pois excluem-se definitivamente os conceitos amplos de renda (psíquica e consumo), erigindo-se, para o alcance da renda-produto e da renda-acréscimo, a orientação do princípio da realização pelos regimes de competência ou caixa. Contudo, apesar de tal direcionamento, não se pode ainda dizer que o princípio da realização da renda foi propriamente definido, isto é, ao se firmar o entendimento de que os eventos deflagradores da renda são considerados realizados conforme o regime de competência, por exemplo, o que se obteve foi simplesmente a transferência do problema para outra expressão ambígua.” (POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tributária v. VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 179)

23 BIANCO, João Francisco. Transparência fiscal internacional. São Paulo: Dialética, 2007, p. 49.

Por isso, julgamos equivocada e imprecisa a afirmação de Thiago Taborda Simões, para quem “o fato de o patrimônio estar disponível para venda não significa que ele tenha gerado renda a quem o tem”²⁴. Primeiramente, o autor parece chamar de patrimônio o que nos parece ser, indiscutivelmente, acréscimo patrimonial (mesmo para os que não admitem sua tributação por conta do princípio da realização da renda, ou por considerarem haver renda indisponível antes da alienação das ações). Em segundo lugar, o autor admite haver uma “disponibilidade para venda”, sem, contudo, nos convencer de que tal disponibilidade não se enquadraria como disponibilidade econômica para fins do art. 43 do CTN.

Não há dúvidas de que com o exercício da opção, o contribuinte adquiriu a disponibilidade da renda em questão. Caracteriza-se perfeitamente a disponibilidade jurídica, que se constata quando não há qualquer condição ou obstáculo ao efetivo ingresso da renda no patrimônio do contribuinte, que pode dispor livremente da renda, embora não a tenha recebido²⁵.

Se houve o ingresso no patrimônio do contribuinte da faculdade de dispor do direito em questão, caracterizada está a aquisição da disponibilidade da renda, eis que esta já se considera auferida²⁶.

Também se verifica a capacidade contributiva exigida pela Constituição. Nesse sentido, são precisas as observações de João Victor Guedes Santos:

“não há mandamento algum que disponha que apenas tem capacidade econômica para contribuir com as despesas estatais a pessoa cuja renda seja percebida em moeda. Com efeito, dizer que uma pessoa pode contribuir com o Erário caso liquide seu ativo e perceba os ganhos nele acumulados equivale a afirmar que *essa pessoa possui capacidade contributiva*, não existindo, assim, qualquer violação a um ideal de justiça fiscal a tributação sobre ganhos não realizados.”²⁷ (Destacamos)

E mesmo que ainda se exigisse a realização da renda, refutando-se nossa argumentação acima, acreditamos haver uma operação de mercado entre duas partes, suficiente para se

24 SIMÕES, Thiago Taborda. Stock options plans e tributação previdenciária. São Paulo: Noeses, 2016, p. 138.

25 ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35.

26 Segundo Ricardo Mariz de Oliveira: “Com isto, o art. 43 está afastando outros critérios teoricamente possíveis para a tributação da renda, tais como o da renda consumida, ou o da renda empregada, ou o da renda capitalizada, para se fixar no critério da renda adquirida. Quer dizer, no Brasil, o imposto de renda incide a partir de quando a renda seja ganha, independentemente da posterior destinação que o contribuinte venha a lhe dar. É a partir do momento da entrada da renda – ou do provento – no patrimônio do contribuinte que ela pode ser tributada, seja ela entesourada, ou gasta, ou transferida para negócios ou outros destinos patrimoniais, seja dada para terceiros etc.” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 287-288)

27 SANTOS, João Victor Guedes. Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais: entre a equidade e a eficiência, entre a capacidade contributiva e a indução. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 103.

constatar a realização de renda pelo beneficiário do plano, que exerceu a opção ao constatar a vantagem pelo preço de mercado superior ao preço de exercício.

Haveria, na aquisição do exercício do direito de opção, uma segurança mínima quanto à vantagem patrimonial auferida com a aquisição das opções a preço inferior ao de mercado, se o caso. À réplica de que o valor das ações estaria sujeito a oscilações respondemos que a definição de momentos anteriores à eliminação de incerteza quanto a determinados ativos não pode simplesmente ser considerada inconstitucional.

Em não havendo qualquer “trava” ou impedimento para que o contribuinte disponha do acréscimo patrimonial em questão, empecilho também não há para a incidência do imposto de renda. Acreditamos que o pensamento de Humberto Ávila abona nossa posição:

“No caso das operações de incorporação de ações da Bovespa, no entanto, não existia, na data da disponibilização das ações, nem disponibilidade econômica, nem disponibilidade jurídica sobre o alegado acréscimo patrimonial. Isso porque estas operações tinham cláusulas de ‘lock-up’, ou seja, períodos de restrição (total e parcial) à venda das respectivas ações da companhia. [...] Durante este período de ‘lock-up’, os acionistas e administradores não poderiam vender e/ou ofertar à venda suas ações ou parte delas. [...] O importante, para o ponto ora analisado, é que a

existência de um ‘período de trava’ revela a falta de disponibilidade econômica e jurídica da renda eventualmente auferida no processo de incorporação de ações [...].”²⁸

Não há nem mesmo inviabilidade prática da referida tributação, sendo esta perfeitamente possível, tanto do ponto de vista jurídico, quanto da praticabilidade, e, ainda, do combate à erosão da base tributária. Discordamos, ao menos em específico na hipótese ora tratada, de Victor Borges Polizelli, para quem a verificação de acréscimo patrimonial por marcação a mercado, apesar de não contrariar o princípio da realização ou o regime de competência, seria tarefa de difícil implementação no Brasil²⁹.

O professor Avi-Yonah, por exemplo, é enfático em relação à tributação de instrumentos financeiros com base numa cotação a mercado:

“Precisamente porque possuem ações negociadas em bolsa, contudo, uma alternativa pronta se apresenta para lidar com o problema do diferimento – tributar

28 ÁVILA, Humberto. Incorporação de ações e a ausência de fundamento para a incidência tributária. Parecer publicado em: Contribuições e Imposto sobre a Renda: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 299-300.

29 POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tributária v. VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 336. O autor afirma, a despeito de considerações cujo enfoque seja a conveniência ou praticidade, que “não parece existir um requisito imposto pelo Direito Civil para que o acréscimo patrimonial (e com ele a realização de valor) se concretize efetivamente por uma troca no mercado” (op. cit., p. 172). Outro empecilho para o autor seria a insuficiência de segurança: “[...] o cenário brasileiro atual, refletido na legislação comercial e tributária, não parece vislumbrar segurança e definitividade suficiente nessa espécie de ganho [de detenção, ou seja, acréscimo de valor sem troca no mercado] para fins de considerá-lo realizado, nem para fins de distribuição de lucros, nem para fins de tributação” (POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tributária v. VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 273).

sócios numa base de cotação a mercado (*mark-to-market taxation*) decorrente da apreciação de suas ações. As objeções comuns para a *mark-to-market taxation* são baseadas nas preocupações com liquidez e avaliação, mas nenhuma dessas questões se aplica às ações negociadas em bolsa. Elas são líquidas por definição e seu valor pode ser encontrado numa base diária mediante a abertura das páginas financeiras de qualquer jornal.”³⁰

O elemento “troca no mercado” não deixaria de existir, uma vez que ainda haveria uma referência a transações realizadas entre terceiros (transação de mercado em sentido amplo), não se exigindo que a própria pessoa a ser tributada seja parte de uma transação no mercado (transação no mercado em sentido estrito)³¹.

Tal forma de tributação, aliás, já é adotada para alguns rendimentos obtidos no mercado de capitais, como se vê da sistemática “come-quotas” prevista no art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.033/2004³².

De igual modo, a Lei n. 12.973/2014 dispensou a realização em casos específicos da avaliação a valor justo³³.

4. A POSIÇÃO DO CARF

-
- 30 AVI-YONAH, Reuven S. Pessoas jurídicas, sociedade e o Estado: uma defesa do imposto das pessoas jurídicas. Revista Direito Tributário Atual v. 21. São Paulo: Dialética e IBDT, 2007, p. 20. No mesmo sentido: “se essa ação tiver liquidez para imediata negociação no mercado, o beneficiário poderá ‘usar, gozar e dispor da coisa’ e se preferiu não alienar foi por pura discricionariedade” (TAIAR JÚNIOR, Alvaro; e ARISA, Edison. Stock option plan – consequências fiscais e contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010, p. 98). Os mesmos autores não deixam de frisar o caráter remuneratório dos planos de opções: “ao oferecer um plano de opção de ação aos seus empregados e administradores, a companhia e seus acionistas estão de alguma forma adicionando/complementando a expectativa de remuneração desses profissionais” (op. cit., p. 87).
- 31 Victor Borges Polizelli expõe os conceitos de transação de mercado em sentido amplo e em sentido estrito, acrescentando que o Reino Unido vem implementando um sistema de tributação marcada a mercado, pelo qual se dispensaria a transação de mercado em sentido estrito (POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tributária v. VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 265).
- 32 Lei n. 11.033/2004, art. 1º, § 2º: “No caso dos fundos de investimentos, será observado o seguinte: I – os rendimentos serão tributados semestralmente, com base no art. 3º da Lei nº 10.892, de 13 de julho de 2004, à alíquota de 15% (quinze por cento), sem prejuízo do disposto no inciso III deste parágrafo; II – na hipótese de fundos de investimentos com prazo de carência de até 90 (noventa) dias para resgate de quotas com rendimento, a incidência do imposto de renda na fonte a que se refere o inciso I deste parágrafo ocorrerá na data em que se completar cada período de carência para resgate de quotas com rendimento, sem prejuízo do disposto no inciso III deste parágrafo; III – por ocasião do resgate das quotas, será aplicada alíquota complementar de acordo com o previsto nos incisos I a IV do caput deste artigo.”
- 33 Lei n. 12.973/2014, art. 13: “O ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo não será computado na determinação do lucro real desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo. § 1º O ganho evidenciado por meio da subconta de que trata o caput será computado na determinação do lucro real à medida que o ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou quando o passivo for liquidado ou baixado. § 2º O ganho a que se refere o § 1º não será computado na determinação do lucro real caso o valor realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, seja indedutível. § 3º Na hipótese de não ser evidenciado por meio de subconta na forma prevista no caput, o ganho será tributado. § 4º Na hipótese de que trata o § 3º, o ganho não poderá acarretar redução de prejuízo fiscal do período, devendo, neste caso, ser considerado em período de apuração seguinte em que exista lucro real antes do cômputo do referido ganho. § 5º O disposto neste artigo não se aplica aos ganhos no reconhecimento inicial de ativos avaliados com base no valor justo decorrentes de doações recebidas de terceiros. § 6º No caso de operações de permuta que envolvam troca de ativo ou passivo de que trata o caput, o ganho decorrente da avaliação com base no valor justo poderá ser computado na determinação do lucro real na medida da realização do ativo ou passivo recebido na permuta, de acordo com as hipóteses previstas nos §§ 1º a 4º.”

Colacionamos abaixo alguns julgados do CARF sobre o tema, no intuito de proporcionar uma amostra do entendimento da jurisprudência administrativa.

Acórdão n. 2202-003.367 (sessão de 10 de maio de 2016):

“Ementa(s)

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

Previdenciário. Auto de infração obrigação principal. Empregados. Plano de opção para compra de ações – *stock options*. Natureza salarial. Desvirtuamento da operação mercantil. Características dos planos afastam o risco.

Ocorrendo o desvirtuamento do *stock options* em sua concepção inicial, tanto pela adoção de política remuneratória na forma de outorga de ações quanto pela correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Na maneira como executado o Plano, com a minimização do risco, passa a outorga de ações a representar a verdadeira intenção de ter o trabalhador a opção de ganhar com a compra das ações.

As vantagens econômicas oferecidas aos empregados na aquisição de lotes de ações da empresa, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente

exclusivamente do trabalho, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição – base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Plano de opção pela compra de ações – *stock options*. Momento da ocorrência do fato gerador. Independe se as ações foram vendidas a terceiros.

O fato gerador ocorre (aspecto temporal), na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito de compra em relação às ações que lhe foram outorgadas. Não há como atribuir ganho se não demonstrado o efetivo exercício do direito sobre as ações.

Desnecessidade de que efetivamente realize a venda posterior, para que se verifique o fato gerador da contribuição em caso, se o direito lhe foi conferido e a vantagem foi incorporada a sua esfera patrimonial.

Plano de opção pela compra de ações – *stock options*. Improcedência do lançamento pela indevida indicação da base de cálculo.

A base de cálculo é uma ordem de grandeza própria do aspecto quantitativo do fato gerador. *O ganho patrimonial, no caso, há que ser apurado na data do exercício das opções e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.*

O ganho patrimonial do trabalhador se realiza nas vantagens econômicas que auferir quando comparadas com as condições de aquisição concedidas ao investidor comum que compra idêntico título no mercado de valores mobiliários. Precedente: Acórdão 2302-003.536 – 2ª TO/3ª CÂM/2ª SEJUL/CARF.

Sendo declarada a improcedência do lançamento, em face de vício na indicação da base de cálculo eleita, desnecessário apreciar as demais alegações do recorrente, no que tange a nulidades e decadência.

Recurso Voluntário Provido.”

Desse julgado vale ainda a pena transcrever o voto do Relator Marcio Henrique Sales Parada:

“[...] Porque a ‘vantagem’ de natureza salarial obtida pelo beneficiário do Plano e subsidiada pela companhia, pelo todo que vimos aqui sustentado, se verifica pela diferença entre o valor da ação na data do exercício (valor do bem em mercado sob condições normais) e aquele valor (pré-fixado e favorecido) que o beneficiário vai pagar à companhia dona das ações. Essa é, efetivamente, a medida da ‘vantagem’ auferida. *Naquele dia, do exercício, ele está ganhando a diferença entre o valor de mercado da ação e o valor pelo qual a está comprando porque, se vendê-la imediatamente (e ele tem essa disponibilidade) será esse valor acrescido a seu patrimônio.*”

Acórdão n. 2402-005.346 (sessão de 15 de junho de 2016):

“Ementa(s)

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

Participação nos lucros e resultados pagas a diretores e administradores. Incidência de contribuição previdenciária. A participação nos lucros e resultados paga a diretores e administradores, efetuada com base no art. 152 da Lei nº 6.404/1976, tem a natureza de retribuição pelos serviços prestados à pessoa jurídica, ensejando a incidência de contribuição previdenciária.

Nulidade por falta de motivação. Inexistência. Restando plenamente caracterizada pela fiscalização as situações fáticas que deram ensejo ao nascimento da obrigação tributária, não há falar em nulidade por falta de motivação.

Decadência. Data de outorga das opções. Inexistência de fato gerador. *Não se consubstanciando a data da outorga das opções momento de ocorrência do fato gerador, não serve para estabelecimento do termo de início do prazo decadencial para constituição do crédito tributário de ofício.*

Plano de opção de ações. Retribuição pela prestação de serviços. Incidência de contribuições previdenciárias. Sobre a retribuição pela prestação de serviços na forma de salário-utilidade, representado pelo ativo financeiro opções de ações,

conferidas a diretores e empregados da pessoa jurídica, incidem as contribuições previdenciárias previstas na legislação de regência.

Planos de *stock options*. Momento do fato gerador. Caso os ganhos com os planos de 'stock options' sejam tomados como remuneração, consideram-se ocorridos os fatos geradores na data em que o beneficiário possa dispor das ações sem restrição. [...].

Recurso Voluntário Negado.”

“a base de cálculo é, conforme ilustrado acima, a diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data em que expirado o prazo de carência. Mister reiterar, neste âmbito, que *a opção outorgada*, cumprido o prazo de carência, *consubstancia-se em ativo dotado de disponibilidade jurídica, que corresponde, ainda que no seu sentido mais estrito, em rendimento (ou provento) adquirido, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro*, conforme explica Hugo de Brito Machado” (voto do Conselheiro Ronnie Soares Anderson, exarado no Acórdão n. 2402-005.346, julgado em junho de 2016)

Acórdão n. 2201-002.766 (sessão de 26 de janeiro de 2016):

“Ementa(s)

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

Opção de compra de ações. *Stock options*. Fato gerador de imposto de renda.

Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações, caracterizam-se como remuneração, constituindo-se, assim, em fato gerador de imposto de renda.

[...]

Acórdão n. 9202-005.470 (sessão de 24 de maio de 2017):

“Ementa(s)

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

Opção de compra de ações. *Stock options*.

Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações, caracterizam-se como remuneração, constituindo-se, assim, em fato gerador das contribuições previdenciárias.

Juros de mora sobre multa de ofício.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Aplicação de penalidade. Princípio da retroatividade benigna. Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009. Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009.

Na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre dispositivos, percentuais e limites. É necessário, antes de tudo, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto que sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. O cálculo da penalidade deve ser efetuado em conformidade com a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009, se mais benéfico para o sujeito passivo.”

Deste julgado, transcrevemos ainda o voto vencedor do Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior:

“Ainda, entendo que os elementos de risco apontados pelo contribuinte em seu recurso como já caracterizados antes do momento de exercício pelo beneficiário (tais como pagamento de parcela anteriormente ao exercício pelo empregado, correção monetária do preço de exercício e, ainda, possibilidade de flutuação do preço das ações antes do exercício) não desnaturam o seu caráter remuneratório, sendo perfeitamente factível, note-se, a existência de risco assumido pelo beneficiário, quando se está a tratar, como no presente caso, de remuneração de caráter eminentemente variável. Por sua vez, quanto aos elementos de risco posteriores, decorrentes da manutenção voluntária das ações pós-exercício,

entendo que este não guarda qualquer relação com a remuneração, já auferida pelo beneficiário em momento pregresso.”

Diante das reflexões desenvolvidas acima, parece-nos que andou bem o CARF ao decidir pela natureza remuneratória dos planos de opções de ações nos Acórdãos n. 2402-005.346, n. 2202-003.367, n. 2201-002.766 e n. 9202-005.470 (este último julgado pela Câmara Superior). Tais operações podem ser tributadas tanto pelo IRPF quanto pelas contribuições previdenciárias, tendo em vista a aquisição da disponibilidade de renda e sua natureza remuneratória.

Espera-se, com isso, que o Judiciário mantenha o acertado entendimento da instância administrativa.

5. CONCLUSÕES

Acreditamos que o estudo acima a respeito dos planos de opções de ações demonstrou sua natureza remuneratória, bem como a possibilidade de se tributar tal remuneração, quando do exercício da opção.

Nesse momento, há uma troca no mercado suficiente para se atender ao princípio da realização da renda, pois o beneficiário do plano concretiza um benefício consistente na vantagem patrimonial relativa ao preço de exercício abaixo do valor do mercado proporcionado pelo plano.

Eventuais oscilações posteriores não prejudicam o benefício que lhe foi concedido pela empresa ao lhe proporcionar um preço de exercício em condições vantajosas, vantagem esta configurada no exercício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Leonardo José Muniz de; e FARO, Maurício Pereira. Tratamento dos planos de *stock options* após o CPC 10. In: ROCHA, Sergio André (coord.). *Direito tributário, societário e a reforma da Lei das S/A*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. II.

ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Incorporação de ações e a ausência de fundamento para a incidência tributária. Parecer publicado em: *Contribuições e Imposto sobre a Renda: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2015.

AVI-YONAH, Reuven S. Pessoas jurídicas, sociedade e o Estado: uma defesa do imposto das pessoas jurídicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 21. São Paulo: Dialética e IBDT, 2007.

BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARRAMASCHI, Bruno Marcorin; e SANTOS, Luís Alberto Paixão dos. *Stock option plans* – o Imposto de Renda da Pessoa Física e os impactos trazidos pela Lei 12.973. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis* (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2015. 6º v.

COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a Renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; e COSTA, Sérgio de Freitas (coord.). *Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IBDT, 2017.

COSTA, Celso; e PACHECO, Carlos. Plano de pagamento baseado em ações – a problemática da contabilização e reconhecimento das opções de ações, a partir das inovações da Lei nº 12.973/2014. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.).

Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2015. 6º v.

FREITAS, Bernardo Vianna; e OLIVEIRA, Renata Afonso Wanderley de. Definição do preço de emissão de ações provenientes de planos de opção de compra de ações (*stock options*). Análise da abrangência do parágrafo 1º do art. 170 da Lei das S/A. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Mercado financeiro e de capitais*: regulação e tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARCONDES, Daniel Gustavo Peixoto Orsini. *Stock options* – tributação no Brasil e nos tratados internacionais. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza* – o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1998.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os vários caminhos da Lei nº 12.973 – cuidados na sua interpretação. In: ROCHA, Sergio André (coord.). *Direito tributário, societário e a reforma da Lei das S/A* – V. IV – Desafios da neutralidade e a Lei nº 12.973/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ROCHA, Sergio André. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais*: entre a equidade e a eficiência, entre a capacidade contributiva e a indução. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

SARTORELLI, Isabel Cristina. *Stock options*: um ensaio teórico. Dissertação de Mestrado da FEA/USP, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexandro Broedel (coord.).

Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010. v. 1.

_____. Comentários a COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a Renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; e COSTA, Sérgio de Freitas (coord.). *Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IBDT, 2017.

_____. Prefácio a OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock options plans* e tributação previdenciária. São Paulo: Noeses, 2016.

TAIAR JÚNIOR, Alvaro; e ARISA, Edison. *Stock option plan* – consequências fiscais e contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis* (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010.

TAKATA, Marcos Shiguelo. A “nova” contabilidade relativa às *stock options* – sua relação e reflexo ou não no direito tributário. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis* (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2011. 2º v.