



# 1

## DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO IRPJ E A INCIDÊNCIA SOBRE AS *STOCK OPTIONS*

A Constituição Federal, em seu art. 153, inciso III,<sup>141</sup> estabelece a competência tributária da União em instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza, cabendo, à lei complementar, propor a definição de seu fato gerador e base de cálculo, nos termos do art. 146, III, “a”, do referido diploma legal.<sup>142</sup>

Exercendo a plena autorização constitucional, o art. 43 do CTN, ao definir os conceitos de “renda” e “proventos de qualquer natureza”, circunscreve o âmbito de incidência do imposto, nos seguintes moldes:

---

141. “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

III – renda e proventos de qualquer natureza; [...].”

142. “Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; [...].”



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

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

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

Observa-se que é necessário um acréscimo patrimonial, em um determinado período, para constituição do fato gerador do imposto de renda.

Nos Planos de Opções de Ações, poder-se-ia discutir o momento da incidência do Imposto de Renda em diversas fases: (i) quando a ação passa a compor o patrimônio do beneficiário mediante exercício da opção por pagamento com desconto; (ii) quando do término da carência estabelecida pelo plano; (iii) na venda das ações pelo Beneficiário no mercado de ações.

Como já vimos em outro momento, o plano de opções de ações é composto de fases. Em breve resumo, é publicado um plano com regras e períodos a serem respeitados (outorga). Aqui, ficam previstas as datas (ou período) de exercício e carência.

Por data (ou período) de exercício, tem-se o momento em que o Beneficiário do plano passa a ter a disponibilidade jurídica sobre o bem. Ao optar por exercer seu direito, ele adquire a(s) ação(ões) por preço pré-fixado, passando a incorporá-las ao seu patrimônio (momento ‘i’ das hipóteses acima previstas).

Nessa fase, apesar de haver disponibilidade jurídica não se pode valorar o patrimônio adquirido. O exercício pelo Beneficiário não dá a ele o direito de vender as ações adquiridas nem muito menos a possibilidade de apurar por quanto tais ativos serão vendidos.

STOCK OPTIONS  
OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES E SUA TRIBUTAÇÃO

Há quem levante a hipótese de considerar, para fins de cálculo do Imposto de Renda, a diferença entre o valor pago e o valor de mercado do ativo no momento do exercício.

A nosso ver, porém, a hipótese é inviável.

A simples aquisição de ações não necessariamente resultará em tributação em face do adquirente. Tanto no mercado quanto no plano de opções, a ação adquirida no exercício fiscal encerrado será declarada na categoria “bens e direitos”, em que o contribuinte tem por obrigação informar à Receita Federal do Brasil a data de aquisição e o montante de dinheiro investido em ações no período. Enquanto essas ações não são vendidas, seus valores não devem ser atualizados pelo valor de mercado, cabendo ao contribuinte apenas repetir o valor pago nas declarações de exercícios posteriores.

O momento “ii” (imediatamente após o término da carência, quando o contribuinte fica autorizado a vender as ações adquiridas), é a teoria adotada pela jurisprudência atual do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.<sup>143</sup>

Denota-se, dos poucos julgados do Conselho, que o entendimento está pautado na disponibilidade jurídica representada pelo rendimento adquirido pelo beneficiário do plano.

Quer-se dizer com isso que, ao término da carência, apesar de não se verificar a disponibilidade econômica pelo contribuinte – já que a venda não ocorre necessariamente naquele momento –, este tem em seu favor uma disponibilidade jurídica ilustrada pelo acréscimo patrimonial obtido de forma abstrata.

Seguindo essa linha, ter-se-ia por fato gerador da obrigação tributária “o momento em que foi implementada a condição suspensiva”<sup>144</sup> e como base de cálculo, a diferença entre o pre-

143. CARF, Acórdãos 2201-002.685 e 2201-002.766.

144. CARF, PAF 16327.720085/2013-26, Acórdão n. 2201-002.685, 2º Câmara, 1º TO, Relator Conselheiro Eduardo Tadeu Farah, sessão de 11.02.2015.

ço de mercado da ação no momento exatamente posterior ao término da carência e o preço de exercício da opção.

A conclusão dos nobres julgadores, ainda, direciona-se à responsabilização da Companhia da qual o plano de opções tenha originado, atribuindo às ações uma natureza remuneratória. Nesse sentido, a obrigação tributária imposta pelos julgadores é a de retenção pelo empregador.

Pois bem. Diversos são os problemas vislumbrados nessas conclusões.

Assim como no momento ‘i’, em que o Imposto de Renda não incide por falta de base de cálculo (hipótese em que as ações adquiridas são declaradas na categoria de “Bens e Direitos” e, portanto, não tributáveis), a circunstância – a nosso ver – repete-se.

Ao terminar o prazo de carência, com a consequente autorização de venda pelo beneficiário, este se mantém na situação de acionista, cujo valor de aquisição deve ser calculado pela média ponderada dos custos unitários, por espécie, nos termos do art. 130 do Regulamento de Imposto de Renda (Decreto 3.000/1999). Aqui novamente fica afastada a incidência do Imposto de Renda Pessoa Física, já que declaradas as ações na categoria de “bens e direitos”.

Além disso, para que se aderisse a esse entendimento, seria necessário também compreender a natureza sempre remuneratória do *Stock Option Plan* e, por consequência, a obrigação de retenção pelo empregador. Não há viabilidade nessa presunção.

A natureza remuneratória do SOP, assim como para fins de análise da incidência previdenciária, depende da desvirtuação completa do instituto. Para tanto, consideramos a necessidade de exclusão integral do risco da operação mercantil, e/ou a concessão gratuita de opções pelo empregador (caracterizando-a como *fringe benefits*), e/ou a vinculação do benefício a metas e comportamentos específicos.

STOCK OPTIONS  
OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES E SUA TRIBUTAÇÃO

Salvo tais circunstâncias, o Plano de Opções de Ações possui caráter mercantil, cujo benefício financeiro a ser obtido pelo beneficiário dependerá de valorização das ações obtidas, sendo pago pelo mercado e não pelo empregador.

Há, todavia, circunstâncias em que as hipóteses acima mencionadas são apuradas nos Planos de Opções, cabendo à autoridade fiscalizadora a caracterização do plano como de natureza remuneratória. Nesse caso, a incidência de contribuição previdenciária é inevitável.<sup>145</sup> Mas a incidência do imposto de renda, não.

O imposto de renda depende de base de cálculo real. Não existe incidência do imposto sobre uma renda presumida,<sup>146</sup> salvo nos casos em que a lei assim determinar.

Assim, quando a carência imposta pelo Plano de Opções se encerra e, finalmente, o beneficiário está autorizado a lançar suas ações no mercado de capitais, o auferimento de renda não é automático. Há que se considerar que a imposição de recolhimento do imposto de renda nesse momento estaria pautada numa renda ainda inexistente ou, em pior escala, incidente sobre bens e direitos que a legislação expressamente exclui.

Os votos do CARF, que tratam do tema, partem da premissa de que a disponibilidade das ações para venda pelo agora acionista impõe a tributação, tendo-se por base de cálculo

---

145. Expusemos nosso entendimento em momento anterior deste estudo no sentido de que, quando vislumbrada a natureza remuneratória do SOP, a incidência da contribuição patronal terá por fatos geradores o momento da opção e o momento do exercício e como bases de cálculo os valores da opção concedida de forma gratuita (ou a diferença quando concedida com desconto) e a diferença entre o valor de exercício e o valor de mercado no momento do exercício.

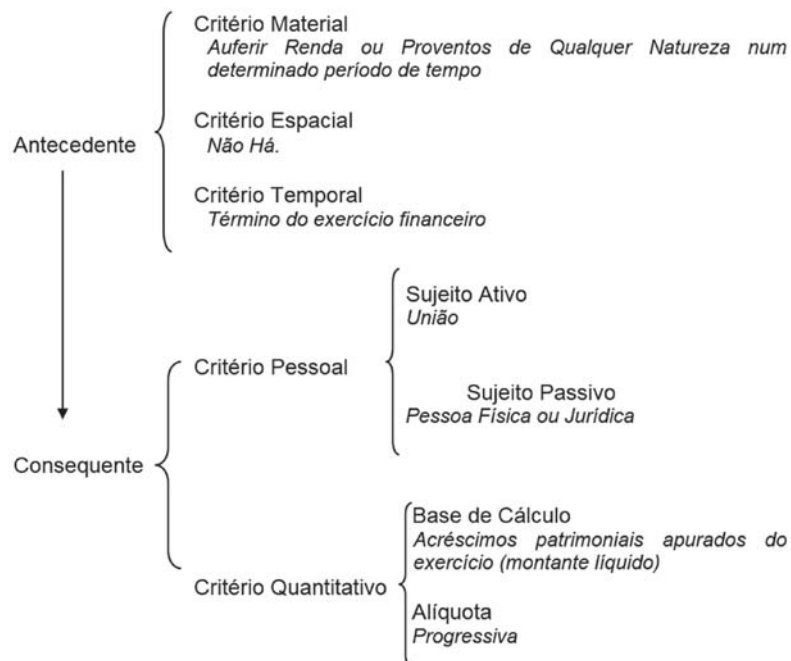
146. “Como é fácil perceber, o IR é um imposto que se renova periodicamente. Seu fato impositivo aperfeiçoa-se quando se conclui o período do tributo, não sendo dado ao legislador federal mandar tributar a renda potencial, isto é, ainda não realizada.”

(CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38).

a diferença entre o valor de aquisição (exercício) e o valor de mercado nesse momento.

A questão é: como tributar uma renda que ainda não foi auferida? O fato de o patrimônio estar disponível para venda não significa que ele tenha gerado renda a quem o tem. E é exatamente isso que ocorre aqui.

Para ilustrar, repetimos o quadro sinótico da RMIT, com adaptação ao Imposto de Renda:



O critério material do Imposto de Renda é o auferimento de renda. O Professor Roque Carrazza, em livro que trata especificamente do IR,<sup>147</sup> explica:

147. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36/37.

STOCK OPTIONS  
OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES E SUA TRIBUTAÇÃO

Para que haja *renda e proventos de qualquer natureza* é imprescindível que o capital, o trabalho ou a conjugação de ambos produzam, entre dois momentos temporais, riqueza nova, destacada daquela que lhe deu origem e capaz de gerar outra.

[...]

Dito de outro modo, *renda e proventos de qualquer natureza* são acréscimos patrimoniais experimentados pelo contribuinte ao longo de um determinado período de tempo. Ou, caso preferirmos, são o resultado positivo de uma subtração que tem por minuendo os rendimentos brutos auferidos pelo contribuinte entre dois marcos temporais, e por subtraendo o total das deduções e abatimentos que a Constituição e as leis que com ela se afinam permitem fazer.

[...]

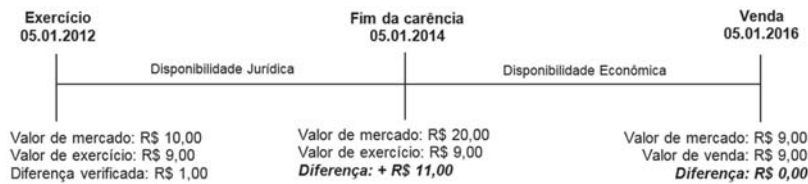
O importante é termos sempre presente que este tributo só pode alcançar o enriquecimento real econômico, advindo do fato *obter renda*.

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 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.

Adaptando o exemplo apresentado em outro momento para ilustrar o risco da operação mercantil, tem-se:

Exemplo<sup>148</sup>



No caso fictício ora apresentado, o cálculo do imposto de renda ao término do prazo de carência geraria uma presunção de ganho de R\$ 11,00 pelo beneficiário. Todavia, em uma eventual queda de mercado, o ganho na venda real da ação seria igual a zero. Ou seja, ter-se-ia tributado um ganho presumido que, ao final, sequer existiria.

Pois bem. A lei não dá alternativas. A incidência de imposto de renda nas operações relativas a planos de opções de compras de ações somente ocorrerá quando da venda das ações (momento “iii”), calculando-se o imposto sobre a diferença entre o valor de compra (exercício) e o valor de venda.<sup>149</sup> Somente nesse momento é possível a apuração dos ganhos auferidos pelo agora investidor.

### 1.1 Da Retenção do Imposto de Renda

Retomando a análise do entendimento aplicado em alguns julgados administrativos, há que se pôr os olhos na intenção dos julgadores de impor aos empregadores que efetuem a retenção do IR.

A fim de facilitar a arrecadação e a fiscalização tributárias, a lei atribui, à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis, a condição de responsável pelo desconto e pelo recolhimento do imposto.

148. Fictício.

149. Cálculos específicos são feitos para tanto. Não entraremos, no detalhe, por inoportuno.



STOCK OPTIONS  
OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES E SUA TRIBUTAÇÃO

O art. 7º, incisos I e II, da Lei 7.713/88, dispõe que estão sujeitos à retenção na fonte: (i) os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas; e (ii) os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

As retenções devem ser feitas segundo as alíquotas previstas na tabela progressiva para o cálculo mensal do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, divulgada pela Receita Federal do Brasil.

No caso dos SOP, tem-se observado a responsabilização acessória do empregador que, ao disponibilizar o plano de opções aos empregados e executivos, deixa de reter, na fonte, o imposto supostamente incidente sobre os ganhos da operação.

Vimos anteriormente que a incidência do Imposto de Renda, nos termos da legislação tributária, somente será observada quando do auferimento real de rendimentos pelo contribuinte que, sob nossa análise, ocorrerá exclusivamente no momento da venda das ações pelo beneficiário/investidor no mercado de capitais.

Não restam dúvidas de que essa fase (venda das ações) está completamente desvinculada da relação laboral entre a Companhia concedente e o beneficiário.

Quando a venda das ações decorrentes de exercício da opção se torna possível, os papéis já estão integralmente inseridos no patrimônio do beneficiário, que poderá vendê-las imediatamente (após o término da carência) ou anos depois, quando a relação de emprego já nem exista mais.

Se quiséssemos tornar viável a ideia de retenção na fonte pelo empregador, somente duas seriam as opções:

- i. A retenção ocorreria no momento do exercício, já que, em tese, somente nesse momento haverá “troca de bens” entre companhia e beneficiário; ou

- ii. O cálculo para fins de retenção seria realizado sobre a diferença do valor de mercado no término da carência e o valor de aquisição.

Na opção ‘i’, ainda que exista uma transação entre Companhia e beneficiário (entrega de ações mediante exercício de opção e paga), não há fato gerador do imposto. Na aquisição das ações, caberá, ao beneficiário, na qualidade de contribuinte do imposto de renda, tão somente declará-las como “bens e direitos”, não sendo tributado.

Na hipótese “ii”, a retenção ocorreria sobre rendimento presumido (assim como no primeiro caso), já que o beneficiário se mantém na qualidade de acionista, com os papéis declarados na categoria de “bens e direitos”. Além disso, o empregador não teria o que reter, já que não houve, nesse momento, qualquer transação dele para com o empregado.

Na primeira leitura dos julgados sobre o tema, até nos pareceu viável que a retenção fosse de responsabilidade do empregador. Mas quando tentamos enquadrar a situação no cotidiano, nos deparamos com uma situação impossível.

A retenção na fonte, quando tratamos da remuneração decorrente da contraprestação do trabalho, nada mais é do que o desconto pelo empregador do total a que o empregado faria jus (remuneração bruta), para pagamento de imposto de renda na qualidade de substituto.

Nos casos concretos, objetos de autuação, tanto os auditores quanto os julgadores concluíram pela responsabilização do empregador ao deixar de reter o imposto na fonte, calculando o imposto devido sobre valores já existentes. Note-se: a análise é feita em momento posterior aos fatos e, somente por isso, é possível enxergar os valores que supostamente deveriam ser aplicados para fins de retenção.

Mas se pensarmos numa companhia preocupada, levar tais julgados a efeito com a finalidade de evitar autuações futuras, inevitavelmente vamos nos deparar com uma retenção inviável do ponto de vista prático.

STOCK OPTIONS  
OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES E SUA TRIBUTAÇÃO

A empresa disponibiliza ações para serem compradas por beneficiários do plano por ela lançado. Os beneficiários, em momento oportuno, exercem seu direito e adquirem as ações disponibilizadas por preço pré-definido, ficando a venda dessas ações condicionada à observância de um prazo de carência.

No momento em que o beneficiário exerce seu direito, as ações – ainda que indisponíveis pra venda – passam a constituir o patrimônio desse que se torna acionista da Companhia. Não há o que reter.