

Planejamento Tributário
sob a ótica do CARF
Análise de casos concretos

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes
Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
André Abreu Costa
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Enzo Bello
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
José Emílio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
José Rubens Morato Leite
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcus Mauricius Holanda
Maria Celeste Simões Marques
Océlio de Jesús Carneiro de Morais
Ricardo Lodi Ribeiro
Salah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Simone Alvarez Lima
Valter Moura do Carmo
Vicente Paulo Barretto
Vinicius Borges Fortes

Conselheiros Beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria - nº 81, sala 301 –
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

Organizadores:

Marcus Lívio Gomes
Sergio André Rocha
Aline Cardoso de Faria

Coordenadores:

Marcus Lívio Gomes
Sergio André Rocha

Autores:

Alex Ribeiro Bernardo	Maurício Pereira Faro
Aline Della Vittoria	Paula Santos de Abreu
Aline Cardoso de Faria	Raphael Assef Lavez
Ana Carolina Barreto	Renan Menezes Chagas
Augusto Fiel Jorge d'Oliveira	Ricardo Lodi Ribeiro
Carlos Augusto Rolim	Rodolfo Elias Brazil
Daniel Alves Teixeira	Rodrigo Moreira Lopes
Karolina Quintão Quintanilha	Rodrigo Senne Capone
Luís Eduardo Schoueri	Sérgio Andre Rocha
Luíz Flávio Neto	Sérgio Magalhães Lima
Luiza Monteiro Paiva	Tatiana Junger
Mariana Lopes da Silva	Thais de Barros Meira
Marciano Seabra de Godoi	Vanessa Benelli Corrêa
Marcus Lívio Gomes	

Planejamento Tributário sob a ótica do CARF Análise de casos concretos

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2019

Copyright © 2019 by Marcus Lívio Gomes

Categoria:

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: **Rômulo Lentini**

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

9. Planos de Opções de Ações (*Stock Option Plans*) na Jurisprudência do CARF: uma Típica Questão de Legalidade em Matéria Tributária

Luís Eduardo Schoueri²⁸⁹

Raphael Assef Lavez²⁹⁰

Introdução

O fenômeno de dissociação entre a propriedade (detida por acionistas, em geral pulverizados), e a administração (diretores das sociedades) marca o desenvolvimento de grandes corporações e grupos empresariais. Neles, são os administradores que direcionam os recursos financeiros e prioridades administrativas da corporação²⁹¹. Tal circunstância acaba, muitas vezes, colocando os interesses de acionistas e administradores em lados opostos – o que, numa abordagem econômica, convencionou-se denominar “custos de agência”. Agência, aqui, é utilizada no sentido de uma relação contratual, em que uma pessoa (principal) investe um terceiro (agente) de poderes de decisão, sob determinadas diretrizes, para que o agente maximize os benefícios na gestão da propriedade ou dos negócios do principal. Os custos, ou perdas de eficiência, decorrem da circunstância de que os interesses de principal e agente podem

289 Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Advogado em São Paulo/SP.

290 Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Professor de cursos de pós-graduação. Advogado em São Paulo/SP.

291 Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Corporations, society, and the state: a defense of the corporate tax. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, n. 5, set./2004, p. 1193-1255 (1235-1238).

se contrapor, na medida em que ambos visam à maximização da utilidade da propriedade – o que pode ter significados diferentes para cada um deles²⁹².

É nesse contexto que se inserem os planos de opções de ações. Como se detalhará adiante, trata-se de um instrumento concedido pela companhia, em geral a seus administradores e empregados de maior estatura operacional, para que partilhem com acionistas os benefícios da valorização da empresa no mercado. É, pois, uma ferramenta de integração entre capital e trabalho, permitindo que a otimização da atuação dos beneficiários do plano durante sua vigência se converta em vantagens diretas a eles²⁹³. Também do ponto de vista do mercado de capitais, é importante aos investidores que acionistas e administradores mostrem-se alinhados, o que robustece a confiança na valorização daquelas ações no médio prazo²⁹⁴.

O estudo dos planos de opções de ações sob o aspecto tributário, especialmente no âmbito da jurisprudência administrativa federal, justifica-se por duas principais razões. Em primeiro lugar, trata-se de tema relativamente recente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), tendo sido avaliados os primeiros casos há pouco mais de cinco anos. Nada obstante, como se demonstrará ao longo deste estudo, o assunto tem se tornado problemático naquele órgão (e no âmbito da Receita Federal do Brasil como um todo). De um lado, são diversas autuações com critérios divergentes, muitas vezes com relação ao mesmo plano de um mesmo contribuinte. De outro, tampouco há parâmetros de análise e decisão homogêneos entre as diversas Turmas Ordinárias da Segunda Seção, competentes para a apreciação dos tributos e exigências relacionadas (contribuição previdenciária patronal – CPP, imposto sobre a renda das pessoas físicas – IRPF – e multa isolada em razão

292 Cf. JENSEM, Michael C.; MECKLING, William H. “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure”. In: **Journal of Financial Economics**, n. 3, v. 4, Harvard University Press, p. 305-360 (308-310).

293 Cf. CATÃO, Marcos André Vinhas. “Tributação de stock options”. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 127, 2006, p. 57-67 (57); MOSQUERA, Roberto Quiroga; BUENO, Maria Isabel Tostes da Costa. “Questões atinentes à remuneração de administradores: bônus, participação nos lucros e resultados e stock options”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (ccord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**, v. 14. São Paulo: Dialética, 2010, p. 312-323 (323); BIFANO, Elidie Palma. “Opção de compra de ações (stock options), participação nos lucros e resultados (PLR) e remuneração de executivos: aspectos controversos”. In: **Revista de Direito Tributário**, v. 118, 2013, p. 58-68 (63).

294 Cf. HULL, John C. **Options, futures and other derivatives**. 10ª ed. Nova York: Pearson Education, 2018, p. 354.

da ausência de retenção na fonte do imposto sobre a renda – IRRF). Os precedentes da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), por sua vez, ainda são incipientes e têm limitado escopo de apreciação sobre os planos em razão da estreiteza processual dos recursos que analisa. É, pois, necessário um raciocínio indutivo a partir dos casos decididos naquele Conselho, a fim de contribuir para a análise de sua aderência, ou não – e em qual medida –, ao ordenamento jurídico-tributário brasileiro.

Em segundo lugar, também por conta dos aspectos mencionados acima, mostra-se um tema bastante oportuno para que se revisitem questões próprias da teoria geral do direito tributário. Para além da (necessária) reavaliação dos pressupostos essenciais para a exigência dos tributos em discussão, tais como o conceito de remuneração, a definição da hipótese tributária do imposto sobre a renda e de sua base de cálculo, o tema permitirá evidenciar, à luz destes casos concretos, o conceito, os limites e a função da própria legalidade em matéria tributária, notadamente quanto à concretização da igualdade e da própria segurança jurídica.

Para tanto, num primeiro momento, será exposta a multiplicidade de planos de opções de ações apreciados pelo CARF, em sua variedade de características, a fim de que, num segundo momento, possam ser identificados e analisados criticamente os diversos matizes vislumbrados pelas decisões, seja no tocante à exigência tanto da CPP quanto do IRPF, assim como os problemas do momento da suposta tributação e as respectivas bases de cálculo. Ao fim, as questões relativas aos planos de opções de ações serão tomadas como caso para reavaliação do problema à luz da legalidade e seus reflexos sobre a igualdade e segurança jurídica.

1. Planos de opções de ações: características e casos avaliados pelo CARF

A análise das decisões administrativas relativas à tributação de planos de opções de ações deve partir da constatação de que não há um modelo único, senão uma ampla variedade de planos oferecidos por diferentes empresas, com características bastantes peculiares. É justamente a partir dessa diversidade que

se pode avaliar a consistência dos critérios adotados, evidenciando quais aspectos são ou foram essenciais para que se decidisse numa ou noutra maneira.

Linhas gerais, os planos de opções de ações envolvem um negócio jurídico por meio do qual uma companhia confere, individualmente, aos seus administradores ou empregados, o direito de subscrever e/ou adquirir ações de sua emissão durante um certo prazo, a um preço de emissão determinado ou determinável, conforme condições estabelecidas em plano previamente aprovado pela assembleia geral. Sobre esse modelo de negócio, a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) estabelece, em seu artigo 168, § 3º, que o estatuto da companhia pode prever a outorga de opções de compra de ações a administradores, a empregados e a pessoas físicas que lhe prestem serviços, desde que dentro do limite de capital autorizado e de acordo com o plano aprovado pela Assembleia Geral.

Em que pese bastante variados, os planos de opções de ações apresentam algumas características que têm se verificado de forma recorrente nos casos apreciados pelo CARF²⁹⁵. Há, em um primeiro momento, a deliberação prevista no dispositivo acima, em que se estabelecem os critérios essenciais do plano, especialmente aqueles relacionados à definição dos beneficiários e das condições para adesão, exercício e, eventualmente, alienação das ações adquiridas. No tocante à outorga da opção em si, ela pode ser gratuita ou onerosa, sendo que, na grande maioria dos casos, tem prevalecido o primeiro modelo – essa questão, como se verá adiante, tem tido repercussão quanto à tributação decorrente do plano. Dentre os acórdãos analisados, o plano de opções da CYRELLA BRAZIL REALTY S.A. apresentava um preço de outorga, correspondente ao preço médio da ação à época, reduzido em 20%, o qual poderia ser pago com o bônus anual atribuído aos beneficiários²⁹⁶. Sobre esse ponto, embora o plano de ações da ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S.A. trouxesse previsão de pagamento no ato de outorga das opções, tal custo poderia ser arcado mediante empréstimo concedido pela própria empresa aos beneficiários do plano²⁹⁷.

295 Cf. CATÃO, Marcos André Vinhas. “Tributação de stock options”. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 127, 2006, p. 57-67 (58); GALHARDO, Luciana Rosanova; BATISTA, Diego Alves Amaral. “Stock Options - Plano de Pagamentos Baseados em Ações”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamientos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 311-333 (312-313).

296 Acórdão 2301-005.771, julgado em 05.12.2018.

297 Acórdãos 2401-003.044 e 2401-003.045, ambos julgados em 18.06.2013.

Uma vez outorgadas as opções de compra, se atendidas determinadas condições e após o decurso de um certo período de tempo, o beneficiário adquire o direito de exercê-las, adquirindo ou subscrevendo as ações por um preço previamente determinado, independentemente do valor de mercado da ação na data do exercício. No tocante ao período e às condições para o exercício (denominado *vesting period*), há diferenças importantes quanto às consequências do desligamento do beneficiário do quadro de colaboradores da companhia. Há planos, como da ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A., em que há a antecipação do direito à subscrição das ações na hipótese de aposentadoria ou falecimento do beneficiário²⁹⁸. Noutros planos, como da BM&F BOVESPA S.A., eventual desligamento voluntário poderia antecipar o exercício de opções cujo período de carência ainda não teria se encerrado²⁹⁹. Ainda com relação ao *vesting period*, o plano outorgado pela GVT HOLDING S.A. previa um período de um a quatro anos, sendo exercíveis 25% das opções por ano; havendo desligamento, extinguiam-se as opções, sendo que, não se tratando de desligamento com justa causa, aquelas opções já exercíveis, mas ainda não exercidas, poderiam sê-lo por ocasião do desligamento³⁰⁰.

Questão importante diz respeito ao preço de exercício das opções. Vale menção ao plano da CYRELLA BRAZIL REALTY S.A., que apresentava um preço para a aquisição ou subscrição de R\$ 0,01 por ação³⁰¹ – ao passo que, ao contrário de outros planos, já previra a onerosidade da outorga das opções. Trata-se de um modelo diverso daquele adotado, por exemplo, nos planos da ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A., em que a outorga é gratuita, mas o preço de exercício da opção corresponde ao preço médio das ações nos três meses que antecederam a emissão das opções, com variação de até 20%³⁰². A comparação é interessante,

298 Acórdão 9202-005.968, julgado em 23.09.2017; Acórdão 9202-006.628, julgado em 21.03.2018; Acórdão 2301-005.772, julgado em 05.12.2018; Acórdão 2202-003.510, julgado em 12.08.2018; Acórdão 2401-000.888, julgado em 11.02.2015.

299 Acórdão 2301-005.752, julgado em 08.11.2018; Acórdão 2401-005.729, julgado em 11.09.2018; Acórdão 2402-005.823, julgado em 10.05.2017.

300 Acórdão 2402-005.010, julgado em 17.02.2016.

301 Acórdão 2301-005.771, julgado em 05.12.2018.

302 Acórdão 9202-005.968, julgado em 23.09.2017; Acórdão 9202-006.628, julgado em 21.03.2018; Acórdão 2301-005.772, julgado em 05.12.2018; Acórdão 2202-003.510, julgado em 12.08.2018; Acórdão 2401-000.888, julgado em 11.02.2015.

pois os parâmetros de cálculo assemelham-se, embora, num caso, se refira ao preço da opção (pago na outorga) e, noutro, ao preço da ação (pago no exercício).

Ainda sobre o preço de exercício, o plano de opções da GVT HOLDING S.A. estabelecia um valor de R\$ 6,15/ação, enquanto o valor de mercado unitário das ações no período de referência teria oscilado, segundo as decisões, entre R\$ 24,20 e R\$ 54,50³⁰³. Também sobre esse aspecto, o plano de opções da ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S.A. apresentou a peculiar circunstância de ter sido realizada uma troca de planos, com mudança do preço de exercício após a queda do valor de ações para um patamar inferior à metade dos preços de exercício previstos nos planos originais³⁰⁴.

A questão específica de um possível caráter simbólico, ou não, do preço de exercício destacou-se na análise do plano outorgado pela BM&F BOVESPA S.A. Nele, segundo relatado em julgamento, se previra um preço de exercício fixo de R\$ 1,00/ação, sendo que 25% das opções já poderiam ser imediatamente exercidas, enquanto o valor de mercado unitário das ações à época, também segundo relatado, era de R\$ 23,06³⁰⁵.

Por fim, uma característica relativamente comum, presente nos planos de opções da ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A.³⁰⁶ e da BM&F BOVESPA S.A. diz respeito à disponibilidade das ações após o exercício, ou seja, se é facultado ao beneficiário alienar as ações adquiridas imediatamente ou apenas após o transcorrer de algum período desde a aquisição – cláusula denominada *lockup*.

Em suma, fica clara a grande diversidade dos planos de opções de ações que têm sido outorgados pelas companhias brasileiras, o que leva à necessidade de avaliação individualizada dos casos, a fim de se verificar o atendimento, ou não, dos critérios considerados para a determinação do regime tributário próprio a tais operações.

303 Acórdão 2402-005.010, julgado em 17.02.2016; Acórdão 2402-004.481, julgado em 20.01.2015.

304 Acórdãos 2401-003.044 e 2401-003.045, ambos julgados em 18.06.2013.

305 Acórdão 2401-003-891, julgado em 11.02.2015.

306 Acórdão 9202-005.968, julgado em 23.09.2017; Acórdão 9202-006.628, julgado em 21.03.2018; Acórdão 2301-005.772, julgado em 05.12.2018; Acórdão 2202-003.510, julgado em 12.08.2018; Acórdão 2401-000.888, julgado em 11.02.2015.

2. Contribuição previdenciária e a natureza remuneratória ou mercantil dos planos de opções de ações

2.1 Pressupostos para a incidência da contribuição previdenciária

A competência da União para instituição das contribuições sociais destinadas à previdência social decorre do disposto nos artigos 149 e 195 da Constituição Federal, cuja análise, aliada à avaliação da Lei nº 8.212/91, permitirá delinear os pressupostos para a incidência da tais contribuições previdenciárias, a partir dos quais se poderão cotejar os critérios adotados pelas decisões administrativas no tocante aos planos de opções de ações.

Enquanto o artigo 149 estabelece a competência exclusiva da União, o artigo 195, inciso I, alínea “a”, na redação da Emenda Constitucional nº 20/98, prevê a incidência da contribuição social sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”. A Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99, instituiu a CPP sobre “o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título” (artigo 22, inciso I). Tais remunerações, contudo, devem ser “destinadas a retribuir o trabalho qualquer que seja a sua forma”, trabalho este que deve representar “serviços efetivamente prestados” ou, ao menos, “tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços”. Portanto, para que haja a incidência da CPP, deverá haver **(i)** uma remuneração, **(ii)** por retribuição, seja **(iii.a)** pelos serviços efetivamente prestados, seja **(iii.b)** pelo tempo à disposição do empregador ou tomador dos serviços. Do ponto de vista temporal, vale destacar, somente haverá incidência quando tais remunerações forem **(iv)** pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, ainda que sob a forma de utilidades, desde que, nesse último caso, se trate de **(iv.a)** ganhos habituais.

No tocante à base de cálculo, há uma predeterminação constitucional no sentido de que “as contribuições sociais (...) poderão ter alíquotas *ad valorem*, tendo por base (...) o valor da operação” (artigo 149, § 2º, inciso II, alínea “a”). Daí a necessidade de que, tratando-se de contribuição social, a base de cálculo equivalha ao **(v)** valor da operação, o que, no caso, apenas pode significar a prestação

de serviços, com ou sem vínculo empregatício³⁰⁷. Nesse sentido, a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 28, define a base de cálculo da CPP como o salário-de-contribuição, estabelecido como o valor da remuneração nos termos definidos acima – critérios **(i)** a **(iv)**. Mais recentemente, a Lei nº 13.467/17 excluiu os prêmios e abonos do salário-de-contribuição (artigo 28, § 9º, alínea “z”, da Lei nº 8.212/91).

Em suma, para que se entenda que incide a CPP sobre os planos de opções de ação, é imprescindível que se demonstre **(i)** seu caráter remuneratório; devendo guardar uma **(ii)** estreita conexão (retribuição) a **(iii.a)** serviços efetivamente prestados ou **(iii.b)** algum tempo posto à disposição do empregador ou tomador de serviços. Além disso, para que haja a tributação, tais remunerações devem ter sido **(iv)** pagas, devidas ou creditadas e, se o foram na forma de utilidades, deve se tratar de **(iv.a)** ganhos habituais. Por fim, somente poderá incidir a CPP sobre o **(v)** valor da operação, isto é, deve guardar uma relação, ao menos mediata, com a prestação de serviços, com ou sem vínculo empregatício.

Em outras palavras, além de se discutir acerca da natureza dos planos de opções de ações, se remuneratórios ou não, é necessário que se estabeleça se e quando o beneficiário prestou efetivamente qual serviço ou se e quando esteve por quanto tempo à disposição, bem como se e quando tal remuneração teria sido paga, devida ou creditada. Caso sejam entendidos como pagamentos na forma de utilidades, é necessário demonstrar-se a habitualidade dos ganhos. Finalmente, a base de cálculo eleita pela tributação deve, mandatoriamente, refletir, ainda que indiretamente, os serviços efetivamente prestados ou o tempo colocado à disposição que, com os planos de opções de ações, se visaria a retribuir.

Como se verá a seguir, tanto a Receita Federal quanto a jurisprudência administrativa colocam grande ênfase na questão da natureza dos planos de opções de ações, se remuneratória ou mercantil. A questão do momento da incidência e da base de cálculo, quando apreciadas, guarda um reflexo indelével com a disciplina do IRPF, já que, particularmente quanto ao aspecto temporal e à base de cálculo, tais tributos assemelham-se.

307 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 285.

2.2 A natureza dos planos de opções de ações, a questão do risco e os critérios adotados pela jurisprudência administrativa

Via de regra, salvo poucas exceções, o debate acerca da incidência da CPP no âmbito do CARF tem enfatizado a questão da natureza dos planos de opções de ações. De um lado, há a alegação dos contribuintes de que, estando previstos na Lei das Sociedades Anônimas, os planos teriam natureza meramente mercantil e sujeitariam seus beneficiários ao risco de auferir ganhos ou sofrer perdas quando do exercício das opções e alienação das ações. Seriam, pois, em alguma medida, semelhantes às demais opções negociadas pelas companhias no mercado de capitais. Do outro lado, há a acusação fiscal de que os planos de opções de ações teriam natureza remuneratória e, portanto, os ganhos deles decorrentes estariam sujeitos à incidência da CPP – entendimento que, embora sob diferentes fundamentos, tem se mostrado amplamente prevalecente na jurisprudência administrativa. Convém examinar os critérios que sustentam uma e outra posições³⁰⁸.

Numa primeira vertente da segunda posição, algumas decisões verificaram a natureza remuneratória dos planos de opção de ações, porquanto concedidos em condições diferentes daquelas oferecidas ao mercado em geral e, especialmente, porque outorgados apenas para alguns empregados (no geral, administradores e diretores)³⁰⁹. A segunda vertente, amplamente majoritária, tem alocado a questão da natureza dos planos de opções de ações, se remuneratória ou não, na avaliação acerca da existência de riscos ao beneficiário. Se presentes os riscos, sobressaem os caracteres próprios da natureza mercantil; se ausentes ou acentuadamente mitigados os riscos, evidenciar-se-ia a natureza remuneratória do plano submetido à análise.

Nessa segunda vertente, a maior parte das decisões tem focado na gratuidade da outorga das opções de ações. Seja sob a perspectiva de oferecer condições

308 Cf., a respeito dos parâmetros gerais utilizados para definição da natureza dos planos de opções de ações em decisões proferidas até março de 2015, VASCONCELLOS, Breno Ferreira Martins, *et al.* “Stock option plans”. In: SANTI, Eurico Marcos Dinis de, *et al.* (coord.). **Repertório Analítico de Jurisprudência do CARF**. São Paulo: Max Limonad e FGV Direito SP, 2016, p. 435-476 (437-ss.).

309 Acórdão 2302-003.536, julgado em 03.12.2014; Acórdão 2301-003.597, julgado em 23.06.2013; e Acórdão 2301-004.282, julgado em 20.01.2015.

diferenciadas daquelas oferecidas ao mercado quanto ao risco suportado pelos investidores, seja pelo fato de que, ausente qualquer desembolso inicial, o beneficiário – valendo-se de expressão corrente nas autuações fiscais – “apenas corre o risco de ganhar”, diversas decisões mantiveram a exigência da CPP em planos de opções de ações em cuja outorga não se exigia nenhuma contrapartida³¹⁰.

A questão da gratuidade das opções outorgadas tem sido determinante a tal ponto no âmbito do CARF, que gerou levou a uma situação bastante peculiar na 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara Julgadora da 2ª Seção do Tribunal. Na sessão de dezembro de 2018, foram apreciados dois casos cujos planos de opções de ações já foram sintetizados no tópico anterior: CYRELLA BRAZIL REALTY S.A.³¹¹ e ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A.³¹². No primeiro caso, como visto, previa-se um preço de outorga, correspondente ao valor médio da ação à época, reduzido em 20% – o preço de exercício, por sua vez, era de R\$ 0,01 por ação. Já no segundo caso, embora a outorga fosse gratuita, o preço de exercício da opção correspondia ao valor de mercado médio das ações nos três meses que antecederam a emissão das opções, com variação de até 20%. A despeito de a autuação, no primeiro caso, ter sido cancelada também em razão do erro na determinação do critério temporal da hipótese tributária, não há, no voto condutor, qualquer conclusão no sentido de que teria havido efetivo desvirtuamento do risco. Já no segundo caso, não havendo qualquer discussão acerca do momento da tributação, o lançamento é mantido justamente em razão do desvirtuamento do risco decorrente da gratuidade da outorga das opções³¹³.

De fato, o risco é importante na determinação da natureza dos planos de opções de ações. Isso porque é difícil conceber a remuneração pela prestação de

310 Acórdão 2301-003.045, julgado em 20.06.2013; 2401-003.888, julgado em 11.02.2015; Acórdão 9202-005.968, julgado em 26.09.2017; Acórdão 9202-005.443, julgado em 23.05.2017; Acórdão 2303-005.772, julgado em 05.12.2018; Acórdão 2402-005.346, julgado em 15.06.2016; Acórdão 2402-005.010, julgado em 17.02.2016.

311 Acórdão 2301-005.771, julgado em 05.12.2018.

312 Acórdão 2301-005.772, julgado em 05.12.2018.

313 “Portanto, não se vislumbra o risco do negócio no presente caso, pois o funcionário recebe de forma gratuita a Opção de Compra de Ação da Contribuinte. E se não há risco no negócio, perde-se a natureza mercantil da *Stock Option*, constatando a natureza salarial e a incidência dos reflexos.

Trata-se do requisito fundamental para caracterização da natureza mercantil das *Stock Options*, a necessidade de haver o risco no negócio, o que determina a necessidade de a Opção de Compra de Ação ser onerosa e NÃO gratuita, como ocorre no presente caso”.

serviços que se submeta ao risco de sequer chegar a existir – naturalmente, se o valor de mercado das ações for inferior ao preço de exercício das opções, certo será que o participante do plano não as exercerá, não verificando vantagem alguma. Parece correto afirmar que se configurado o risco, não há que falar em remuneração. As decisões citadas aplicam a recíproca: circunstâncias que contribuam para a mitigação ou anulação dos riscos corroboraram para que os julgadores entendessem caracterizada a natureza remuneratória dos planos de opções de ações. Interessante exemplo nesse sentido, também já mencionado, é a situação em que uma alteração significativa no mercado, com uma queda expressiva do valor das ações que foram objeto das opções outorgadas, leva à substituição dos planos originalmente pactuados, resultando numa relevante redução do preço de exercício³¹⁴. Da mesma forma, a depender de sua efetividade e da forma como pactuados, empréstimos concedidos pela companhia aos beneficiários para que disponham dos recursos necessários ao pagamento do preço de exercício podem resultar, igualmente, na mitigação dos riscos correlatos³¹⁵.

Por tais razões, a onerosidade do plano de opções de ações como um todo tem sido considerada como principal critério para aferição do risco atrelado. Realmente, a estipulação de um preço de exercício vil, quando outorgadas gratuitamente as opções, levará a uma situação tal que, ainda que haja expressiva queda no valor de mercado das ações, assegurada estará a vantagem do beneficiário, dado o caráter simbólico do preço de pré-definido³¹⁶. Nessa toada, prefixando-se um valor para a aquisição futura das ações que não seja irrisório e que referencie, em alguma medida, a cotação das ações à época da criação do plano ou da outorga das opções, o fato de o beneficiário recebê-las gratuitamente não elimina o risco de que, quando atendidas as condições para o exercício, o valor de mercado das ações seja bastante próximo ou até mesmo inferior ao preço pactuado para sua aquisição. Nessa hipótese, a vantagem será significativamente reduzida ou até mesmo aniquilada.

O equívoco da posição que tem prevalecido no CARF deriva da constatação de que, para afastar a natureza remuneratória, não há de se exigir um risco tal ao ponto que o beneficiário do plano possa perder os recursos próprios even-

314 Acórdãos 2401-003.044 e 2401-003.045, ambos julgados em 18.06.2013.

315 Acórdãos 2401-003.044 e 2401-003.045, ambos julgados em 18.06.2013.

316 Acórdão 2402-005.010, julgado em 17.02.2016; Acórdão 2401-003.891, julgado em 11.02.2015; Acórdão 2402-004.481, julgado em 20.01.2015.

tualmente aplicados numa outorga onerosa das opções. Bastaria, para tanto, o risco de não auferir vantagem alguma. Afinal, não é razoável imaginar, numa racionalidade econômica, que algum agente prestaria serviços sob um risco tamanho que poderia ver-se sem qualquer remuneração. Essa conclusão é evidente quando se verifica que o beneficiário do plano não é um investidor qualquer, mas justamente uma pessoa com quem a companhia mantém relações tais a ponto de convidá-lo a compor o quadro de seus acionistas, desde que atendidas certas condições e após o decurso de um determinado prazo. Num modelo de plano de opções de ações com a previsão de um preço de exercício significativo, tem-se a autêntica integração entre capital e trabalho a que se referira há pouco: a valorização das ações da empresa implicará o incremento da vantagem do beneficiário, enquanto a perda de seu valor levará à redução ou até mesmo eliminação dos potenciais ganhos do detentor das opções.

De todo modo, a avaliação da natureza remuneratória ou não dos planos de opções de ações não pode ignorar que, do ponto de vista do direito do trabalho – e a jurisprudência no âmbito da Justiça do Trabalho tem confirmado isso³¹⁷ –, não se tem reconhecido o caráter retributivo nesse tipo de acordo. Nesse contexto, tais planos têm sido diferenciados frente a outros institutos voltados a remunerar os trabalhadores. De fato, não se assemelham às gratificações de balanço, pois não decorrem do balanço, mas da opção do empregado; não se enquadram no conceito de gratificação, pois não se referem, via de regra, a um valor pago ajustado entre empregado e empregador; não se trata de prêmio, pois não decorre diretamente de um esforço do empregado; não representam um salário-utilidade, pois não se trata de pagamento adicional obtido do trabalho; e, por fim, tampouco é espécie de participação nos lucros, já que não decorre dos lucros, mas da valorização das ações³¹⁸.

317 A título exemplificativo: “Plano de opção de compra de ações. *Stock Options*. Natureza jurídica mercantil. Os planos de opção de compra de ações ofertados pelas empresas aos seus empregados (*stock options*), embora estejam estritamente vinculados ao contrato de trabalho, não se afiguram como benefício contraprestativo. A opção pela compra de ações conferida ao trabalhador tem natureza jurídica mercantil, visto que implica em riscos naturais do mercado para o adquirente, uma vez que as ações adquiridas podem valorizar-se ou desvalorizar-se, de acordo com as oscilações financeiras. Recurso do reclamante a que se nega provimento” (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 17ª Turma, Recurso Ordinário, Autos nº 0000114-38.2014.5.02.0075, julgado em 06.11.2018).

318 Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. “Natureza do stock option no direito do trabalho”. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo: 2001, v.16.

Esse aspecto é essencial, pois, se do ponto de vista do direito do trabalho, regra geral, não se vislumbra natureza salarial, remuneratória ou retributiva nos planos de opções de ações, apenas se pode cogitar a exigência da CPP sobre as vantagens deles decorrentes se o Fisco demonstrar – e, nesse ponto, destaque-se incumbir-lhe o ônus da prova – que o caso concreto apresenta elementos que, efetivamente, desnaturaram este caráter via de regra mercantil dos planos de opção de ações. Sob essa perspectiva, aspectos triviais e comuns à maior parte desse tipo de operação, tais como o oferecimento exclusivamente a determinados empregados e em condições diversas daquelas praticadas com terceiros no âmbito do mercado, ou a outorga gratuita das opções, por si só, não bastam para a comprovação do desvirtuamento do plano em concreto. Trata-se de posição alinhada com as premissas gerais dessa modalidade de negócio, bem como coerente com o entendimento genericamente reverberado das decisões prolatadas pela Justiça do Trabalho.

No âmbito do CARF, acertadamente seguiu nessa linha recente decisão que tratou do plano de opções de ações da BM&F BOVESPA S.A., chegando à conclusão de que, “Partindo do pressuposto de que os planos de opções de compra de ações (Stock Options) possuem natureza mercantil, caberia à autoridade fiscal demonstrar que houve desvirtuamento dos referidos planos, caracterizando-os como remuneração para fins de incidência da contribuição previdenciária”. Na decisão, destacou-se que “a relevância que se deu no lançamento fiscal ao fato de serem oferecidos planos aos empregados da empresa, não traz a imediata conclusão de que se trata de natureza remuneratória”³¹⁹.

E, no contexto da comprovação desse desvirtuamento, não basta que a autuação e a respectiva decisão limitem-se a perquirir acerca do risco envolvido no plano de opções de ações. Como visto, é pressuposto da incidência da CPP (e da caracterização da natureza remuneratória) a existência de um serviço prestado pelo trabalhador (ou, ao menos e quando se tratar de empregado, um tempo posto à disposição). Daí ser imediata a pergunta: quais serviços – ou prestados a que tempo – estariam sendo remunerados por meio do plano de opções de ações?³²⁰ Apesar de sua centralidade, a questão não tem sido enfrentada de forma direta nas decisões administrativas, que se limitam, no

319 Acórdão 2401-005.729, julgado em 11.09.2018.

320 Cf. FREITAS, Rodrigo de. “Contribuições Previdenciárias e os Ganhos de Administradores ou Empregados Decorrentes de Stock Option Plan (SOP)”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES,

mais das vezes, a reconhecer o caráter retributivo em razão da ausência de risco (em geral pela gratuidade da outorga) e do fato de ser oferecida apenas a prestadores de serviço da companhia. Quando o problema é tratado, ainda que tangencialmente, conclui-se no sentido de que os planos de opção de ações voltam-se à remuneração dos serviços prestados ao longo do *vesting period*³²¹.

Ora, se assim for, vislumbra-se uma nova variável que tem passado absolutamente ao largo das decisões administrativas: como reconhecer caráter remuneratório de planos de opções de ações que prevejam antecipação do exercício na hipótese de aposentadoria, falecimento, desligamento voluntário ou sem justa causa? Como visto acima, há planos que apresentam tais características e, a despeito dessa circunstância, lhes foi atribuída, na maior parte dos casos, natureza remuneratória³²².

Em suma, no tocante à CPP, é preciso levar em conta a premissa de que, regra geral, planos de opções de ações não visam à retribuição de uma determinada prestação de serviços, o que, a princípio, afastaria a hipótese prevista na lei para sua incidência. O importante é verificar-se a existência de elementos no caso concreto que, efetivamente, importem um desvirtuamento desse caráter geral dos planos, aproximando-os a instrumentos retributivos. Sob essa perspectiva, é possível enumerar alguns caracteres que, se presentes, destoam completamente de uma remuneração ou retribuição a determinado serviço prestado pelo beneficiário à companhia³²³: (i) não deve haver vínculo

Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 519-549 (524).

321 “Por tudo o que se encontra acima colocado, vemos claramente que: (a) até o final do *vesting period*, a relação é de prestação de serviços e remuneração, com despesa reconhecida pela empresa, mediante a entrega de instrumento financeiro ao empregado, administrador ou prestador de serviço” (Acórdão 9202-005.443, julgado em 23.05.2017).

322 Acórdão 9202-005.968, julgado em 23.09.2017; Acórdão 9202-006.628, julgado em 21.03.2018; Acórdão 2301-005.772, julgado em 05.12.2018; Acórdão 2202-003.510, julgado em 12.08.2018; Acórdão 2401-000.888, julgado em 11.02.2015; Acórdão 2301-005.752, julgado em 08.11.2018; Acórdão 2401-005.729, julgado em 11.09.2018; Acórdão 2402-005.823, julgado em 10.05.2017.

323 Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga; BUENO, Maria Isabel Tostes da Costa. “Questões atinentes à remuneração de administradores: bônus, participação nos lucros e resultados e stock options”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**, v. 14. São Paulo: Dialética, 2010, p. 312-323 (322-323); GALHARDO, Luciana Rosanova; BATISTA, Diego Alves Amaral. “Stock Options - Plano de Pagamentos Baseados em Ações”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 311-333 (330-331).

entre a concessão das opções e condutas e/ou serviços do beneficiário no âmbito de seu contrato de trabalho; e **(ii)** deve haver um elemento significativo de risco ao beneficiário, o que pode ser assegurado **(ii.a)** pela impossibilidade de cessão das opções a terceiros; **(ii.b)** pela manutenção das condições originalmente previstas ao longo de toda a vigência do plano; **(ii.c)** pela efetiva onerosidade por parte do beneficiário, seja no tocante à outorga mediante pagamento pelo outorgado, seja quanto ao preço de exercício, que não deve ser vil e deve guardar referência ao valor de mercado das ações à época da outorga, bem como deve ser efetivamente desembolsado pelo beneficiário.

Todos esses elementos, contudo, dizem respeito apenas ao critério material da hipótese tributária da CPP, isto é, tratam da ocorrência, ou não, de uma remuneração por serviços eventualmente prestados pelos beneficiários dos planos de ação. Outra questão, igualmente essencial, diz respeito ao critério temporal da hipótese tributária, isto é, quando se considera que tal suposta remuneração teria sido paga, devida ou creditada a qualquer título; do mesmo modo, há de perquirir-se qual seria, então, o montante dessa remuneração (ou “valor da operação”, valendo-se da expressão do artigo 149 da Constituição) a fim de mensurar a base de cálculo da CPP. Tais aspectos (momento e montante), porquanto inequivocamente relacionados a aspectos relacionados ao IRPF, serão tratados a seguir.

3. Imposto sobre a renda e planos de opções de ações

3.1 A hipótese tributária do Imposto sobre a Renda como ponto de partida

Deriva da Constituição Federal a competência da União para instituir o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, a teor de seu artigo 153, inciso III. À exceção de uma ocasião em que prevaleceu uma espécie de conceito “legalista”, isto é, de que seria renda aquilo que a lei dissesse que fosse³²⁴, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre tendeu

324 Cf. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 201.465-6/MG, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, j. 02.05.2002, DJ 17.10.2003.

a aproximar *renda* de um *acréscimo de valor efetivo, não fictício*³²⁵ – noção que deriva da própria capacidade contributiva, de acordo com a qual *renda* deve, necessariamente, representar um sinal de riqueza. Seja renda-produto, seja renda-acréscimo patrimonial, tem-se, sempre, a ideia de riqueza nova. Quando confrontado acerca do momento da incidência do imposto, o Supremo Tribunal Federal buscou verificar, no caso concreto, a efetiva aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica sobre a renda, critérios veiculados pelo Código Tributário Nacional³²⁶.

O Código Tributário Nacional, por sua vez, definiu a renda tanto como produto do capital, do trabalho ou da combinação entre ambos quanto como acréscimo patrimonial³²⁷. Especial interesse merece o conceito de patrimônio a que se refere o seu artigo 43, inciso II, quando faz menção aos proventos enquanto acréscimos patrimoniais. De um lado, há a posição atrelada ao direito civil, consentânea com o artigo 91 do Código Civil, que o define como um complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico. Em outras palavras, apenas constitui acréscimo patrimonial um acréscimo de direitos, sejam eles reais ou pessoais³²⁸, mas sempre no sentido da lei civil.

Do outro lado, pode-se aventar um conceito de patrimônio que, conquanto ainda jurídico, porque baseado (ainda que indiretamente) em normas do direito societário, se distancie dos critérios do direito civil e se aproxime de avaliações de cunho notadamente econômico. É o que ocorreu, no Brasil, com a apuração dos resultados contábeis das sociedades após a edição da Lei

325 Cf. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 117.887-6/SP, Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.02.1993, DJ 23.04.1993; Recurso Extraordinário 221.142/RS, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.11.2013, DJe 30.10.2014.

326 Cf. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 172.058-1/SC, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.06.1995, DJ 12.10.1995; Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.588/DF, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 10.04.2013, DJe 11.02.2014.

327 Cf. COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Estudos sobre Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 19-31 (27); SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264 (246); POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ**. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 166.

328 Cf. MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery)**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 107-124 (114).

nº 11.638/08, cujos efeitos majoritários são, hoje, neutralizados para fins de apuração do imposto sobre a renda, em vista dos ajustes instituídos pela Lei nº 12.973/14. Tal circunstância indica a possibilidade de construção de uma noção de renda, a partir do Código Tributário Nacional, que envolva também uma perspectiva econômica de patrimônio³²⁹.

Quanto à hipótese tributária do imposto sobre a renda, há dois aspectos fundamentais a serem avaliados, a saber: (i) o que se deve entender por disponibilidade jurídica e por disponibilidade econômica (e se há diferença entre elas); e (ii) qual o sentido de “aquisição” referido pelo dispositivo.

Acerca da primeira questão, delineararam-se duas correntes divergentes: de um lado, uma posição unificadora, tendente a equiparar ou relevar a diferença entre os conceitos de disponibilidade econômica e jurídicas e, do outro, uma corrente dicotômica, que buscou identificar e esmiuçar as particularidades entre eles³³⁰. Coerentemente com sua perspectiva de acréscimo patrimonial, sempre atrelado ao direito civil, Brandão Machado entendia supérflua a menção à disponibilidade econômica na definição da hipótese tributária, já que “pode dela ser retirada sem qualquer prejuízo para sua inteligência”³³¹. De fato, se apenas a aquisição de direitos implicará, do ponto de vista do direito civil, um acréscimo patrimonial, jamais poderá ela ser “econômica”, senão “jurídica”, de sorte tal que a menção à disponibilidade “econômica” perde o sentido, uma vez que sempre será ela “jurídica”.

Embora também vinculando a noção de acréscimo patrimonial ao direito civil, Ricardo Mariz de Oliveira procurou dissociar tais noções, para quem “a disponibilidade jurídica é sempre econômica, mas a econômica nem sempre é jurídica”. Assim, para o autor, as hipóteses em que se verificaria uma

329 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264 (247); SCHOUERI, Luís Eduardo. Nova contabilidade e tributação: da propriedade à beneficial ownership. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**, vol. 5. São Paulo: Dialética, 2014, p. 200-221 (216-217).

330 Cf. POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda**: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 175.

331 Cf. MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery)**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 107-124 (115).

disponibilidade econômica, mas não jurídica, seriam justamente aquelas que envolvem a prática de atos ilícitos, uma vez que “as integrações patrimoniais marginais da lei seriam apenas econômicas e não jurídicas”³³².

Todavia, a correlação mais frequente entre as disponibilidades econômica e jurídica é aquela que as vincula aos regimes de caixa e competência no reconhecimento de receitas e despesas³³³. É bem verdade que ora se vincula a disponibilidade econômica ao surgimento do direito, sem que tenha ocorrido a efetiva transmissão do título ou propriedade ao beneficiário, apenas quando se verificaria a disponibilidade jurídica, do ponto de vista de separação da renda e tradição ao contribuinte³³⁴; ora, inversamente, relaciona-se a disponibilidade jurídica como o surgimento do direito e a econômica, à sua efetiva liquidação em dinheiro ou bens³³⁵. Ainda, de modo semelhante, pode-se relacionar a disponibilidade econômica à posse direta da renda, enquanto a jurídica significaria a colocação da renda à disposição do beneficiário, que, contudo, detém apenas “o poder de adquirir a posse do rendimento”³³⁶.

Nenhuma das duas correlações, contudo, são isentas de críticas. De um lado, pode-se questionar, na primeira definição, como seria possível haver disponibilidade apenas econômica, mas não jurídica, quando surge o direito e se perfazem todas suas condições: ora, é justamente a partir desse momento que juridicamente faz jus o contribuinte à renda. De outro lado, também parece duvidoso equiparar a disponibilidade econômica à liquidação do direito em moeda ou bem equiparado, já que tal evento parece tratar muito mais de uma

332 Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 315.

333 Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 315; POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda**: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 177.

334 Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador no impôsto de renda. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 12, 1948, p. 32-58 (48).

335 Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. Imposto de Renda: Despesa não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como “lucros distribuídos” no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas. In: SOUSA, Rubens Gomes de. **Pareceres – 1 Imposto de Renda**. Edição Póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 59-95 (70);

336 Cf. BULHÕES PEDREIRA, José L. **Imposto sobre a renda – pessoas jurídicas**, vol. 1. Rio de Janeiro: Justec, 1979, p. 196-199.

disponibilidade financeira que propriamente dita econômica³³⁷. Além disso, tal entendimento equipararia “disponibilidade econômica” ao mero desdobramento temporal da “disponibilidade jurídica”³³⁸, esvaziada de relevância para a determinação da hipótese tributária do imposto sobre a renda.

Fica claro, então, porque a questão da disponibilidade econômica vis-à-vis a jurídica relaciona-se diretamente ao problema, anteriormente mencionado, do conceito de patrimônio definido pelo Código Tributário Nacional ao referenciar “acréscimo patrimonial”: se é possível conceber um patrimônio também jurídico, porque baseado em normas de direito societário, porém afastado das concepções da lei civil e ligado à avaliações de natureza econômica, igualmente a noção de disponibilidade econômica da renda poderá guardar relação com esse sentido econômico do patrimônio, independentemente da existência de um título jurídico regido pela lei civil³³⁹.

Embora o problema da distinção entre disponibilidade econômica e jurídica traga consigo um pano de fundo relevante para a compreensão da hipótese tributária do imposto, é inegável que, “em existindo disponibilidade de qualquer dos dois tipos, a tributação torna-se possível”³⁴⁰. Por essa razão, talvez mais relevância tenha o critério da “aquisição de disponibilidade”, na medida em que encerra, na legislação complementar, o princípio da realização da renda³⁴¹. Sua base constitucional, contudo, fica bastante clara quando se verifica que “o con-

337 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Comentários. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (coords.). **Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa**. São Paulo: IBDT, 2017, p. 236-239 (239).

338 Daí afirmar Rubens Gomes de Sousa que “a disponibilidade ‘econômica’ inclui a ‘jurídica’; a recíproca não é verdadeira” (SOUSA, Rubens Gomes de. Imposto de Renda: Despesa não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como “lucros distribuídos” no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas. In: SOUSA, Rubens Gomes de. **Pareceres – 1 Imposto de Renda**. Edição Póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 59-95 (71)).

339 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264 (251).

340 COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: **Revista de Direito Tributário**, vol. 40, abr.-jun./1987, p. 103-107 (107).

341 Cf. POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda**: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 189.

tribuinte só é tributado porque tem condições de pagar o imposto³⁴², o que apenas ocorre quando adquire a renda, isto é, quando ela se realiza.

Até aqui, então, é possível verificar que o Código Tributário Nacional, a despeito de definir renda de forma relativamente abrangente, seja como produto, seja como acréscimo patrimonial, impôs importantes restrições a esse conceito. A principal delas diz respeito, justamente, aos ganhos de detenção, isto é, da valorização de itens componentes do patrimônio do contribuinte sem que, contudo, tenha sido esse ganho reconhecido em operação de trocas no mercado. Isso porque a própria noção de aquisição pressupõe um ingresso, um influxo de riqueza nova³⁴³. Além disso, a ideia de “disponibilidade” enquanto “qualidade do que é disponível”, isto é, “aquilo de que se pode dispor” inviabiliza a tributação de uma renda virtual – isto é, ainda não realizada³⁴⁴.

Em síntese, à luz do Código Tributário Nacional, a caracterização do fato jurídico tributário do imposto exige que se verifique seja uma renda enquanto fruto do trabalho, do capital ou da combinação entre ambos, seja um provento que importe acréscimo patrimonial, tanto sob a perspectiva “jurídica” quanto “econômica”. E, ainda mais importante, que a disponibilidade sobre essa renda ou provento tenha sido adquirida, o que pode se entender como realizada, isto é, precificada e chancelada em uma operação de troca no mercado.

A Lei nº 7.713/88, que trata do IRPF, estabelece a sua incidência, em base mensal, à medida que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos (artigo 2º). A mesma lei define rendimento bruto como “o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados” (artigo 3º, § 1º). Não se confunde, porém, com o ganho de capital, em cuja apuração “serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão

342 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Comentários. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (coords.). **Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa**. São Paulo: IBDT, 2017, p. 236-239 (238).

343 Cf. POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda**: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 187-188.

344 COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: **Revista de Direito Tributário**, vol. 40, abr.-jun./1987, p. 103-107 (105).

de direitos à sua aquisição” (artigo 3º, § 3º). Assim, tem-se que a lei distingue rendimentos, que decorrem de um ingresso ou influxo, e ganhos de capital, auferidos a partir de operações de alienação de bens ou direitos. É, pois, pressuposto da apuração de um ganho de capital e sua tributação como tal que tenha havido, num primeiro momento, a aquisição de certo bem ou direito a um determinado custo e que, posteriormente, haja a sua alienação mediante recebimento de preço que supere o seu custo de aquisição³⁴⁵.

Outro aspecto relevante da Lei nº 7.713/88 diz respeito à obrigação da fonte pagadora, sendo pessoa jurídica, de efetuar a retenção e recolhimento do imposto. A teor de seu artigo 7º, apenas haverá a incidência do IRRF tratando-se de rendimentos do trabalho assalariado pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas, ou os demais rendimentos que tenham sido pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

3.2 Critério temporal e base de cálculo do Imposto sobre a Renda nos planos de opções de ações: Oscilações da jurisprudência administrativa

No particular tocante aos planos de opções de ações e a incidência do IRPF (ou, como reflexo, a exigência do IRRF), as principais questões debatidas no âmbito da jurisprudência administrativa tratam (i) do momento em que o imposto seria devido (o que, a depender da conclusão, influencia o regime aplicável e, conseqüentemente, a alíquota exigida); e (ii) da base de cálculo sobre a qual seria exigido.

Sobre o primeiro aspecto, são quatro os momentos vislumbrados para o surgimento da obrigação relativa ao IRPF ou ao IRRF, conforme o caso³⁴⁶:

345 Cf. FAJERSZTAJN, Bruno; MASAGÃO, Fernando Mariz; COVIELLO FILHO, Paulo. “As implicações fiscais dos planos de outorga de opções de ações (*stock options*). Um panorama geral”. In: SANTOS, Ramon Tomazela (coord.). **Estudos de Direito Tributário**. 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados. São Paulo: Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, 2018, p. 135-188 (158).

346 Cf. TAIAR JUNIOR, Alvaro; ARISA, Edison. “*Stock option plan*: conseqüências fiscais e contábeis”. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010. p. 82-101 (95); FREITAS, Rodrigo de. “Contribuições Previdenciárias e os Ganhos de Administradores ou Empregados Decorrentes de Stock Option Plan (SOP)”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro

(a) o momento da outorga das opções; (b) o momento do cumprimento das condições, isto é, do encerramento do *vesting period*; (c) o momento do exercício das opções, isto é, efetiva aquisição das ações; e (d) o momento da alienação das ações adquiridas.

Algumas autuações fixaram, como momento para exigência tanto da CPP quanto do IRRF, a outorga das opções³⁴⁷. Esse entendimento, em geral, escora-se no Pronunciamento Técnico CPC nº 10 (Pagamento baseado em ações), segundo o qual o valor da despesa com a remuneração (pressuposto da norma contábil) corresponderá ao valor justo das opções no momento da outorga, uma vez que é nessa data que o acordo é firmado e que as opções são transferidas aos beneficiários³⁴⁸. Havendo essa mensuração contábil, bem como a efetiva aquisição dos instrumentos pelos beneficiários, poder-se-ia identificar, no momento da outorga, o aspecto temporal do IRRF e do IRPF. Afinal, haveria a aquisição de um direito pelo contribuinte, consistente em um valor mobiliário consubstanciado na própria opção, desdobrando-se num acréscimo patrimonial passível de tributação³⁴⁹.

Esse argumento, entretanto, não convence. Não se podem comparar planos de opções de ações firmados entre empresas e seus empregados com as demais opções existentes no mercado de capitais, na medida em que aqueles possuem características muito particulares, especialmente no tocante à vedação à transferência das opções a terceiros. Tal circunstância, por si só, já diminui substancialmente a liquidez de tais ativos e, conseqüentemente, o pretense benefício econômico experimentado no momento da outorga, além da existência de uma série de condições, no mais das vezes personalíssimas, para que se possa exercer, efetivamente, tal opção de compra de ações³⁵⁰. Ou-

Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 519-549 (528).

347 Acórdão 2301-005.771, julgado em 05.12.2018.

348 Cf. GELBECKE, Ernesto Rubens *et al.* **Manual de Contabilidade Societária**. Aplicável a todas as sociedades. De acordo com as normas internacional e do CPC. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 609.

349 Cf. MARCONDES, Daniel Gustavo Peixoto Orsini. “*Stock options*: tributação no Brasil e nos tratados internacionais”. In: **Direito tributário atual**, v. 28, 2012, p. 24-42 (35-37).

350 Cf. BIFANO, Elidie Palma. “Opção de compra de ações (stock options), participação nos lucros e resultados (PLR) e remuneração de executivos: aspectos controversos”. In: **Revista de Direito Tributário**, v. 118, 2013, p. 58-68 (65); CARRAMASCHI, Bruno Marcorin; SANTOS, Luiz Alberto Paixão dos. “Stock Option Plans - o Imposto de Renda da Pessoa Física e os Impactos Trazidos pela

tro aspecto que infirma a definição da outorga como momento de incidência do imposto refere-se ao fato de que, sob o prisma contábil, não obstante haja uma primeira avaliação do valor justo das ações por ocasião da transferência das opções, essa mensuração é revista anualmente ao longo do *vesting period*, levando em consideração a evolução do plano como todo e, mais importante, o valor é apropriado *pro rata*, no resultado do exercício da companhia, ao longo do período de carência das opções, conforme pactuado entre as partes³⁵¹.

Enquanto o momento da outorga não tem sido fixado pela jurisprudência administrativa como critério temporal da hipótese tributária, são bem mais frequentes as decisões que o fixam no encerramento do *vesting period*, isto é, quando completadas as condições para o exercício, independentemente de as opções serem, ou não, exercidas³⁵². As decisões que se orientaram nesse sentido buscaram, no período de carência das opções, espécie de condição suspensiva da aquisição do direito de exercê-las. Assim, com o atendimento dos requisitos para o exercício, tornam-se plenamente eficazes as opções, independentemente, portanto, de serem efetivamente exercidas ou não. Tampouco nesse momento parece haver qualquer acréscimo patrimonial passível de tributação. Isso porque, ainda que se busque fundamento no artigo 117, inciso II³⁵³, do Código Tributário Nacional e se entendam os requisitos do *vesting period* como condições suspensivas nos termos da lei civil, resta evidente que o negócio jurídico cuja eficácia foi diferida por força de tais requisitos é, exclusivamente, aquele que enseja a outorga do direito de adquirir ações por um determinado preço pré-estabelecido. E, nesse ponto, aplicam-se as mesmas considerações tecidas no parágrafo anterior: na medida que são intransferíveis e inegociáveis no mercado, ainda que possam ter uma avaliação para fins de contabilização, as opções não são economicamente relevantes para o beneficiário enquanto não exercidas.

Lei 12.973³⁷. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 91-116 (114).

351 Cf. TAIAR JUNIOR, Alvaro; ARISA, Edison. “*Stock option plan*: consequências fiscais e contábeis”. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010. p. 82-101 (88; 90).

352 Acórdão 2301-005.772, julgado em 05.12.2018; Acórdão 2201-002.685, julgado em 11.02.2015.

353 “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;”

É pelas razões versadas nos parágrafos anteriores que, em verdade, a grande celeuma acerca do momento de tributação dos planos de opções de ações instaura-se entre a data do efetivo exercício e consequente aquisição das ações, de um lado, e a data de alienação das ações no mercado³⁵⁴, de outro. Isso porque, ao exercer suas opções, ainda que mediante um preço de exercício que não seja simbólico, haverá, neste momento, uma vantagem ao adquirente consubstanciada na diferença entre o valor de mercado da ação nessa data e o preço de exercício pago para sua aquisição. Trata-se, valendo-se da expressão contábil, de um ganho por compra vantajosa, de tal sorte que, do ponto de vista da jurisprudência administrativa predominante, é nesse momento que deve ocorrer a incidência do IRRF, IRPF e, conseqüentemente, da CPP³⁵⁵. Interessante pontuar que, considerando que as poucas decisões que afastaram a natureza remuneratória dos planos de opções de ações tratavam da CPP³⁵⁶, não se encontram manifestações expressas no sentido de que, em operações desse tipo, a tributação pelo IRPF se verificaria apenas na alienação das ações e pela forma de ganho de capital.

Ao lado da questão do critério temporal da hipótese tributária, há o problema da determinação da base de cálculo. Essa correlação decorre exatamente das funções da última³⁵⁷, ao mensurar as proporções da hipótese tributária, especificando o montante da dívida do imposto, de modo a permitir a comparação

354 Cf., nesse sentido, CATÃO, Marcos André Vinhas. “Tributação de stock options”. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 127, 2006, p. 57-67 (66); BIFANO, Elidie Palma. “Opção de compra de ações (stock options), participação nos lucros e resultados (PLR) e remuneração de executivos: aspectos controversos”. In: **Revista de Direito Tributário**, v. 118, 2013, p. 58-68 (65); FARO, Maurício Pereira; MEIRA, Thais de Barros. “Incidência de Contribuição Previdenciária e IRPF sobre Benefício de Planos de Opção de Compras de Ações (SOPs) e a Jurisprudência”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 430-450 (435).

355 Acórdão 2401-003.044, julgado em 18.06.2013; Acórdão 2401-003.045, julgado em 18.06.2013; Acórdão 2302-003.536, julgado em 03.12.2014; Acórdão 2402-004.481, julgado em 20.01.2015; Acórdão 2401-003-891, julgado em 11.02.2015; Acórdão 2301-005.752, julgado em 08.11.2018; Acórdão 2402-005.823, julgado em 10.05.2017; Acórdão 2202-003.510, julgado em 12.08.2018; Acórdão 2402-005.346, julgado em 15.06.2016; Acórdão 2402-005.010, julgado em 17.02.2016.

356 Acórdão 2803-003.815, julgado em 05.11.2014; Acórdão 2401-000.888, julgado em 11.02.2015; Acórdão 2301-005.771, julgado em 05.12.2018; Acórdão 2401-005.729, julgado em 11.09.2018.

357 Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 400.

concreta entre contribuintes ou grupos de contribuintes³⁵⁸. Essencial, pois, para a concretização da igualdade em matéria tributária, uma vez que dá substância ao elemento indicativo do critério de comparação veiculado pela norma de incidência³⁵⁹. Por essa razão, no caso em análise, afirmar que o fato jurídico tributário do IRPF se realizou no exercício das opções significa reconhecer ter sido auferido, nesse momento, um rendimento pelo beneficiário que deve, então, ser quantificado. Assim sendo, a grande maioria das decisões administrativas identificou a base de cálculo tanto do IRPF/IRRF quanto da CPP como a diferença entre o valor de mercado das ações na data do exercício e o preço pré-definido na outorga da opção, efetivamente pago pelo beneficiário³⁶⁰.

Embora ainda não tenham sido apreciados casos que tratassem de opções exercidas após a entrada em vigor da Lei nº 12.973/14, relevantes inovações foram introduzidas por seu artigo 33³⁶¹, o qual estabeleceu as condições para sua dedução na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. De acordo com o dispositivo mencionado, as despesas referentes ao valor justo das opções outorgadas aos empregados ou similares, a serem reconhecidas contabilmente pela pessoa jurídica por competência durante o período em que os serviços são recebidos, deverão ser adicionadas pela sociedade para fins apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, enquanto não realizada a transferência da efetiva propriedade de tais valores mobiliários aos beneficiá-

358 Paulo de Barros Carvalho menciona “função comparativa”, mas em termos certamente distintos daqueles tratados aqui – mesmo porque, à primeira vista, a ideia de “comparação” entre a “base e o critério material da hipótese de incidência” a que se refere nada é senão um desdobramento da função mensuradora (isto é, se a base de cálculo mensura adequadamente ou não o fato gerador).

359 Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 139-140.

360 Acórdão 2401-003.044, julgado em 18.06.2013; Acórdão 2401-003.045, julgado em 18.06.2013; Acórdão 2302-003.536, julgado em 03.12.2014; Acórdão 2402-004.481, julgado em 20.01.2015; Acórdão 2401-003-891, julgado em 11.02.2015; Acórdão 2301-005.772, julgado em 05.12.2018; Acórdão 2301-005.752, julgado em 08.11.2018; Acórdão 2402-005.823, julgado em 10.05.2017; Acórdão 2402-005.010, julgado em 17.02.2016; Acórdão 2402-005.346, julgado em 15.06.2016.

361 Art. 33. 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. § 1º A remuneração de que trata o caput será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções, quando liquidados com instrumentos patrimoniais. § 2º Para efeito do disposto no § 1º, o valor a ser excluído será: I - o efetivamente pago, quando a liquidação baseada em ação for efetuada em caixa ou outro ativo financeiro; ou II - o reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial, quando a liquidação for efetuada em instrumentos patrimoniais.

rios. Uma vez ocorrida a “transferência da propriedade definitiva das ações ou opções”, a sociedade poderá deduzir as referidas despesas (então adicionadas para fins tributários) na apuração do seu lucro real e na base de cálculo da CSLL, com base em seu valor justo reconhecido contabilmente³⁶².

Embora possa parecer, à primeira vista, uma circunstância determinante para a definição do critério temporal da hipótese tributária do IRPF, havendo inegável coerência em alinharem-se os momentos de tributação pelo beneficiário e dedução pela fonte pagadora³⁶³, não se pode ignorar que os montantes em questão não são os mesmos³⁶⁴. De fato, como visto, o pressuposto que tem prevalecido na jurisprudência administrativa é de que, ocorrendo o fato jurídico tributário na data do exercício das opções, a base de cálculo do IRPF e IRRF corresponderá à diferença entre o valor de mercado das ações nesse momento e o preço pré-definido na outorga da opção. Todavia, considerado o artigo 33, § 2º, inciso II, da Lei nº 12.973/14, o valor a ser excluído na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSL no momento em que a houver a “transferência da propriedade definitiva das ações ou opções” será aquele que tiver sido “reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial”, isto é, o valor justo das opções mensurado no momento de sua outorga, de acordo com o Pronunciamento CPC nº 10.

Esse montante, vale dizer, não guarda relação necessária com o desconto efetivamente concedido ao beneficiário no momento da aquisição das ações por um valor inferior ao valor de mercado. Afinal, para tal mensuração, levam-se em conta critérios absolutamente alheios ao desconto de que se beneficiará o participante ao exercer suas opções, tais como aqueles “fatores

362 Cf., no sentido de que o momento da dedutibilidade se dá no término do período de carência, COSTA, Celso; 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; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 117-154 (139).

363 Cf., a respeito do tratamento da dedução como espécie de ficção (já que as despesas foram apropriadas contabilmente em momento anterior) e, portanto, não implicaria a tributação pelo IRPF, PARO, Giacomo. **Tributação da renda nos planos de opção de compra de ações**. São Paulo: Lumen Juris, 2019, p. 115.

364 Cf. FREITAS, Rodrigo de. “Contribuições Previdenciárias e os Ganhos de Administradores ou Empregados Decorrentes de Stock Option Plan (SOP)”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 519-549 (547-548).

que participantes do mercado, conhecedores do assunto e predispostos a negociar considerariam na seleção do modelo a ser aplicado na precificação de opções³⁶⁵. Tanto assim que, ao menos em duas ocasiões, o CARF reconheceu a nulidade de lançamentos tributários que, a despeito de fixarem a data do exercício como momento da ocorrência do fato jurídico tributário do IRRF e da CPP, determinaram a base de cálculo conforme o valor justo das opções mensurado no momento da outorga³⁶⁶. O descompasso, não contemplado pelo legislador, entre o critério para determinação do critério temporal da hipótese tributária e para quantificação da base de cálculo, acertadamente, levou à anulação dos autos de infração.

Tem-se revelado, pois, problemática a tributação deste ganho por compra vantajosa correspondente ao desconto no valor de mercado de ações frente ao preço de exercício concedido aos beneficiários de planos de opções de ações. De fato, poder-se-ia, à luz da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, aventar-se a tributação, pelo Imposto sobre a Renda, de um ganho por compra vantajosa. Não há dúvidas de que a aquisição de um bem por um valor inequivocamente inferior àquele praticado em mercado e com terceiros pode representar uma vantagem ao beneficiário que acaba por exteriorizar capacidade contributiva: basta compará-lo com um terceiro que, por não ser beneficiário de um plano de opções de ações, ao investir os mesmos recursos que o beneficiário investirá na data do exercício, adquirirá um número sensivelmente inferior de ações. Ora, essa diferença representa uma vantagem econômica para o beneficiário, justificando-se tratamentos tributários diferenciados para as situações. Frise-se: a vantagem daquele a quem foram outorgadas as opções não se verificará se e apenas quando alienar suas ações; ao contrário, ela se faz presente tão logo exercidas as opções. Prova disso é o fato de que, no exemplo hipotético dado acima, o lote de ações adquirido pelo beneficiário, porquanto mais numeroso, lhe renderá um retorno em dividendos, por exemplo, significativamente superior aos rendimentos que auferirá o terceiro, que adquiriu as ações em seu valor de mercado convencional.

365 COSTA, Celso; 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; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamientos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 117-154 (131).

366 Acórdão 2402-005.823, julgado em 10.05.2017; Acórdão 2401-005.729, julgado em 11.09.2018.

Tampouco há de se falar em ausência de realização nesse caso. Isso porque seria equivocado confundir a realização, enquanto evento determinante para a caracterização do Imposto sobre a Renda, com a liquidação em numerário. Fosse assim, não se tributariam bens recebidos em uma dação em pagamento como rendimentos, sendo certo que a circunstância de um pagamento ser realizado em dinheiro, bens ou – como no caso em análise – na forma de desconto na aquisição de ações não deveria gerar tratamentos tributários diversificados, na condição de que haja segurança quanto à mensuração do rendimento. Deveras, a liquidação em numerário é a hipótese em que há maior certeza a respeito do valor percebido pela pessoa física, dada a fungibilidade que é própria do dinheiro³⁶⁷. Nada obstante, disso não decorre a impossibilidade de que a lei preveja mecanismos específicos para a quantificação de outras formas de pagamentos ou vantagens.

Entendido como a diferença entre o valor justo de bens e direitos e o preço dispendido para sua aquisição, o ganho por compra vantajosa e sua tributação encontram-se, atualmente, detalhadamente previstos no que concerne às pessoas jurídicas. Caso apurado no contexto de uma combinação de negócios, determina o artigo 23 da Lei nº 12.973/14 que, após o evento de incorporação, fusão ou cisão, o ganho proveniente de compra vantajosa seja adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração. Mais interessante para o presente estudo é a previsão da tributação de tal mais-valia quando apurada numa simples aquisição em contexto diverso de uma combinação de negócios: conforme artigo 27 da mesma lei, “O ganho decorrente do excesso do valor líquido dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados pelos respectivos valores justos, em relação à contraprestação transferida, será computado na determinação do lucro real no período de apuração relativo à data do evento [de aquisição] e posteriores, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração”. A princípio, tais previsões encontram-se em consonância com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, especialmente pelo fato de o legislador ordinário ter sido cioso em diferir a tributação ao longo do quinquênio subsequente à

367 Cf., em sentido contrário, BIFANO, Elidie Palma. “Opção de compra de ações (stock options), participação nos lucros e resultados (PLR) e remuneração de executivos: aspectos controversos”. In: *Revista de Direito Tributário*, v. 118, 2013, p. 58-68 (65).

data do evento, porquanto se trata de acréscimo patrimonial desprovido, no momento de sua apuração, de liquidação em numerário³⁶⁸.

Não obstante, analisando mais detidamente a estrutura legal do IRPF, chega-se à conclusão de que, diferentemente das pessoas jurídicas, a lei ordinária não fornece parâmetros para a tributação do ganho por compra vantajosa auferido por pessoas físicas no momento do exercício das opções anteriormente outorgadas. Vale esclarecer: o legislador ordinário poderia, sob determinadas condições, instituir o IRPF – e até mesmo exigir o IRRF – sobre o ganho por compra vantajosa, seja ele genericamente auferido, seja no contexto dos planos de opções de ações. Mas essa decisão implicaria romper com o regime de caixa, hoje prevalecente. Não só na compra vantajosa, mas em inúmeras outras situações, deveria o legislador, por coerência, abrir mão do regime de caixa. É dizer: o legislador é livre para decidir os critérios para a tributação; escolhendo-os, entretanto, deve manter-se firme, sob pena de arbítrio, ferindo a igualdade tributária. De qualquer modo, constatamos que até a presente data, não foi abandonado o regime de caixa para as pessoas físicas – o que macula a constitucionalidade de todas as tentativas transversas de tributar tais vantagens. Três constatações bastante singelas embasam essa posição, após as quais se exporá uma situação concreta dos efeitos nocivos dessas tentativas de exigência de tributos sem base legal para tanto.

Em primeiro lugar, como mencionado, a Lei nº 7.713/88 prevê a incidência do IRPF sobre “rendimentos” e “ganhos de capital” (artigo 1º). A definição de rendimentos brutos, no entanto, é bastante abrangente, incluindo “todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro”, bem como “os proventos de qualquer natureza”, os quais incluem “os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados” (artigo 3º, § 1º). Igualmente, inclui-se, no cômputo do rendimento, o ganho de capital (artigo 3º, § 2º) – que apenas se verificará na hipótese de resultado positivo numa “alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição” (artigo 3º, § 3º).

368 Em sentido contrário, pela inconstitucionalidade e violação ao Código Tributário Nacional da tributação do ganho por compra vantajosa fora do contexto de uma combinação de negócios, cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz. “Depurações do Lucro Contábil para Determinação do Lucro Tributável”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**, vol. 5. São Paulo: Dialética, 2014, p. 359-378 (366).

Fica claro que os ganhos por compra vantajosa não se enquadram no conceito de ganhos de capital, na medida em que não derivam de nenhuma alienação. Além disso, especialmente se ausente qualquer elemento que desvirtue a natureza mercantil do plano de opções, isto é, não se tratando de uma remuneração, tampouco se tratará de um produto do trabalho, do capital ou de uma combinação entre ambos. Na realidade, a figura do ganho por compra vantajosa, nesse caso, poderia assemelhar-se aos “proventos de qualquer natureza”, o que geraria alguma estranheza, na medida em que a expressão é utilizada na legislação no contexto de “pensões e proventos de aposentadoria”³⁶⁹ (artigo 6º, incisos XII e XIV, da Lei nº 7.713/88)³⁷⁰. Sob essa matriz legal, portanto, causa estranheza a pretensão de tributar uma vantagem que, na realidade, decorre de um gasto, de um dispêndio incorrido pelo beneficiário³⁷¹.

A reforçar a estreiteza da hipótese tributária prevista na lei ordinária para o IRPF, é válido mencionar a constatação de Henry Tilbery, no sentido de que a Lei nº 7.713/88, em seu artigo 2º, fez menção à tributação de rendimentos e ganhos de capital exclusivamente à medida que forem *percebidos*. O dispositivo é, de fato, diverso daquele até então vigente: o artigo 3º da Lei nº 7.450/85 determinava que a incidência do IRPF se daria “à medida que os rendimentos forem *auferidos*”³⁷². A distinção não é banal, na medida em que o sentido literal de “perceber” leva, inevitavelmente, ao conteúdo de “receber”, sempre com o sentido de um “ingresso”. Diferentemente, “auferir” apresenta-

369 BULHÕES PEDREIRA, José L. **Imposto sobre a Renda** – Pessoas Jurídicas, vol. 1, Rio de Janeiro: Justec, 1979, p. 109-110.

370 O Regulamento do Imposto de Renda (RIR/18), aprovado pelo Decreto nº 9.580/18, segue a mesma tendência (artigo 35, inciso I, alíneas “b” e “d”, § 4º, inciso II; artigo 36, inciso XI; artigo 67, parágrafo único, inciso II). Em seu artigo 933 é tratado com o mesmo sentido de “vencimentos” e, no artigo 864, no sentido de “rendimentos” (no caso, distribuídos por companhia emissora de ações que sejam objeto de contrato de empréstimo).

371 Cf. TAKATA, Marcos Shigueo. “A ‘Nova’ Contabilidade Relativa às Stock Options – Sua Relação e Reflexo ou não no Direito Tributário”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 2. São Paulo: Dialética, 2011, p. 151-182 (178); FAJERSZTAJN, Bruno; MASAGÃO, Fernando Mariz; COVIELLO FILHO, Paulo. “As implicações fiscais dos planos de outorga de opções de ações (*stock options*). Um panorama geral”. In: SANTOS, Ramon Tomazela (coord.). **Estudos de Direito Tributário**. 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados. São Paulo: Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, 2018, p. 135-188 (162).

372 Cf. TILBERY, Henry. **O Novo Imposto de Renda no Brasil**. Comentário à Lei nº 7.713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária. São Paulo: IOB, 1989, p. 34.

va um conteúdo mais amplo, denotando o sentido de “ter como resultado (positivo)”, “conseguir”, “obter”, “colher”. Esse aspecto, vale dizer, tem permeado o IRPF³⁷³, como se verifica no artigo 3º, parágrafo único, Lei nº 9.250/95, que define a base de cálculo do imposto mensal como “os rendimentos efetivamente *recebidos* em cada mês”.

Ora, como é evidente, ganhos por compra vantajosa não são recebidos ou percebidos. Ao contrário, representam o resultado positivo numa operação de aquisição, que apenas pode ser atrelado a noções como “auferir” ou “obter”. Não deve causar estranheza tal conclusão, pois a única previsão legal atual de tributação de ganhos apurados por pessoas físicas, como visto, são aqueles resultantes de operações de *alienações*, e não de *aquisições*, como seria o caso.

Em segundo lugar, a legislação do IRPF é absolutamente silente acerca do critério para a quantificação da base de cálculo – ao contrário do que ocorre com as pessoas jurídicas, como visto. Deveras, a partir do momento em que a legislação ordinária pretender alargar a hipótese tributária do IRPF para além dos rendimentos, proventos e ganhos, assim entendidos como ingressos de dinheiro, bens ou direitos, passando a incluir também os excessos de valor líquido de ativos adquiridos, deverá, necessariamente, prover elementos para que se possa quantificar adequadamente a base de cálculo. Vale frisar: o único aspecto tratado pela legislação no tocante à quantificação dos planos de opções de ações, isto é, o valor a ser deduzido do lucro real e da base de cálculo da CSLL pela sociedade outorgante, previu-se um critério (valor justo das opções) que, como visto, não guarda qualquer relação com a vantagem fruída pelo beneficiário no momento do exercício das opções.

Em terceiro lugar – e mais importante –, a forma como tem se dado a tributação de tais ganhos tem levado a iniquidades que inegavelmente confrontam a própria Constituição Federal. De fato, com a finalidade de se promover a tributação de uma determinada modalidade de ganho não prevista na lei, o Fisco vale-se de ferramentas legislativas que não foram concebidas para esse tipo de situação, o que acaba gerando distorções.

Um exemplo diz respeito às ações que, após adquiridas, remanescem indisponíveis para venda (cláusula *lockup*). De acordo com os parâmetros que têm

373 Cf. PARO, Giacomo. **Tributação da renda nos planos de opção de compra de ações**. São Paulo: Lumen Juris, 2019, p. 148-149.

prevalecido no CARF, estejam as ações disponíveis ou não, o ganho levará em conta o valor de mercado praticado na data de exercício das opções. Contudo, os preços de uma ação são determinados pelo ganho estimado que o seu detentor espera obter com ela. Esse ganho, por sua vez, é representado pelo fluxo de caixa futuro que se espera ganhar com esse ativo, descontado a valor presente e consideradas todas as variáveis que possam afetar o desempenho da empresa e outros fatores que façam com que esse ativo ganhe valor. Tais fatores podem ser de diversas ordens, incluindo aqueles relacionados à oferta e demanda das ações, expectativas por parte do mercado em relação à sua rentabilidade etc. A liquidez de uma ação, que representa a facilidade que seu detentor terá para vendê-la quando desejado, representa um fator essencial à sua precificação. Daí por que a baixa liquidez de uma ação em *lockup*, por ser prejudicial à maximização dos lucros esperados, tem um impacto negativo na sua precificação³⁷⁴. O mero fato de tais ações estarem indisponíveis para venda já torna impropria sua precificação com base no valor de mercado de ações que possam ser negociadas livremente, como já reconhecido em decisão da CSRF³⁷⁵.

O segundo exemplo é ainda mais sintomático. Oferecendo-se esse ganho por compra vantajosa à tributação como rendimento, estará ele submetido à tabela progressiva, com alíquota tendente a 27,5%. É bem possível que, em um segundo momento, a alienação dessas mesmas ações resulte numa perda que apenas poderá ser compensada com ganhos de renda variável tributados, via de regra, a 15%³⁷⁶. Trata-se de situação em franca violação à igualdade tributaria e seu corolário em matéria de impostos, a capacidade contributiva. Ora, se a tributação pressupõe uma comparação entre as capacidades econômicas de diferentes contribuintes, impõe-se que seja realizado dentro de um parâmetro de coerência de critérios. Vale dizer: especialmente se verificados os pressupostos que afastam a natureza remuneratória dos planos de opções

374 Cf. PARO, Giacomo. **Tributação da renda nos planos de opção de compra de ações**. São Paulo: Lumen Juris, 2019, p. 173.

375 “Atendo-me à matéria litigada, entendo que na presente hipótese há verba remuneratória paga, esclarecendo-se que uma opção outorgada com ativo-objeto sujeito a *lock-up* é também ativo possuidor de valor econômico positivo no momento em que transcorrido o *vesting period*, apenas possuindo valor econômico menor que uma opção cujo *underlying* é um ativo sem restrições” (Acórdão 9202-006.628, julgado em 21.03.2018).

376 Ou 20%, na hipótese de operação *daytrade* (artigo 2º da Lei nº 11.033/04; art. 40, § 1º, Lei nº 7.713/88; artigo 55, § 3º, da Lei nº 7.799/89).

de ações, tratados no item 3.2, caso o legislador estabeleça como hipótese tributária também os ganhos auferidos em compras vantajosas, deverá atribuir às perdas o mesmo tratamento³⁷⁷. A esse respeito, a desigualdade injustificada criada pela ausência de previsão legal apropriada é tamanha, que o tratamento tributário aplicável às pessoas jurídicas, em situações relativamente análogas, revela-se muito mais suave que aquele imposto às pessoas físicas por meio da lavratura de autos de infração.

Em síntese, a vantagem experimentada pelo beneficiário é uma materialidade bastante diversa daquela que, via de regra, sempre se sujeitou à incidência do IRPF, o que tem levado não apenas a tentativas de tributação sem base legal, mas a situações de vero arbítrio por parte da Administração Tributária. Isso porque, na falta de pressupostos na lei, a Receita Federal acaba por adotar critérios diferentes, no mais das vezes contrastantes, não raramente com relação ao mesmo plano de uma mesma empresa. Tal fato é ilustrado por caso apreciado pelo CARF. Naquela ocasião, era avaliado um plano de opções de ações da BM&F BOVESPA S.A., tendo sido relatado que, em um primeiro momento, anterior à autuação então apreciada, havia sido realizado um lançamento sob a premissa de que, constituindo as opções de ações espécie de remuneração, a data da ocorrência do fato jurídico tributário (no caso, da CPP, mas também aplicável ao IRPF e ao IRRF) teria se verificado no término do prazo de carência, independentemente de os participantes haverem exercido ou não as opções de compra. A base de cálculo, nessa primeira autuação, foi apurada com base na diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício da opção, ambos referentes à data de vencimento do prazo de carência. Num segundo momento, o Fisco entendeu que o fato jurídico tributário se consumaria no momento do efetivo exercício do direito oriundo da opção de compra de ações, sendo que a diferença entre o valor de mercado e o preço de exercício, que seria considerada para fins de base de cálculo, era apurada com base na data da aquisição das ações³⁷⁸.

377 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264 (263).

378 Acórdão 2401-005.729, julgado em 11.09.2018.

No caso, não apenas se reconheceu a violação ao artigo 146³⁷⁹ do Código Tributário Nacional, porquanto se tratava de um novo critério jurídico para qualificação dos planos de opção de ações modificado de ofício e com efeitos retrospectivos, mas também a potencial duplicidade gerada pela consideração de marcos temporais distintos com relação a um mesmo contribuinte, de forma que opções cujo prazo de carência se encerrara num determinado período de apuração (gerando tributação de acordo com o primeiro critério), poderiam ser novamente tributadas quando exercidas em um ano-calendário subsequente (de acordo com o segundo critério).

O exemplo é rico e apenas ilustra como a ausência de previsão legal para essa forma de tributação tem levado a problemas concretos tanto de igualdade quanto de segurança jurídica na exigência dos tributos sobre vantagens experimentadas pelos participantes de planos de opções de ações, o que torna o estudo do caso pertinente para que se reavaliem as funções da legalidade, em matéria tributária, na concretização desses valores que vêm sendo severamente comprometidos.

4. Os planos de opções de ações enquanto um problema de legalidade em matéria tributária

Reconhecer a ausência de previsão legal para a determinação do critério temporal da hipótese tributária do IRPF (e, por consequência, do IRRF e da CPP), bem como, especialmente, para a quantificação da base de cálculo no tocante às vantagens decorrentes de planos de opções de ações não significa, em absoluto, exigir que a lei em sentido formal preveja, de antemão e na minúcia, todos os detalhes da formação da obrigação tributária. Fosse essa a premissa, às normas infralegais (regulamentos, por exemplo) caberia a mera adaptação e ordenação do aparelho administrativo, apenas buscando “a criação de condições para a fiel execução da lei”³⁸⁰, um releu mímico do dispositivo legal. Não é esse o caso. De fato, mesmo Alberto Xavier, célebre defensor

379 Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

380 Cf., no sentido ora refutado, ATALIBA, Geraldo. “Decreto regulamentar no sistema brasileiro”. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 97, p. 33.

da uma “tipicidade cerrada” em matéria de legalidade tributária, reconhece que “não existem conceitos absoluta e rigorosamente determinados; e que, deparando com aquilo que já se tem designado por uma ‘indeterminação iminente’ de todos os conceitos, se é forçado a reconhecer que a problemática da indeterminação não é tanto de natureza quanto de grau”. Daí a razão por que tampouco é verdadeiro, como aponta César García Novoa, que a segurança jurídica se veja restringida com o emprego de conceitos “indeterminados”³⁸¹.

A utilização de conceitos “indeterminados” e cláusulas gerais é corriqueira no direito tributário e decorre da inafastável equívocidade dos signos linguísticos³⁸². Isso porque conceitos indeterminados, aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, são inevitáveis no direito; raros são, na realidade, os conceitos determinados (via de regra, aqueles que envolvem um numeral)³⁸³. Por assim dizer, apenas dispositivos que trazem critérios fixados numericamente veiculam conceitos determinados; todos os demais, baseados em noções como “despesas necessárias”³⁸⁴, “moléstia profissional”³⁸⁵, “obsolescência”³⁸⁶, “jurisdição com tributação favorecida”³⁸⁷, “preço corrente do produto ou seu similar, no mercado atacadista da praça do remetente”³⁸⁸ etc. são, necessariamente, indeterminados em algum grau.

São tais circunstâncias que levam a reconhecer haver espaço, no campo tributário, para leis não autoexecutáveis³⁸⁹, isto é, que dependam de atos do Poder Executivo para que possam ter suas condições de aplicação plenamente

381 Cf. NOVOA, César García. **El principio de la seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 120.

382 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 315.

383 Cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. “Legalidade tributária, tipicidade aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais tributárias”. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 229, julho-setembro/2002, p. 313-333 (324-325).

384 Lei nº 4.506, de 1964, artigo 47, § 1º.

385 Lei nº 7.713, de 1988, artigo 6º, inciso XXI.

386 Lei nº 4.506, de 1964, artigo 46, inciso VI.

387 Lei nº 9.430, de 1996, artigo 24.

388 Lei nº 4.502, de 1964, artigo 15, inciso I.

389 Citam-se, como exemplos, a lista de “paraísos fiscais” e “regimes fiscais privilegiados”, editada com base em critério fixado nos artigos 24 e 24-A da Lei nº 9.430/96; e a lista de “Bolsas de Mercadorias e Futuros internacionalmente reconhecidas”, editada com supedâneo nos artigos 18-A, § 5º, e 19-A, § 6º, ambos da Lei nº 9.430/96.

estabelecidas³⁹⁰. O problema, no tocante aos planos de opções de ações é diverso, contudo. Nesse caso, a ausência de previsão legal tem levado a um grau tal de indeterminação dos critérios que não se pode afirmar, à luz da legislação atualmente vigente, em quais os parâmetros o Fisco deve se basear para levar a efeito a tributação de tais vantagens, especialmente no tocante ao momento e à base de cálculo. À míngua de balizas legais, vê-se que os apontamentos realizados pelo Fisco nas autuações deixam de ser juízos de legalidade, voltados à concretização de conceitos previstos na lei ordinária, ainda que indeterminados³⁹¹. O estudo da jurisprudência administrativa, realizada nos tópicos antecedentes, revela a panaceia de conceitos, critérios e parâmetros dos quais o Fisco tem se valido no matéria ora avaliada, muitos deles, é importante consignar, absolutamente contraditórios entre si – e, por vezes, aplicados a um mesmo contribuinte, implicando até mesmo um *bis in idem* sobre mesmos planos de opções de ações. Isso porque, quando ausentes balizas legais que norteiem a atuação da Administração, seus atos passam a basear-se, exclusivamente, em juízos de discricionariedade os quais, seguramente, não são aceitos pela legalidade tributária³⁹².

O caso dos planos de opções de ações, enfim, é rico a demonstrar que os efeitos da violação à legalidade tributária são bastante relevantes do ponto de vista do sistema do direito tributário. De um lado, ficam claras as restrições à igualdade tributária, tomando-se de Souto Maior Borges a noção de uma “legalidade-isonômica” enquanto garantia de que apenas será realizada a igualdade tributária, afastando-se arbitrariedades, se o Poder Executivo, ao concretizar a norma tributária geral e abstrata, circunscrever-se aos padrões legais veiculados pela legislação ordinária³⁹³.

390 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “A legalidade e os limites ao poder regulamentar do Estado”. In: PARIS, Fernanda Drummond; TÔRRES, Heleno Taveira; MELO, José Eduardo Soares de (coords.). **Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Roque Antônio Carrazza**, vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 191-218 (200).

391 Cf. GRAU, Eros Roberto. “Conceitos indeterminados. Justiça tributária: direitos do Fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário”. In: **I Congresso Internacional de Direito Tributário**. Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBET. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 119-124 (123).

392 Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 321.

393 Cf. BORGES, José Souto Maior. “A isonomia na Constituição Federal de 1988”. In: **Revista de Direito Tributário**, n. 64, p. 8-19 (13).

Padrões legais esses, vale dizer, que viabilizam a existência de uma Administração tributária, sem os quais se revelaria impossível discriminarem-se, entre os contribuintes, aqueles que deverão contribuir ao custeio da atividade estatal (ou contribuir em maior grau) daqueles que não deverão contribuir (ou contribuir em menor grau). Assim, diante da complexidade existente na particularidade de cada caso concreto, cabe ao legislador ordinário, em atividade de conformação dos signos de capacidade contributiva eleitos pelo legislador constituinte, estabelecer os critérios que deverão ser relevantes para a identificação da exteriorização de riqueza a ser objeto da exação fiscal.

Nessa perspectiva, destaca-se a relevância que assumem os padrões legais, isto é, as generalizações levadas a efeito pelo Poder Legislativo, para a realização da igualdade enquanto postulado central de aplicação do direito tributário³⁹⁴. Ora, é na lei em sentido estrito que residem os padrões eleitos pelo legislador tributário para aferimento, no caso dos impostos, da capacidade contributiva, de forma tal que é com base neles que poderá a administração tributária levar a efeito diferenciações e distinções entre contribuintes.

O atual estágio da jurisprudência do CARF, repleta de conceitos, critérios e parâmetros contraditórios entre si, com a modificação das premissas de autuações em diferentes períodos com relação ao mesmo contribuinte, também serve de firme indicativo de que a tributação desprovida de bases legais acaba por infirmar a própria segurança jurídica, na medida em que afastam a confiabilidade e a previsibilidade do próprio ordenamento jurídico. Ora, ausentes as balizas na lei ordinária, a Administração se vê livre para aplicar os critérios que bem lhe aprouverem, não sendo demasiado constatar que, a cada autuação sofrida com base em planos de opções de ações, pode-se ter uma nova surpresa por parte do contribuinte: novos argumentos, fundamentos, critérios e parâmetros. Perde-se, assim, a estabilidade do próprio direito e, mais importante, a possibilidade de que os administrados possam antever e calcular os efeitos (tributários) decorrentes dos atos praticados no exercício de sua autonomia privada³⁹⁵.

5. Conclusões

394 Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 114-121.

395 Cf. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 234-235.

Considerado o atual estágio da jurisprudência administrativa no tocante aos planos de opções de ações, permeado pela multiplicidade de conceitos, parâmetros e critérios, muitas vezes conflitantes entre si e, a despeito disso, aplicados em autuações diferentes para um mesmo plano de um mesmo contribuinte, o estudo dos casos revela um profícuo pano de fundo para que se reavaliem certas premissas fundamentais da teoria geral do direito tributário, notadamente relacionadas à legalidade e sua repercussão na igualdade e segurança jurídica. De fato, a observância dos critérios postos pela lei ordinária não têm pautado a solução dos conflitos relacionados à tributação das vantagens experimentadas pelos participantes de tais planos.

De um lado, percebe-se que toda a discussão a respeito da incidência da CPP sobre tais benefícios tem passado a largo da questão fundamental que diz respeito à identificação do trabalho que estaria sendo, por meio dos planos de opções de ações, objeto de remuneração. Ao contrário, todo o debate tem se centrado a respeito da existência, ou não, de riscos na adesão a tais programas – o que, sem dúvidas, é um aspecto relevante, mas não encerra, em absoluto, a avaliação acerca dos pressupostos para a exigência da CPP. Seja como for, os planos de opções de ações, via de regra e tal como originalmente concebidos, não trazem consigo esse caráter remuneratório, incumbindo ao Fisco o ônus de demonstrar que, no caso concreto, estão presentes elementos específicos que desvirtuam o caráter mercantil de tais negócios e lhes incutem de notas retributivas a serviços prestados.

Também tem se mostrado problemática a questão do critério temporal da hipótese tributária do IRPF (e do IRRF), assim como quanto ao critério para quantificação da base imponible – que acabam, inevitavelmente, também repercutindo para fins da CPP. Em que pese seja possível cogitar, em tese, a instituição de um Imposto sobre a Renda que capte certas vantagens auferidas no contexto do plano de opções de ações, uma análise mais detida da atual legislação ordinária atinente às pessoas físicas revela que a hipótese tributária ali determinada e os critérios de quantificação da base de cálculo estipulados não abarcam as pretensões que têm sido materializadas por meio dos autos de infração lavrados pela Receita Federal. De fato, mormente quanto ausentes os elementos que desvirtuam tais planos, incutindo-lhes natureza remuneratória, o que se verifica é um possível ganho por compra vantajosa por parte do participante, isto é, a aquisição de um bem ou direito por um custo inferior ao

seu estimado valor de mercado. É pelo fato de a legislação do IRPF não prever a tributação dessa situação específica que se verificam, nos lançamentos nessa matéria, diversos critérios para determinação do momento do fato jurídico tributário e da base de cálculo, numa heterogeneidade que tem como origem e fundamento, justamente, a ausência de previsão para tanto na lei ordinária.

Esse estado de coisas acaba aviltando não apenas a legalidade enquanto direito de concordar com a tributação, mas também a própria igualdade (dada a ausência de critérios genericamente aplicáveis a todas as situações equivalentes, resultando num casuísmo da Receita Federal na lavratura dos autos de infração e num decisionismo por parte do CARF, cuja jurisprudência encontra dificuldades para harmonizar-se) e a segurança jurídica (a partir do momento que, à míngua de critérios legais, tornam-se imprevisíveis as consequências tributárias dos atos praticados pelos particulares no exercício de sua autonomia privada).

Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. “Decreto regulamentar no sistema brasileiro”. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 97, p. 21-33.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AVI-YONAH, Reuven S. Corporations, society, and the state: a defense of the corporate tax. In: **Virginia Law Review**, vol. 90, n. 5, set./2004, p. 1193-1255.

BIFANO, Elidie Palma. “Opção de compra de ações (stock options), participação nos lucros e resultados (PLR) e remuneração de executivos: aspectos controversos”. In: **Revista de Direito Tributário**, v. 118, 2013, p. 58-68.

BORGES, José Souto Maior. “A isonomia na Constituição Federal de 1988”. In: **Revista de Direito Tributário**, n. 64, p. 8-19.

BULHÕES PEDREIRA, José L. **Imposto sobre a renda – pessoas jurídicas**, vol. 1. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

CARRAMASCHI, Bruno Marcorin; SANTOS, Luiz 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; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 91-116.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CATÃO, Marcos André Vinhas. “Tributação de stock options”. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 127, 2006, p. 57-67.

COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: **Revista de Direito Tributário**, vol. 40, abr.-jun./1987, p. 103-107.

_____. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Estudos sobre Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 19-31.

COSTA, Celso; 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; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 117-154.

FAJERSZTAJN, Bruno; MASAGÃO, Fernando Mariz; COVIELLO FILHO, Paulo. “As implicações fiscais dos planos de outorga de opções de ações (*stock options*). Um panorama geral”. In: SANTOS, Ramon Tomazela (coord.). **Estudos de Direito Tributário**. 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados. São Paulo: Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, 2018, p. 135-188.

FARO, Maurício Pereira; MEIRA, Thais de Barros. “Incidência de Contribuição Previdenciária e IRPF sobre Benefício de Planos de Opção de Compras de Ações (SOPs) e a Jurisprudência”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 430-450.

FREITAS, Rodrigo de. “Contribuições Previdenciárias e os Ganhos de Administradores ou Empregados Decorrentes de Stock Option Plan (SOP)”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 519-549.

GALHARDO, Luciana Rosanova; BATISTA, Diego Alves Amaral. “Stock Options - Plano de Pagamentos Baseados em Ações”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 6. São Paulo: Dialética, 2015, p. 311-333.

GELBECKE, Ernesto Rubens *et al.* **Manual de Contabilidade Societária**. Aplicável a todas as sociedades. De acordo com as normas internacional e do CPC. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GRAU, Eros Roberto. “Conceitos indeterminados. Justiça tributária: direitos do Fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário”. In: **I Congresso Internacional de Direito Tributário**. Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBET. São Paulo: Max Limonad, 1998, p 119-124.

HULL, John C. **Options, futures and other derivatives**. 10ª ed. Nova York: Pearson Education, 2018.

JENSEM, Michael C.; MECKLING, William H. “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure”. In: **Journal of Financial Economics**, n. 3, v. 4, Harvard University Press, p. 305-360.

MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery)**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 107-124.

MARCONDES, Daniel Gustavo Peixoto Orsini. “*Stock options*: tributação no Brasil e nos tratados internacionais”. In: **Direito tributário atual**, v. 28, 2012, p. 24-42.

MARTINS, Sérgio Pinto. “Natureza do stock option no direito do trabalho”. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo: 2001, v.16.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; BUENO, Maria Isabel Tostes da Costa. “Questões atinentes à remuneração de administradores: bônus, participação nos lucros e resultados e stock options”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**, v. 14. São Paulo: Dialética, 2010, p. 312-323.

NOVOA, César García. **El principio de la seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. “Depurações do Lucro Contábil para Determinação do Lucro Tributável”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**, vol. 5. São Paulo: Dialética, 2014, p. 359-378.

PARO, Giacomo. **Tributação da renda nos planos de opção de compra de ações**. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ**. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. “Legalidade tributária, tipicidade aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais tributárias”. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 229, julho-setembro/2002, p. 313-333.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264.

_____. “A legalidade e os limites ao poder regulamentar do Estado”. In: PARIS, Fernanda Drummond; TÔRRES, Heleno Taveira; MELO, José Eduardo Soares de (coords.). **Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Roque Antônio Carrazza**, vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 191-218.

_____. Nova contabilidade e tributação: da propriedade à beneficial ownership. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**, vol. 5. São Paulo: Dialética, 2014, p. 200-221.

_____. Comentários. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (coords.). **Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa**. São Paulo: IBDT, 2017, p. 236-239.

_____. **Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador no imposto de renda. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 12, 1948, p. 32-58.

SOUSA, Rubens Gomes de. Imposto de Renda: Despesa não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como “lucros distribuídos” no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas. In: SOUSA, Rubens Gomes de. **Pareceres – 1 Imposto de Renda**. Edição Póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 59-95.

TAIAR JUNIOR, Alvaro; ARISA, Edison. “*Stock option plan: consequências fiscais e contábeis*”. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010. p. 82-101.

TAKATA, Marcos Shiguelo. “A ‘Nova’ Contabilidade Relativa às Stock Options – Sua Relação e Reflexo ou não no Direito Tributário”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos), v. 2. São Paulo: Dialética, 2011, p. 151-182.

TILBERY, Henry. **O Novo Imposto de Renda no Brasil**. Comentário à Lei nº 7.713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária. São Paulo: IOB, 1989.

VASCONCELLOS, Breno Ferreira Martins, *et al.* “Stock option plans”. In: SANTI, Eurico Marcos Dinis de, *et al.* (coord.). **Repertório Analítico de Jurisprudência do CARF**. São Paulo: Max Limonad e FGV Direito SP, 2016, p. 435-476.