

# O Regime de Tributação das *Stock Options* de Expatriado Brasileiro para os Estados Unidos

## *The Stock Option Taxation Scheme of Brazilian Expatriated to the United States*

Edemir Marques de Oliveira

Mestre em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento – Mestrado Profissional do IBDT – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Advogado em São Paulo.  
*E-mail:* emarques@marquesdeoliveira.com.br.

Recebido em: 23-5-2020

Aprovado em: 17-9-2021

### *Resumo*

O objeto do presente estudo é examinar os possíveis efeitos fiscais sob a ótica do imposto de renda da pessoa física no Brasil considerando caso prático de indivíduo residente fiscal no Brasil participante de plano de opção de compra de ações de empresa transnacional no exterior (controladora ou coligada da empregadora no Brasil) e que, após período de “vesting” e exercício de opção de compra ocorrido no Brasil, é expatriado para os Estados Unidos e lá efetua a venda das ações. A falta de previsão normativa específica no Brasil sobre remuneração baseada em ações traz grande discussão acerca dos impactos fiscais dos planos. Recentemente o CARF divulgou acórdãos abordando questões atinentes ao momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda da pessoa física em situações envolvendo planos de opções de ações. Desta forma, o presente estudo pretende contribuir para solidificar o entendimento a respeito da natureza jurídica dos benefícios concedidos com base em ações, e seus efeitos relacionados à tributação internacional da renda, em especial quanto ao fenômeno da dupla tributação jurídica em face dessas recentes decisões proferidas no âmbito do CARF.

*Palavras-chave:* tributação de *stock options*, momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda, dupla tributação jurídica, tributação de expatriados no Brasil.

### *Abstract*

The objective of the present study is to examine the possible tax effects from the perspective of the Brazilian personal income tax considering a case analysis of a tax resident in Brazil who participates in a stock option plan of a transnational company abroad (parent or associated of the Brazilian employer) and who, after vesting and exercise of an option in Brazil, is expatriated or repatriated (transferred to work) to the United States and sells the shares

there. The lack of specific regulatory provision in Brazil on stock-based compensation brings great discussion about the tax impacts of the plans. CARF (Brazilian Tax Administrative Appeals Court) recently announced decisions addressing issues concerning to the timing of the occurrence of the income taxable event in situations involving stock option plans. Thus, this study aims to contribute to solidify the understanding of the legal nature of share-based benefits, as well as their effects related to international income taxation, especially regarding the phenomenon of legal double taxation considering these recent CARF decisions.

*Keywords:* taxation of stock option plans, timing of taxation of income tax, legal double taxation, expatriates taxation in Brazil.

## 1. Introdução

O tema pesquisado diz respeito ao tratamento tributário dado pela jurisprudência administrativa brasileira aos planos de opção de ações concedidos a empregados no que diz respeito à incidência do imposto de renda da pessoa física, considerando especialmente os seus efeitos em relação à situação de empregados de alta qualificação e executivos expatriados do Brasil para os Estados Unidos por empresas transnacionais.

Pretende-se, portanto, examinar os possíveis efeitos fiscais sob a ótica do imposto de renda da pessoa física no Brasil considerando caso prático de indivíduo residente fiscal no Brasil que participa de plano de opção de compra de ações de empresa transnacional no exterior (controladora ou coligada da empregadora no Brasil) e que, após período de “vesting” e exercício de opção de compra ocorrido no Brasil, é expatriado ou repatriado (transferido a trabalho) para os Estados Unidos e lá efetua a venda das ações.

As companhias possuem grande flexibilidade em desenhar seus planos de incentivo de longo prazo de acordo com suas demandas e objetivos e, por esta razão, existem diferentes tipos de planos, com naturezas bem distintas<sup>1</sup>. Nosso estudo, contudo, se concentrará num modelo tradicional de um plano de remuneração baseado em opção de compra de ações (os planos de *Stock Options*), em que um indivíduo pode obter benefícios em diferentes momentos:

- Benefício quando a opção é concedida (ou quando as condições de carência – “vesting” – são atingidas): a opção é concedida para o empregado graciosamente ou por um valor abaixo do seu valor de mercado;
- Benefício quando a opção é exercida: o empregado adquire uma ação a um preço abaixo do valor de mercado e o benefício corresponde à

---

<sup>1</sup> Planos de remuneração baseados em opções de ações (os planos de *Stock Options*) constituem um dos tipos de planos de incentivos de longo prazo. Além desses, existem os Planos de Ações Restritas (*Restricted Shares*), os Planos de Opções Fantasmas – SAR (*Share Appreciation Rights* ou *Phantom Options*), as Ações Fantasmas (*Phantom Shares*) e o Bônus Diferido (*Staying Bonus*).

- diferença entre o preço pago e o valor de mercado da ação neste momento;
- Benefício quando as ações são vendidas: na medida em que as ações adquiridas com o plano são subsequentemente valorizadas, esta valorização pode ser realizada pela simples venda das ações pelo preço de mercado.

Por conta disso, surgem questões atinentes aos aspectos temporal e quantitativo do fator gerador do imposto de renda da pessoa física no Brasil, bem como questões práticas relacionadas à correta caracterização do benefício, se rendimento do trabalho ou de capital, e que pretendemos abordar nos tópicos seguintes.

A par dessa situação, os expatriados, normalmente empregados de alta qualificação e executivos, ao serem transferidos pelas suas matrizes para trabalhar no Brasil (bem como ao serem transferidos do Brasil para trabalharem no exterior) e adquirirem a condição de residentes para fins fiscais também passam a ser tributados em bases mundiais, situação que pode ocasionar problemas relativos à dupla tributação em decorrência de eventuais conflitos de qualificação (rendimentos de salários ou ganho de capital) ou de divergências quanto ao momento da tributação, concernentes a esse tipo de incentivo concedido pelas empresas transnacionais.

Recentemente o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) divulgou acórdãos abordando aspectos concernentes ao momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda da pessoa física em situações envolvendo planos de opções de ações. Desta forma, o presente estudo pretende contribuir para solidificar o entendimento a respeito da natureza jurídica dos benefícios concedidos com base em ações, e seus efeitos relacionados à tributação internacional da renda, em especial quanto ao fenômeno de possível dupla tributação jurídica.

## 2. Desenvolvimento

### 2.1. As decisões do CARF e a doutrina

Os primeiros julgamentos envolvendo o imposto de renda da pessoa física sobre planos de opção de ações resultaram nos Acórdãos n. 9202-005.443 da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), sessão de 23 de maio de 2017; n. 2301-005.752 da 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do CARF – sessão de 8 de novembro de 2018 e n. 2301-005.761 da 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do CARF – sessão de 03 de dezembro de 2018, prevalecendo o entendimento de que a incidência do imposto de renda da pessoa física deve ocorrer no momento do exercício da opção de compra das ações<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Conforme o acórdão proferido pela 2ª Turma da CSRF (9202-005.443) seria correto tributar-se quando as condições de carência são atingidas (“vesting”), ao manter autuação que considerou como ocorrido o fato gerador do IRRF o dia seguinte ao vencimento da carência das opções.

Esse entendimento não parece ser diferente da grande maioria relacionada a contribuições previdenciárias no que se refere à natureza jurídica dos planos de “stock options”.

Sob a ótica do CARF, interpreta-se desvirtuado o caráter mercantil do plano, por não se enxergar risco na operação para o colaborador, quando a única exigência para ter direito a participar do plano e comprar as ações com valor de deságio futuro seja permanecer trabalhando, ou seja, cumprir uma carência de tempo de trabalho, bem como quando não houver pagamento da opção.

Neste sentido, constatada que a participação no plano é condicionada unicamente ao cumprimento de uma carência de tempo e não haja pagamento da opção, sua concessão consistiria em uma remuneração indireta ao beneficiário do plano.

Entretanto, nos parece que essa premissa é equivocada, posto que comungamos do entendimento esposado por Fajersztajn, Masagão e Coviello Filho (2018, p. 135-188) de que é da essência dos planos de opções de ações o investimento dos colaboradores da empresa em condições mais favoráveis do que as condições de mercado sem, contudo, desnaturar o caráter mercantil do plano.

Com efeito, a lei societária brasileira ao expressamente prever no § 3º do seu art. 168 a possibilidade da “outorga de opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle” diferencia o instituto das opções de ações comercializadas no mercado acionário para os demais acionistas da companhia, mas não o retira do universo mercantil.

Não há que se falar em ausência de risco se o preço de exercício de compra de ações é prefixado, por exemplo, com base no seu valor de mercado na data da concessão e, após o exercício da opção e aquisição das ações, a venda é feita também com base no seu valor de mercado, livre de qualquer manipulação. É manifesta a presença de risco para o beneficiário no caso, bem como o comprometimento do mesmo com a obtenção de resultados pela companhia.

Com efeito, o que pode retirar o caráter mercantil do plano é a ausência total de risco na operação com plena garantia de ganho para o beneficiário, em situação que se configura como uma remuneração fixa pura e simples.

Nessa mesma linha, cabe ilustrar o presente artigo com parte de voto do Diretor-Relator em processo de autorização de operações privadas com ações em tesouraria de companhia aberta no âmbito do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)<sup>3</sup>:

---

Porém, a autuação prevaleceu no julgamento por conta do não conhecimento do recurso de divergência apresentado pelo contribuinte que apresentou como acórdão paradigma decisão em que foram discutidos aspectos do fato gerador de contribuições previdenciárias e não de imposto de renda.

<sup>3</sup> Colegiado da CVM, Proc. RJ 2001/8489, Rel. Diretor Marcelo Trindade, j. em 03.01.2002.

“[...]”

Dizendo-o de outro modo: para que se possa afirmar, como quer a Instrução CVM 323/00, que falta o comprometimento do beneficiário do Plano, *é preciso que neste se encontre alguma disposição que elida o risco dos beneficiários, através da manipulação ou fixação favorecida do preço do exercício das opções ou do preço de negociação das ações, depois do exercício das opções.*” (Com destaques do autor)

Como se deflui da manifestação do voto no referido processo da CVM bem como entendimento dos autores já citados, parece claro que é da essência dos planos de opções de ações o investimento nos colaboradores da empresa em condições mais favoráveis do que as condições de mercado sem, contudo, desnaturar o caráter mercantil do plano.

Por outro lado, a mera ausência de pagamento não deve levar à imediata conclusão de inexistência de risco para o beneficiário do plano, devendo se considerar ainda que é da própria essência dos planos de “stock options” baseados na própria lei societária, a presença de condições para aquisição de ações mais favoráveis do que as de mercado.

Ao adotar essa equivocada premissa – de que o plano de opções concedido tem seu caráter desvirtuado pelas condições mais favoráveis para aquisição – o CARF entende que o momento do exercício da opção de compra das ações, ou seja, o momento em que elas passam a integrar o patrimônio do contribuinte deve ser considerado para fins de momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda da pessoa física.

Esse entendimento do CARF é contrário à majoritária doutrina nacional que percebe que não se pode tributar um ganho de capital potencial, meramente possível ou provável, baseado na diferença entre o valor do bem no mercado e o custo de sua aquisição pela pessoa física ou jurídica.

Com efeito, a doutrina normalmente identifica o atributo “renda” como elemento indicador da capacidade contributiva por excelência e a identificação da “renda realizada”, previamente à imposição da obrigação tributária, revela-se como um imperativo decorrente do princípio da capacidade contributiva e que vem a ser mais bem delineado pelo princípio da realização de renda como nos ensina Polizelli (2012, p. 52).

Ancorado em Oliveira (2008), Polizelli ainda afirma que o princípio da realização guia a determinação do momento temporal a partir do qual a renda está consumada e pode ser tributada; ou seja, orienta a marcação do instante, por exemplo, a partir do qual se verifica o acréscimo patrimonial e o imposto pode ser exigido.

Desta forma, mesmo as situações que possam denotar a presença de renda tributável não revelam as condições de certeza e segurança consideradas suficientes a deflagrar a incidência tributária. Neste sentido, o princípio da realização

exerce uma função bloqueadora, visto que afasta situações que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido.

Referido princípio está positivado no art. 43 do Código Tributário Nacional ao incluir na definição do fato gerador do imposto de renda referência à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Ou seja, não basta a existência da renda, é condição para tributação pelo imposto a realização da renda, através da aquisição de sua disponibilidade econômica ou jurídica.

Gutierrez (2014, p. 188) acredita que não se pode tributar um ganho de capital potencial, meramente possível ou provável, baseado na diferença entre o valor do bem no mercado e o custo de sua aquisição pela pessoa física ou jurídica. O ganho de capital só se torna efetivo quando o valor do bem é convertido, mediante troca no mercado, em outros direitos que possuem valor mensurável e liquidez.

Com efeito, é preciso que o benefício se materialize e passe a integrar o patrimônio do beneficiário através do exercício da opção com a consequente venda da ação e a realização da renda.

Nesse sentido, Paro (2018, p. 171) pontua que mesmo que o beneficiário possa, a qualquer tempo, vender as ações adquiridas e, então, receber o valor no qual estará contido o ganho passível de tributação, fato é que, até esse momento não há que se falar em ocorrência do fato gerador do imposto sobre a renda, dado que não há renda realizada.

Diferentemente do que pensa o CAREF, portanto, o ganho de capital só se torna efetivo quando o valor do bem é efetivamente realizado através de sua venda, ou seja, quando a renda é realizada e se torna efetivamente disponível para o beneficiário.

Neste sentido, a questão da disponibilidade da renda estabelecida pelo art. 43 do Código Tributário Nacional deve ser sopesada sem parcimônias, sem moderação, quando estabelece ser o fato gerador do imposto de renda a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Muito embora possa parecer tentador para alguns a tese de que a liquidez do ativo possa permitir ao seu detentor o efetivo poder de a qualquer momento dispor do ativo, conforme a sua vontade, é preciso ter presente que existe uma volatilidade própria do mercado de ações, fazendo seus preços oscilarem para cima ou para baixo, limitando essa disponibilidade do ativo.

Entretanto, não é o que parece ser o pensamento de Santos (2013, p. 300) que, ao analisar o sistema de tributação de ganhos não realizados e a sistemática do chamado “Come-Quotas”, afirma que já há renda tributável quando existir poder efetivo e atual de dispor de um ativo e receber, em moeda ou em outro bem ou direito, o numerário correspondente ao valor da avaliação a mercado do ativo. Entende o autor que a aquisição da disponibilidade se dá nesse momento, em que a liquidez de dado mercado permite que o detentor de um ativo obtenha a qualquer momento, conforme sua vontade, os ganhos acumulados.

A esse respeito Paro (2018, p. 171) nos lembra que, inerente à liquidez das ações que funciona como argumento favorável à tributação antes da efetiva alienação, existe a normal volatilidade das ações que demonstra que impor tributação sobre a diferença entre o valor de mercado e o preço de exercício nesta data significa exigir tributo sobre renda não verificada quando da alienação, ferindo a capacidade contributiva.

Ainda sobre esse aspecto Fajersztajn (2019, p. 431) pontua que, no caso das pessoas físicas, a tributação só deve ocorrer quando houver o pagamento dos rendimentos, o que geralmente ocorre mediante a entrega de dinheiro ao seu titular e é neste contexto que a tributação dos planos de “stock options” deve ser analisada. Assim, o desconto correspondente à aquisição das ações por um preço inferior ao de mercado não pode ser considerado renda realizada e não pode ser tributado no momento do exercício da opção.

Desta forma, a mera disponibilidade do ativo, mesmo que passível de avaliação a valor de mercado e possa ser qualificado como de alta liquidez, não é suficiente para caracterizar o fato gerador do imposto de renda.

Cabe ressaltar que relativamente à cláusula de “lock up”, analisada no Acórdão n. 2301-005.752, entendeu-se que uma vez exercida a opção ela não poderá ser desfeita e, por conseguinte, a situação estará definitivamente constituída, nos termos do inciso II do art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN).

Ou seja, mesmo que o plano contemple restrições, impondo mais riscos ao beneficiário para negociação das ações após sua aquisição, entende o CARF que o simples fato de as ações passarem a integrar o patrimônio do contribuinte é suficiente para ensejar a tributação pelo imposto de renda da pessoa física.

Avaliamos, porém, que esse não é o melhor entendimento, pois nas situações em que estiver presente cláusula de prazo de “lock up” não existe uma plena disponibilidade das ações, mas risco adicional para o beneficiário, pois o valor de mercado das ações pode variar para mais ou para menos, entre a data da aquisição das ações e o final do prazo de “lock up”, o que pode aumentar o ganho ou até gerar um prejuízo.

Por seu turno, quanto à base de cálculo, entende o CARF que ela deve ser a diferença positiva entre o valor de mercado da ação no dia do exercício da opção de compra e o valor pago para o exercício da opção, correspondendo ao *quantum* acrescido ao patrimônio do indivíduo.

Como se percebe, por conta de premissas equivocadas, o entendimento do CARF a respeito do momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda da pessoa física *não é o mais adequado* e traz outras consequências indesejadas como veremos mais adiante.

## 2.2. *Abordagens ao caso objeto de estudo*

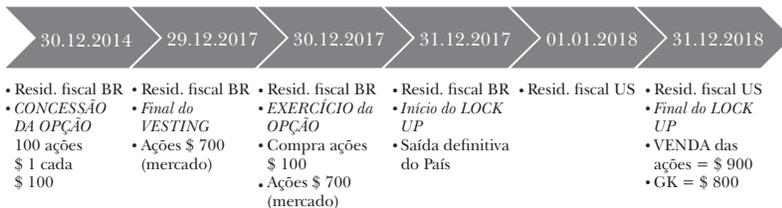
Analisaremos a seguir sob um prisma prático a natureza jurídica do plano, consoante entendimento firmado pelo CARF.

A situação hipotética objeto de nosso estudo tem as seguintes características: trata-se de plano concedido a um executivo residente fiscal e trabalhando no Brasil. Em 30 de dezembro de 2014 é concedida a opção para compra de 100 ações pelo preço de exercício total, estabelecido de acordo com o valor de mercado na data da concessão de \$ 100, ou seja, \$ 1 cada ação, com a condição de permanecer empregado no grupo transnacional da qual seu empregador faz parte até pelo menos 29 de dezembro de 2017 (período de carência de 3 anos). Após esse tempo, o executivo pode escolher exercer suas opções a qualquer momento dentro de um prazo de 2 anos (até a data de expiração).

Em 30 de dezembro de 2017, o executivo exerce a opção de compra, quando o valor de mercado das ações adquiridas é \$ 700. O executivo passa a deter as ações a partir daí, e passado um prazo de 1 ano (período de “lock up”), ele pode vender suas ações a preço de mercado.

Em 31 de dezembro de 2017 o executivo é transferido para trabalhar nos Estados Unidos em empresa do mesmo grupo transnacional, onde ele passa a ser residente fiscal a partir de 1º de janeiro de 2018. Em 31 de dezembro de 2018 ele vende no mercado acionário americano o total das ações adquiridas, quando o valor de mercado das ações equivale a \$ 900.

Esquemáticamente, podemos reproduzir os eventos apresentados da seguinte forma:



O entendimento firmado pelo CARF nos julgamentos citados é de que o plano de opção de ações concedido ao colaborador é considerado como remuneração indireta, por não se avistar risco na operação para o empregado, pelo fato de que a única exigência para ter direito a participar do plano e comprar as ações com valor de deságio futuro seja permanecer trabalhando, ou seja, cumprir uma carência de tempo de trabalho, bem como por não haver pagamento da opção, interpretando-se desvirtuado o caráter mercantil do plano.

Tal situação é semelhante ao plano de opções objeto do estudo, o que ensinaria também a mesma interpretação de tributar como remuneração pelo trabalho.

Quanto ao aspecto temporal do fato gerador do imposto de renda, aplicando-se o mesmo entendimento do CARF, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto de renda da pessoa física no momento do exercício da opção de compra das ações, em que elas passam a integrar o patrimônio do contribuinte.

No nosso caso, passado o período de “vesting” (até 29 de dezembro de 2017), no momento seguinte ainda no Brasil, em 30 de dezembro de 2017, o executivo exerce o direito de opção de compra das ações, pagando \$ 100 pelas 100 ações que ao valor de mercado equivalem a \$ 700.

Considerando a doutrina do CARF, no caso em apreço teríamos que considerar como fato gerador do imposto de renda essa compra de ações, sob pena de o fisco apontar uma omissão de rendimentos do indivíduo como decidido nos Acórdãos n. 2301-005.752 e n. 2301-005.761 citados no presente estudo.

Na medida em que o executivo exerce a opção de compra das ações na condição de residente fiscal no Brasil, é preciso ter presente que tais rendimentos, segundo a doutrina do CARF são classificados como rendimentos do trabalho, porém considerando que tais ações são negociadas e custodiadas no exterior, em consequência, devem ser submetidos à tributação segundo as regras do chamado “carnê-leão”.

Relativamente ao aspecto quantitativo do fato gerador do imposto de renda, considerando-se o que decidido pelo CARF, a base de cálculo seria a diferença positiva entre o valor de mercado da ação no dia do exercício da opção de compra e o valor pago para o exercício da opção, correspondendo ao *quantum* acrescido ao patrimônio do executivo.

Assim, no caso em estudo, em 30 de dezembro de 2017, data em que o executivo exerce as opções de compra das ações e as adquire pagando o preço de exercício de \$ 100 e, considerando que no mercado de ações as mesmas valem \$ 700, ter-se-ia uma base de cálculo correspondente a \$ 600 e um imposto de renda a recolher para o fisco brasileiro calculado com base nos valores e alíquotas das tabelas progressivas.

Em 31 de dezembro de 2017 o executivo deixa o país de maneira definitiva para trabalhar nos Estados Unidos em empresa do mesmo grupo transnacional, onde ele se torna residente fiscal a partir de 1º de janeiro de 2018.

Cabe ponderar que no caso examinado existe um período de “lock up” em que o executivo não pode vender as ações, mas passado esse tempo ele pode exercer a plena propriedade das ações pela sua venda, o que o faz já na data da 31 de dezembro de 2018, apurando um ganho de capital efetivo de \$ 800 nos Estados Unidos (diferença entre o custo de aquisição das ações que foi de \$ 100 e o valor da venda de \$ 900).

Ocorre que neste momento o executivo estará na condição de residente fiscal nos Estados Unidos<sup>4</sup> e sabe-se que não existe um acordo para evitar a dupla tributação entre os dois países.

---

<sup>4</sup> Importante observar que o fisco americano irá levar em consideração a nacionalidade do executivo expatriado ou a regra da presença substancial aplicável naquele país para fins de caracterização da residência fiscal, bem como se há espaço para a tributação pelo Estado americano, ou seja, se o ganho de capital possui algum elemento de conexão que guarde relação com o novo país

Assim, o indivíduo deverá submeter o ganho de capital na venda das ações à tributação naquele País e, como ele não pode efetuar perante o fisco americano um ajuste no custo de aquisição das ações, incluindo sob essa mesma rubrica o valor atribuído como remuneração indireta pelo fisco brasileiro, incidirá uma dupla tributação jurídica<sup>5</sup> sobre a mesma renda, o que não deve ser admissível, por implicar ofensa à capacidade contributiva.

Toda a documentação correspondente ao plano de opção de ações, bem como as operações efetuadas apontarão para um preço de exercício de \$ 100 e venda das ações por \$ 900, demonstrando um ganho de capital de \$ 800, não havendo motivo para o fisco americano aceitar qualquer ajuste adicional nestas circunstâncias.

Mesmo que a legislação americana venha a permitir unilateralmente uma compensação do imposto de renda pago no Brasil, é de se presumir que esta dedução estaria limitada ao imposto pago sobre o ganho de capital e não sobre o imposto pago sobre o que tenha sido classificado pelo fisco brasileiro como remuneração indireta.

Sem considerar os aspectos relacionados à diferença de alíquotas aplicáveis às correspondentes situações (remuneração e ganho de capital), acaso a legislação brasileira permitisse um diferimento da tributação para o momento da venda, em 31 de dezembro de 2018, a tributação incidiria sobre o ganho de capital efetivo de \$ 800 (diferença entre o custo de aquisição das ações, que foi de \$ 100, e o valor da venda, \$ 900).

Um diferimento na tributação eventualmente permitido pelo fisco brasileiro para o momento da realização do ganho de capital poderia eliminar esse custo adicional da operação em razão da tributação antecipada pelo Brasil preconizada pelo CARF.

Se houvesse algum imposto a ser pago ao Brasil, esta alternativa poderia permitir que o indivíduo viesse a compensar esse imposto de renda com o devido nos Estados Unidos, considerando a classificação do rendimento por ambos os países como ganho de capital.

Uma alternativa suplementar seria o Estado brasileiro envidar esforços para assinar um acordo para evitar a dupla tributação da renda com os Estados Unidos, incluindo cláusulas para evitar a situação descrita como as previstas pela convenção modelo da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Eco-

---

de residência do expatriado, se analisado o fenômeno sob o enfoque da pertinência econômica presente no binômio “fonte *versus* residência”. Sobre a questão da pertinência econômica, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. Residência fiscal da pessoa física. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 28. São Paulo: IBDT/Dialética, 2012.

<sup>5</sup> A dupla tributação será jurídica quando uma mesma pessoa é duplamente tributada por um mesmo rendimento ou patrimônio. Por seu turno, a dupla tributação será econômica quando duas pessoas diferentes são tributadas pelo mesmo rendimento ou patrimônio.

nômico (OCDE) que tratam das opções de ações a empregados, como demonstra o relatório produzido por aquela organização (OECD, 2015), o que poderia ensejar a invocação pelo contribuinte do procedimento amigável previsto nestas convenções<sup>6</sup>.

Adicionalmente, no caso objeto de estudo, como apontado, existe um período “lock up” em que o executivo não pode vender as ações, mas passado esse tempo ele pode exercer a plena propriedade das ações pela sua venda.

Segundo a ótica do CARF, mesmo nessas situações, o simples fato de as ações passarem a integrar o patrimônio do contribuinte é suficiente para ensejar a tributação pelo imposto de renda da pessoa física.

No caso, o valor de mercado das ações quando finalizado o período de “lock up” em 31 de dezembro de 2018 é de \$ 900 e, por isso, o executivo realiza a venda, apurando um ganho de capital.

Contudo, imaginemos por hipótese que o valor das ações, ao invés de subir dos \$ 700 em 30 de dezembro de 2017 para os \$ 900 em 31 de dezembro de 2018, no mesmo período caía dos \$ 700 para \$ 500.

Note que do ponto de vista do executivo, ele poderia enxergar um ganho pois o preço exercido para opção de compra teria sido de \$ 100, o que enseja um ganho líquido de \$ 400 (diferença entre o custo de aquisição das ações de \$ 100 e o valor da venda \$ 500), porém em razão da tributação antecipada no Brasil, o ganho reduziu-se em \$ 200, incidindo o imposto sobre um ganho inexistente, evidenciando ainda mais a ofensa à capacidade contributiva.

Acrescente-se a isto as demais consequências indesejadas de possível dupla tributação jurídica da renda.

A presença de cláusula de “lock up” nos contratos dos planos de opção de compra de ações evidencia ainda mais a presença do risco em tais operações e a incorreção do entendimento do CARF no sentido de tributação antecipada pelo simples exercício do direito de opção de compra das ações, sem a efetiva realização da renda com a venda das ações.

### 3. Conclusões

O entendimento firmado pelo CARF em recentes julgamentos envolvendo o imposto de renda pessoa física<sup>7</sup> não parece ser diferente da grande maioria relacionada a contribuições previdenciárias, interpretando-se desvirtuado o caráter mercantil do plano, por não se enxergar risco na operação para o colaborador,

---

<sup>6</sup> E atualmente regulado pela IN RFB n. 1.846/2018, que prevê em seu art. 4º que: “Art. 4º Poderá apresentar requerimento de instauração de procedimento amigável perante a RFB pessoa física ou pessoa jurídica residente no Brasil, quando considerar que medidas tomadas por um ou ambos os Estados Contratantes conduziram ou poderão conduzir, em relação ao requerente, tributação em desacordo com o ADT.”

<sup>7</sup> E que resultaram nos Acórdãos n. 9202-005.443 (2ª T. CSRF), n. 2301-005.752 e n. 2301-005.761.

pelo fato de que a única exigência para ter direito a participar do plano e comprar as ações com valor de deságio futuro, seja permanecer trabalhando, ou seja, cumprir uma carência de tempo de trabalho, bem como por não haver pagamento da opção.

Ou seja, é entendimento do CARF que a estipulação de condições mais favoráveis aos beneficiários dos planos de opções de ações constitui um desvirtuamento do plano, como por exemplo, o desconto do preço em relação ao mercado da data de aquisição, mesmo que o preço seja previamente fixado com base no mercado na data da concessão.

Entendemos, porém que *não* se pode falar em ausência de risco se o preço de exercício de compra de ações é prefixado, por exemplo, com base no seu valor de mercado na data da concessão e, após o exercício da opção e aquisição das ações, a venda é feita também com base no seu valor de mercado, livre de qualquer manipulação, sendo manifesta a presença de risco para o beneficiário, bem como o comprometimento do mesmo com a obtenção de resultados pela companhia.

Por outro lado, a atribuição de um preço no momento de assinatura do contrato denotaria um risco, mas a gratuidade não deve levar à imediata conclusão de inexistência de risco para o beneficiário do plano como já explicitado, devendo se considerar ainda que é da própria essência dos planos de “stock options” baseados na própria lei societária a presença de condições para aquisição de ações mais favoráveis do que as de mercado.

Com efeito, como entende a melhor doutrina, essa é uma característica comum existente na maioria dos planos e é da sua natureza que assim seja para permitir às empresas investirem nos seus colaboradores, oferecendo condições mais favoráveis do que as condições de mercado, sem, contudo, desnaturar o caráter mercantil do plano, pois feita em conformidade com a legislação societária.

Em consequência desse entendimento adotado pelo CARF de que o plano de opções concedido teria sido desvirtuado e, por isso, com natureza remuneratória e não mercantil, tem sido considerado para fins de momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda da pessoa física o do exercício da opção de compra das ações, ou seja, o momento em que elas passam a integrar o patrimônio do contribuinte.

Porém, a doutrina está inclinada a considerar que o benefício decorrente do desconto obtido no pagamento do preço das ações não pode ser tributado enquanto não realizado, posto tratar-se de ganho potencial, meramente possível ou provável, baseado na diferença entre o valor do bem no mercado e o custo de sua aquisição pela pessoa física.

A mera aquisição do ativo, mesmo que passível de avaliação a valor de mercado e mesmo que possa ser qualificado como de alta liquidez, não é suficiente para caracterizar o fato gerador do imposto de renda.

Desta forma, faz-se necessário aprofundar-se os debates e estudos em torno da natureza jurídica dos planos de opção de compra de ações oferecidos com base

no art. 168 da lei societária de forma a se oferecer maior segurança jurídica aos contratos e operações praticadas.

Por seu turno, de acordo com as decisões do CARF, a base de cálculo seria a diferença positiva entre o valor de mercado da ação no dia do exercício da opção de compra e o valor pago para o exercício da opção, correspondendo ao *quantum* acrescido ao patrimônio do indivíduo.

Aplicando tal entendimento ao caso hipotético objeto de nosso estudo, teríamos que considerar a situação de dupla tributação jurídica de não residente em país sem tratado com o Brasil, em que o indivíduo exerce opção de compra enquanto residente fiscal no Brasil, mas efetua venda das ações após ser expatriado ou repatriado (transferido a trabalho) para os Estados Unidos.

Assim, com esse perverso entendimento do CARF de tributar um rendimento ainda não realizado, temos a absurda situação do executivo, ao exercer o direito de opção de compra das ações, enquanto residente no Brasil, ter que efetuar o recolhimento do imposto no Brasil sobre um rendimento não realizado, sob pena de ser autuado pela fiscalização fazendária por omissão de rendimentos do trabalho.

Adicione-se a isso o fato de que, a partir da saída definitiva do país, o executivo passará à condição de residente fiscal nos Estados Unidos e sabe-se que não existe um acordo para evitar a dupla tributação entre os dois países.

Assim, o indivíduo deverá submeter o ganho de capital na venda das ações à tributação naquele País e, como ele não pode efetuar perante o fisco americano um ajuste no custo de aquisição das ações, incluindo sob essa mesma rubrica, o valor atribuído como remuneração indireta pelo fisco brasileiro, incidirá uma dupla tributação jurídica sobre a mesma renda, implicando ofensa à capacidade contributiva.

Mesmo que a legislação americana venha a permitir unilateralmente uma compensação do imposto de renda pago no Brasil, é de se presumir que esta dedução estaria limitada ao imposto pago sobre o ganho de capital e não sobre o imposto pago sobre o que tenha sido classificado pelo fisco brasileiro como remuneração indireta.

Sem considerar os aspectos relacionados à diferença de alíquotas aplicáveis às correspondentes situações (remuneração do trabalho e ganho de capital), acaso a legislação brasileira permitisse um diferimento de tributação para o momento da venda, a tributação incidiria sobre o ganho de capital efetivo no momento da realização, em sintonia com o que pensa a maior parte da doutrina.

Esta alternativa poderia permitir que o indivíduo viesse a compensar eventual imposto de renda pago no Brasil com o devido nos Estados Unidos, considerando a classificação do rendimento por ambos os países como ganho de capital, em situação de ausência de acordo para evitar a dupla tributação.

Neste sentido, alternativa adicional seria o Estado brasileiro enviar esforços para assinar um acordo para evitar a dupla tributação da renda com os Estados

Unidos, incluindo cláusulas para evitar a situação descrita como as previstas pela convenção modelo da OCDE que tratam das opções de ações a empregados.

Por outro lado, também para se garantir a tributação da renda em conformidade com princípio da realização, é recomendável a introdução no ordenamento jurídico de norma que permita o diferimento da tributação para momento da efetiva realização do ganho, que no caso das opções de ações se dá apenas quando da venda das ações adquiridas.

Como demonstrado, em situações que envolvam mobilidade de executivos, notadamente com países com os quais o Brasil não mantém tratados para evitar a dupla tributação, também se faz necessário ajustes na legislação interna de forma a permitir o diferimento da tributação para o momento da venda das ações adquiridas.

Tal sugestão, além de garantir a tributação da renda em conformidade com o princípio da realização, pode evitar a ocorrência da dupla tributação jurídica em situações em que o exercício ocorre no Brasil, mas o ganho de capital ocorre em outro país.

Tal proposta não objetiva conceder tratamento fiscal privilegiado para certas pessoas, mas visa facilitar investimentos estrangeiros, na medida em que, com a globalização, um dos seus efeitos é o aumento da mobilidade de mão de obra mais qualificada, notadamente executivos cuja remuneração é mais alta.

Considerando a alta mobilidade do capital e das pessoas num cenário cada vez mais globalizado em que a concorrência tributária internacional tem forte presença, a exigência por segurança jurídica nos investimentos internacionais requer cada vez mais que os países tributem adequadamente a renda, evitando a ocorrência de dupla tributação jurídica.

Em relação aos planos de opção de ações, deve existir uma vantagem tributária com diferimento da tributação para o momento da realização do ganho, como existe na maioria dos países que adotam o instrumento e que é utilizado como incentivo aos executivos alinhando-os aos interesses dos acionistas e ajudam as “start ups” na substituição de altos salários para redução de suas despesas e melhorar o fluxo de caixa.

Assim como outros planos de incentivo, planos de opção de compra de ações podem criar um forte senso de envolvimento para colaboradores, fazendo-os mais interessados no valor da companhia podendo-os induzir a aumentar sua produtividade. Especialmente para jovens empresas que tenham potencial de crescimento, as opções de ações podem ser um importante e efetivo instrumento de atração e retenção de pessoas que de outra forma prefeririam trabalhar em grandes corporações.

Logicamente um tratamento tributário eficiente envolve não apenas o imposto de renda da pessoa física, mas além do próprio regime tributário aplicável de acordo com a qualificação do rendimento (remuneração ou capital), mas os outros tributos incidentes, bem como o “timing” de tributação e o tratamento

tributário sob a perspectiva do empregador, o que, contudo, foge ao escopo do presente estudo.

### **Bibliografia**

- FAJERSZTAJN, Bruno. Realização da renda nos planos *stock options*. Uma análise na perspectiva dos beneficiários. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019.
- FAJERSZTAJN, Bruno; MASAGÃO, Fernando Mariz; COVIELLO FILHO, Paulo. As implicações fiscais dos planos de outorga de opções de ações (*stock options*). Um panorama geral. *Estudos de direito tributário – 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados*. São Paulo, 2018.
- GUTIERREZ, Miguel Delgado. Imposto de Renda: princípios da generalidade, da generalidade e da progressividade. *Série Doutrina Tributária* vol. XI. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- OECD (2015). R(20). Cross-border income tax issues arising from employee stock-option plans. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264239081-113-en>.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PARO, Giacomo. *Tributação da renda nos planos de opção de compra de ações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento para fins de receitas e despesas para fins de IRPJ. *Série Doutrina Tributária* vol. VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- SANTOS, João Victor Guedes. Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais. *Série Doutrina Tributária* vol. VIII. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Residência fiscal da pessoa física. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 28. São Paulo: IBDT/Dialética, 2012.