

O REGIME ACTUAL DAS STOCK OPTIONS

J. L. SALDANHA SANCHES / RUI BARREIRA

A tributação das opções sobre acções como rendimento em espécie e o momento da tributação são os problemas principais desta forma de pagamento. Devendo as soluções encontradas levar em conta o regime geral de tributação das mais-valias.

Payment in cash or in kind raises problems mainly as regards taxation of share options and the definition of the moment when taxation occurs. Solutions to be found should take into consideration the general taxation framework of plus-values.

ÍNDICE:

1 — Colocação do problema; 2 — O regime fiscal das opções de atribuição de acções no direito comparado; 3 — A tributação das vantagens acessórias; 4 — Vantagens acessórias e pagamentos em espécie; 5 — O tratamento dos planos de acções na reforma do IRS; 6 — Mais-Valias latentes e Mais-Valias realizadas; a) O momento de realização dos ganhos; b) Planos de opções e planos de subscrições; 7 — O novo regime como norma interpretativa; 8 — Conclusão.

1 — COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A atribuição por parte das sociedades de capital de acções aos seus gestores ou aos seus empregados (*Incentive stock options*) tem-se tornado nos últimos anos uma prática cada vez mais frequente.

A principal finalidade desta operação é obter o interesse directo e imediato dos que trabalham numa certa empresa na avaliação feita pelo mercado de capitais sobre as suas perspectivas (previsão dos ganhos futuros): as decisões do investidor, tomadas com base na informação disponível sobre a empresa, vão ser determinantes para o comportamento da cotação dos títulos atribuídos, pelas mais variadas formas, a gestores e quadros da empresa.

São múltiplas as formas escolhidas para se atingir tal objectivo.

Nuns casos, através da opção atribuída aos trabalhadores para *adquirirem* acções por um preço mais reduzido do que o seu valor de mercado ou o valor contabilístico; noutros, através da opção de subscrição de acções num aumento de capital social, subscrição essa a um valor também inferior a determinadas coordenadas ou patamares.

Mas sempre com os seus ganhos potenciais a dependerem directamente dessa avaliação feita pelo mercado.

Temos por isso uma operação com fins eminentemente empresariais: ainda que as vantagens económicas possam ser neutralizadas por um regime fiscal desfavorável.

Entre nós não só esta prática é comparativamente recente, como também o seu regime fiscal tem estado recheado de incógnitas.

E é precisamente por isso que iniciamos este trabalho com uma indagação breve sobre o tratamento fiscal destas operações noutros ordenamentos jurídico-tributários.

Tratando depois dos aspectos principais do regime que passou a vigorar entre nós.

2 — O REGIME FISCAL DAS OPÇÕES DE ATRIBUIÇÃO DE ACÇÕES NO DIREITO COMPARADO

Recorrendo, como introdução a este problema ao direito comparado, e usando como modelo sob análise dois sistemas fiscais preocupados com a justiça e a eficiência das soluções fiscais — os Estados Unidos e a Alemanha — poderemos concluir que o tratamento dado às *incentive stock options* depende basicamente do regime fiscal das mais-valias.

No caso norte-americano, a atribuição de um direito à aquisição de acções da empresa aos seus colaboradores não vai, em princípio, ser tributada. Desde que se qualifiquem para o regime especial das Incentive Stock Options, um modo legal de favorecer esta forma de pagamento.

Definindo as ISO como “uma opção atribuída por uma empresa aos seus empregados para adquirir acções da empresa a um preço fixo ou determinável” ⁽¹⁾, desta operação não vai resultar uma obrigação de pagar imposto de rendimento, antes da sua alienação.

Compreende-se este regime num sistema onde as mais-valias são tributadas a uma taxa apenas um pouco mais baixa do que o rendimento normal; e com o rendimento também tributado a uma taxa reduzida em comparação com os níveis europeus. O regime particular das *stock options* está assim modulado pelo regime mais geral de tributação de mais-valias.

Havendo conseqüentemente um regime diferente para os que alienam imediatamente o título (são tributados pela taxa normal de tributação do rendimento) e os que os conservam durante dois anos: e que irão pagar a taxa mais reduzida que incide sobre as mais-valias ⁽²⁾.

Na Alemanha, no sistema que vigorou até à recente reforma ⁽³⁾, o regime é dis-

⁽¹⁾ FREELAND/LIND/STEPHENS, *Fundamentals of Federal Income Taxation — Cases and Materials* (Westbury, New York, 1996), 671.

⁽²⁾ GRAETZ/SCHENK, *Federal Income Taxation — Principles and Policies*, 3.^a ed. (Westbury, New York, 1995), 816-817.

⁽³⁾ Sobre o novo regime v. BAREIS, *Die Halbeinkunfteverfahren in Systemvergleich*, *StuW* 2/2000, 123-143.

tinto des-

de um r-

rendime-

As

dades,

lucros,

tralidade,

tros sist-

trita-

ção d-

bens,

o

que p-

duz a-

respe-

exer-

bém,

o

Se est-

uma

men-

o

pre-

o

que

pre-

o

pra-

mes-

o

erit-

em-

em-

sur-

o

o

o

o

o

o

o

o

o

o

o

o

o

o

o

tinto deste uma vez que, na alienação de bens que façam parte do património pessoal de um contribuinte, só os negócios especulativos contam para efeitos de imposto de rendimento.

As mais-valias estavam isentas de tributação uma vez que na tributação das sociedades a lei distinguia entre lucros distribuídos, tributados a uma taxa mais reduzida e lucros retidos: tributados a uma taxa mais elevada. Sendo assim assegurada a neutralidade fiscal entre lucros retidos (futuras mais-valias) e lucros distribuídos que noutros sistemas é realizada pela tributação de mais-valias ⁽⁴⁾.

Presumindo-se a intenção especulativa com base na duração do prazo de detenção do bem: menos de dois anos nos imóveis e menos de seis meses em outros bens ⁽⁵⁾.

Por isso, se a empresa proporciona aos seus empregados a obtenção de um título que pode ser alienado — uma opção negociável — considera-se que esta aquisição produz um aumento imediato no património do contribuinte e como tal tributa-se. Dizendo respeito ao momento em que a opção é oferecida e não ao momento em que esta é exercida. Há um direito transmissível — *venditio rei speratae* — e por isso há também um imediato acréscimo patrimonial ⁽⁶⁾.

O mesmo sucedendo nos Estados Unidos quando há atribuição de um direito. Se este direito de opção se não integra num ISO (*non statutory stock option*) e se tem uma facilmente quantificável *fair market value*. Sendo tributado pelo valor da opção menos a quantia gasta para a adquirir ⁽⁷⁾.

Sendo devido imposto se existir uma diferença entre o preço de mercado e o preço de aquisição.

Uma vez que, no caso do título ser adquirido ao preço de mercado, não há qualquer acréscimo patrimonial nesta aquisição. O valor do bem adquirido é igual ao preço pago na sua aquisição.

Quanto à tributação dos ganhos da alienação, vai depender, nos termos gerais, do prazo entre exercício do direito de opção e da alienação: se decorrerem mais de seis meses não haverá imposto.

Se o título é inalienável durante um certo período de tempo, considera-se que a criação da possibilidade do exercício do direito de subscrição não cria de imediato um enriquecimento do contribuinte: e por isso o momento que conta para a separação entre ganho tributável e não tributável não é o momento da atribuição do direito mas sim do seu exercício.

Em ambos os casos tributa-se apenas a diferença entre o valor de mercado do título

⁽⁴⁾ TIPKE-LANG, *Steuerrecht*, 15.^a ed. (Köln, 1996), 477-478.

⁽⁵⁾ JACOB, *Einkommensteuerrecht*, 2^o (1996), 148-150.

⁽⁶⁾ Sobre este regime a avaliação da opção v. ESCHBACH, *Management Buy-Out und Ausgabe von Stock Options- Der Primat der Steuergeretigkeit und is Ausübungbesteuerung*, BB, 54 H 48 2-12 (1999), 2484-2490.

⁽⁷⁾ WESLEY/SHANNON, *Income Tax Treatment of US Stock Options Plans in Europa*, INTERTAX, 1994-2, 46-71

e aquilo que é pago pelo empregado (8). Uma vez que, na alienação futura do bem, vamos ter um ganho que não é tributado.

Podemos por isso concluir, depois desta muito breve análise de direito comparado, que em princípio o regime das *stock options*, vai depender da questão mais geral da tributação das mais-valias: segue o regime destas e deve depender das opções de política legislativa feitas nessa área. A ausência de tributação das mais-valias, como sucede na Alemanha, cria a necessidade de uma tributação do acréscimo patrimonial constituído pela atribuição de uma opção ou do exercício do direito de adquirir acções a preços mais baixos que a sua cotação.

3 — A TRIBUTAÇÃO DAS VANTAGENS ACESSÓRIAS

A atribuição de direito sobre acções constitui uma parte das chamadas vantagens acessórias (*fringe benefits*) que deverão estar, em princípio, abrangidas pela tributação dos rendimentos do trabalho.

Não se trata de uma qualquer vantagem acessória no sentido que se costuma dar ao termo: ao contrário das vantagens acessórias que têm uma existência totalmente dependente de razões fiscais, que são meras formas de reduzir ou eliminar a incidência de impostos sobre o rendimento, as *stock options* podem ter a seu favor suas justificações de natureza económica: mas podem ser também uma mera forma de reduzir a tributação.

Por isso pode considerar-se que o princípio geral de tributação das acções atribuídas — veremos depois como e quando pois aqui residem os principais problemas — decorre de um princípio de igualdade entre as várias categorias de contribuintes.

O que explica o que encontramos disposto no n.º 3, al. b), do art. 2.º do CIRS que inclui no rendimento do trabalho dependente:

“As remunerações acessórias, nelas se compreendendo todos os direitos, benefícios ou regalias não incluídos na remuneração principal que sejam auferidos devido à prestação de trabalho ou em conexão com esta e constituam para o respectivo beneficiário uma vantagem económica”.

Que constituam para este uma vantagem económica: um direito a ser indemnizado em caso de despedimento constitui uma importante regalia não incluída na remuneração principal mas não é um rendimento tributável: sê-lo-á no momento da sua atribuição no sentido que pode ser dado ao termo “vantagem económica”. O direito contratual

(8) FEDDERSEN, *Aktienoptionprogramme für Führungskräfte aus kapitalmarktrechtlicher und steuerlicher Sicht* ZHR 161 (1997), 275-282. A situação mantém contudo algumas indeterminações. ROSEMARIE PORTNER, *German Law Lags Over Taxation of Stock Options*, Taxes Notes International 30/Ab/2001, 2159-2168.

a um ambiente de trabalho com certos requisitos é um direito que não proporciona “vantagem económica” neste sentido particular.

Ao condicionar a tributação à existência de uma vantagem económica o legislador fiscal está a reconhecer que sem rendimento não pode haver tributação.

Ou a reconhecer, em termos mais amplos, que nem todas as situações da vida são susceptíveis de serem eleitas pelo legislador como factos tributários, encontrando-se este “limitado na sua faculdade de selecção pela exigência de que a situação a integrar na previsão da norma seja reveladora da capacidade contributiva, isto é, de capacidade económica, de riqueza, cuja expressão sob qualquer forma se pretende submeter a tributo” (9).

Só com base nesta condição elas podem ser tributadas.

Sempre que esta condição seja desrespeitada, quando estivermos perante situações de tributação sem rendimento efectivo poderá surgir um problema de constitucionalidade da lei fiscal.

E também a respeitar a previsão legal de rendimento do trabalho: que na definição amplíssima do art. 2.º, n.º 1, do CIRS, é constituído por todas as *remunerações* pagas ou postas à disposição do seu titular *provenientes* do trabalho por conta de outrem, englobando as remunerações dos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas (n.º 3, al. a)).

4 — VANTAGENS ACESSÓRIAS E PAGAMENTOS EM ESPÉCIE

O legislador fiscal português utilizou no Código do IRS pós-reforma de 1989, já no período em que este tipo de remuneração começava a ser praticado entre nós, um conceito de rendimento demasiado espartilhado para que estas ou outras remunerações pudessem ser tributadas pela aplicação directa e imediata da lei. Sem necessidade de leis posteriores que densificassem a previsão normativa.

A norma fiscal, na técnica utilizada pelo legislador fiscal português, exigiria uma previsão, caso a caso, dos vários tipos de rendimento para que os seus princípios pudessem ser objecto de concretização.

E por isso, o que encontramos no Código do IRS sobre remunerações acessórias, deve ser considerado como um mero princípio tendo como condição de aplicação o surgimento de norma de concretização.

No caso especial das vantagens acessórias constituídas pelas *stock options*, a ausência de tributação das mais-valias geradas pela sua alienação, criou um vazio de tributação que a Administração fiscal procurou preencher mediante uma aplicação da lei existente.

E por isso, num seu ofício que respondia a uma consulta do contribuinte, procurava definir uma doutrina com alcance geral afirmando que se “no momento do exercício

(9) ALBERTO XAVIER, *Manual de Direito Fiscal* (Lisboa, 1974), 108.

do direito, o trabalhador adquirir as acções em causa, por um preço inferior ao valor de mercado, a diferença suportada pela entidade patronal é qualificada como rendimento do trabalho dependente” (10).

Esta posição da Administração fiscal pode considerar-se explicada, ainda que não justificada, pelo facto de que quando as acções fossem alienadas teríamos ou ausência de tributação ou pelo menos, uma tributação muito inferior à que incide sobre o rendimento do trabalho. Criando assim um fortíssimo incentivo a que certas remunerações fossem feitas por meio da atribuição de direitos sobre acções.

Mas era uma posição inteiramente destituída de base legal e que não considerava nenhum dos problemas específicos da tributação desta forma de pagamento.

Analizando o sistema de tributação das remunerações em espécie que são afinal um primeiro passo na concretização do princípio de inclusão no rendimento do trabalho das vantagens acessórias, M. PRAZERES LOUSA concluiu, pelo contrário, que existia nesta área “uma lacuna fundamental”.

Uma lacuna “que inviabiliza, de todo, a tributação de algumas vantagens acessórias em espécie”.

E retirando as necessárias consequências das técnicas de previsão normativa utilizadas pelo legislador fiscal português a autora conclui que a inexistência de tais regras “retira qualquer eficácia ao regime da tributação das vantagens acessórias”.

E que, quanto aos planos de subscrição e ou compra de acções, os eventuais benefícios, para a sua tributação, “necessitam de uma previsão legal específica, dadas as particularidades que revestem” (11).

5 — O TRATAMENTO DOS PLANOS DE ACCÇÕES NA REFORMA DO IRS

Foi precisamente essa regulamentação legal específica com uma concreta previsão normativa para os planos de subscrição de acções que foi feita pelo legislador fiscal da reforma 2001.

No entanto a reforma da tributação dos planos de subscrição de acções parece ter sido feita ignorando por completo a situação nova que era criada para estes planos com o novo regime de tributação das mais-valias. Sem levar em conta que a inclusão ou não inclusão destes direitos no rendimento do trabalho. Deve depender do tratamento fiscal dos ganhos que podem ser proporcionados pela sua alienação.

Quando as mais-valias não eram tributadas ou eram tributadas com a taxa simbólica de 10%, para mais liberatória, a “lacuna fundamental” de que falava M. PRAZERES LOUSA, criava uma enorme vantagem fiscal para os ganhos distantes e incertos

(10) Ofício da DGCI n.º 5776, de 28-1-99.

(11) M. PRAZERES LOUSA, *Aspectos Gerais relativos à tributação das vantagens acessórias*, in CTE, n.º 374, p. 57 e 61.

das acções atribuídas pelas empresas em relação aos outros rendimentos do trabalho: certos e imediatos mas sujeitos a uma taxa muito mais elevada.

Depois da entrada em vigor do novo regime de tributação das mais-valias a situação muda radicalmente: as mais-valias continuam com vantagens fiscais, mas a distância e a incerteza dos ganhos, tornam a situação mais equilibrada.

O que o legislador fiscal não parece ter tomado em conta.

Antes da reforma, a única desvantagem dos planos de subscrição ou das opções sobre acções eram a incerteza (o nevoeiro fiscal) que rodeava a sua atribuição. E que a já citada orientação administrativa ilustra muito bem: ainda que sem base legal, a Administração fiscal pretendia tributar.

Mas depois da reforma, a situação tinha mudado: as possíveis mais-valias, além de futuras e incertas, tinham também uma tributação significativa.

A incerteza fiscal desaparece — os planos passam a ser tributados — porque há uma clara intenção de tributar. São rendimento do trabalho dependente, passa a determinar o CIRS, os “ganhos derivados de planos de opções, de subscrição ou outros de efeito equivalente, sobre valores mobiliários ou direitos equiparados, criados em benefício de trabalhadores ou membros de órgãos sociais, incluindo os resultantes da alienação das opções ou direitos ou de renúncia onerosa ao seu exercício a favor da entidade patronal, e, bem assim, os resultantes da recompra, pela entidade patronal, dos valores mobiliários ou direitos equiparados” (7) do n.º 3 do art. 2.º do CIRS).

Mas que ganhos são tributados? Em que sentido se pode utilizar aqui o conceito de “ganho”?

E teremos passado de uma situação de uma enorme vantagem fiscal das ISO para uma total inviabilização fiscal das mesmas?

6 — MAIS-VALIAS LATENTES E MAIS-VALIAS REALIZADAS

Como princípio geral dos sistemas fiscais onde são tributadas as mais-valias temos a não-tributação ou, mais rigorosamente o adiamento da tributação, das mais-valias latentes ou não realizadas.

No caso português esse princípio encontra-se formulado no preâmbulo do Código do IRC precisamente por ser este código que leva mais longe o princípio da tributação pelo princípio do acréscimo patrimonial e não pelo princípio da fonte.

Perante situações de titularidade de bens (*v. g.*, acções, quotas, imóveis), o legislador foi muito claro e expresso no afastamento de qualquer tributação de mais-valias *potenciais* ou *latentes*, tal como é afirmado no relatório preambular do Código do IRC, ponto 5:

“A inclusão das mais-valias e menos-valias, ainda que por motivos de índole económico, está limitada às que tiverem sido realizadas”. Princípio que encontra expressão normativa, entre outras disposições, no art. 21.º, al. *b*), do CIRC, ao excluir de tributação as variações patrimoniais positivas que consistem em “mais-valias potenciais ou latentes”.

E se isto é assim em sede de IRC, não é menos indiscutível a consagração desse princípio em sede de IRS, já que é apenas e só a sua *alienação* que permite a consagração de mais-valias passíveis de tributação (cf. art. 10.º do CIRS).

Tributação apenas depois da realização.

E a mais e menos-valia deve considerar-se realizada apenas “no momento em que se aperfeiçoa o direito com base na qual o bem sai do património e se transforma no correspondente valor, adquirindo, assim, autonomia” (12).

Temos deste modo a realização como condição de tributação também na medida em que apenas neste momento um direito se encontra autonomizado.

E esta preterição do imposto em caso de mais-valia não realizada tem uma estreita relação com o tempo da tributação: o acréscimo patrimonial criado pelo aumento do valor de um bem que integra um determinado património constitui um índice de acrescida capacidade contributiva.

Mas um aumento também potencial, ainda não realizado, da capacidade contributiva de um certo sujeito passivo. E por isso um momento inadequado para a tributação.

No caso das *stock options*, cuja aplicação depende de forma muito directa do seu tratamento fiscal, o momento da tributação (depois ou antes de realizado o ganho) tem um carácter decisivo (13) para a viabilização ou não viabilização desta forma de remuneração. Que sobrepõe o pagamento com a associação ao risco.

a) O momento de realização dos ganhos

No entanto apesar do novo regime ter sido criado juntamente com a introdução de um sistema de tributabilidade geral das mais-valias (sem o qual teríamos remuneração sem tributação) o legislador optou pela tributação no momento do exercício:

“os ganhos referidos [...] consideram-se obtidos.

No momento do exercício da opção ou de direito de efeito equivalente, correspondendo à diferença positiva entre o valor do bem ou direito nessa data e o preço de exercício da opção, ou do direito, acrescido este do que eventualmente haja sido pago pelo trabalhador ou membro de órgão social para aquisição da opção ou direito”.

Ou seja: sempre que o contrato entre a sociedade que atribui as acções e o seu colaborador procure incentivar a aquisição de acções por parte deste com a possibilidade de compra abaixo do preço de cotação surge um rendimento imediatamente objecto de tributação.

(12) PIETRO ADOUNINO, *Plusvalenza e Minusvalenza*, Novissimo Digesto Italiano, 156.

(13) Mesmo na Alemanha onde, por não haver tributação das mais-valias a opinião dominante conduzia à tributação no momento do exercício do direito de subscrição. KNOLL, *Besteuerung von Stock Options- Anmerkung zu einer juristischen Frontlinien im ökonomische Niemensland*, *StuW* 2/1998, 133-137.

Apesar de estarmos perante um facto que apenas habilita o titular a um enriquecimento futuro e incerto. Ganhos potenciais e apenas potenciais.

Considerá-los realizados (os ganhos consideram-se obtidos) constitui uma ficção jurídica que poderia ter sentido se tais acréscimos patrimoniais pudessem conduzir a ganhos futuros que não fossem tributados. Como sucede no caso alemão, como sucedia entre nós antes da reforma da tributação das mais-valias.

E por isso temos aqui dois problemas: para além da distinção entre direito de opção e de expectativas jurídicas de aquisição, de que trataremos depois, temos a situação única no ordenamento jurídico-tributário português de tributação de um ganho meramente potencial.

Um solução legislativa que torna esta possibilidade de remuneração menos interessante: se é tributada da mesma forma que um rendimento em dinheiro e volta a ser tributada se proporcionar outros ganhos só mediante especiais condições de aquisição (como os empréstimos) podem ser vantajosas.

b) Planos de opções e planos de subscrições

Quando se fala de opções sobre acções está-se muitas vezes a falar não de verdadeiras opções de compra mas de meros direitos de subscrição individuais. Como se fosse uma e a mesma coisa.

O legislador português seguiu por essa via e por isso não distingue no seu tratamento fiscal das *stock options* entre planos de opção e planos de subscrição.

E não distingue uma vez que, quer quando no art. 2.º do CIRS inclui os possíveis ganhos a realizar com estes planos no rendimento do trabalho, quer quando no art. 24.º sobre rendimentos em espécie cria regras para a sua quantificação, refere-se sempre a planos de opção ou de subscrição.

O legislador fala de “momento do exercício da opção ou de direito de efeito equivalente”, de “subscrição ou do exercício de direito de efeito equivalente” colocando no mesmo plano os planos de opção e os planos de subscrição.

No entanto é necessário distinguir entre duas coisas radicalmente distintas.

Os planos de subscrição em que uma certa sociedade coloca à disposição de alguns dos seus colaboradores, por si discricionariamente escolhidos, a possibilidade de subscrever acções em condições especiais (preço abaixo da cotação do dia, garantia de recompra pelo preço da subscrição). Nesta situação temos uma relação jurídica individualizada com cada um dos subscritores e que surge no momento da subscrição.

E as situações em que a sociedade celebra com um seu colaborador um contrato em que lhe dá o direito de adquirir, logo que queira, por mera expressão da sua vontade, acções em determinadas condições ⁽¹⁴⁾.

Uma vez que só nestes casos temos um direito de opção.

(14) Sobre estas distinções nestes planos v. FEDDERSEN (nt 7), 274-277.

“Por direito de opção, entende-se, escreve KARL LARENZ (15), o direito de mediante declaração unilateral, criar uma relação cujo conteúdo foi de antemão contratualmente convencionado ou pode ser determinado, por outra via, ou do direito de, pelo mesmo modo, prorrogar uma situação contratual existente”. Temos opção quando temos direito potestativo “um poder jurídico materialmente conformador” (16) como sucede sempre que uma sociedade atribui a um seu colaborador o direito de adquirir acções em condições predeterminadas

Por isso, temos exercício de um direito de opção quando o colaborador da empresa, verificada a condição prevista na lei, subscreve as acções a que passou a ter direito.

Ora, ao contrário do que sucede com o direito de subscrever acções por um certo preço, um direito de opção constitui ele sim, um acréscimo patrimonial sem contrapartida. O titular do direito de opção pode eventualmente alienar o direito que obteve. Tal como pode alienar acção já subscrita.

E se aliena o seu direito de opção vai realizar um ganho que ainda que seja considerado como rendimento do trabalho pelo 7) do n.º 2 do art. 2.º só se considera realizado segundo a al. c) do n.º 4 do art. 24.º “no momento da alienação ou da renúncia do exercício a favor da entidade patronal”. Não se prevendo a alienação a terceiro.

Podemos interpretar a lei de acordo com o seu sentido e considerar o ganho realizado logo que o direito é alienado. Mas teria sido melhor, dada a opção por uma lei com uma regulamentação muito densa, prever expressamente esse caso.

Ou, em alternativa, inclui-la nas mais-valias tributáveis em IRS cuja enumeração se encontra no art. 10.º do CIRS.

Na verdade a nova redacção do art. 10.º inclui na sua al. d) a tributação das mais-valias obtidas com a “Cessão onerosa de posições contratuais ou outros direitos inerentes a contratos relativos a bens imóveis”. Excluindo assim os direitos relativos a valores mobiliários das mais-valias tributáveis.

Para definir o momento de realização do ganho o legislador fiscal não distinguiu entre planos de subscrição e planos de opção: e enquanto o direito à subscrição é tendencialmente uma mera hipótese de vir a adquirir direitos o direito de opção alienável é uma imediata aquisição.

E note-se, a respeito desta ausência de tributação, que os ganhos resultantes da alienação desse direito não pode ser considerado um rendimento de capital e ainda menos rendimentos resultantes de operações com instrumentos financeiros derivados.

Teremos pois de concluir que nova lei tributa o ganho potencial futuro e a incerto que é constituído pela aquisição de acções, mediante um dispêndio do colaborador da sociedade, quando há uma diferença entre preço de aquisição e preço de cotação.

(15) Citado por BAPTISTA MACHADO, *Anotação a Acórdão do STJ*, RLJ, 117 (1984), 202-203, com uma vasta reflexão sobre o conceito de opção no direito português.

(16) BAPTISTA MACHADO, 201.

Mas pode deixar por tributar o ganho imediato e sem qualquer contrapartida de aquisição, criado pela atribuição do direito potestativo que constitui a opção ⁽¹⁷⁾, seguida de alienação pelo titular a um terceiro.

7 — O NOVO REGIME COMO NORMA INTERPRETATIVA

O legislador fiscal português acordou tarde para a realidade constituída pelos planos de compra de acções pelos colaboradores das empresas.

E dado o modo como foi estruturado o imposto de rendimento sem que houvesse uma previsão omnicomprensiva do rendimento pessoal tributável ⁽¹⁸⁾ seria necessário uma previsão expressa da norma para que os “planos de acções”, que podem assumir as formas jurídicas mais variadas e por isso beneficiarem os participantes com diversos graus de intensidade, para definir o seu regime fiscal. Sem mais dúvidas ou incertezas.

Mas não tendo havido previsão atempada do novo tipo de relacionamento entre empregador e empregado tal (embora se possa pôr em causa a racionalidade de uma lei que não permite enquadrar com um mínimo de certeza um contrato como este) o legislador fiscal tentou obter por meio da retroactividade o que não tinha obtido por vias menos controversas:

Devendo os efeitos retroactivos da norma serem obtidos por meio da aplicação de uma disposição da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, segundo a qual “O disposto no n.º 7) da al. c) do n.º 3 e no n.º 6 do art. 2.º do Código do IRS tem natureza interpretativa” (art. 3.º, n.º 2).

Tal natureza interpretativa não pode ser mais que mera ficção legal: havendo dúvidas sobre o modo de quantificar esta vantagem acessória (e a regra de quantificação de um imposto constitui a regra que pauta o comportamento do sujeito passivo — a empresa — obrigada a deveres de cooperação) como se iria proceder a tal quantificação com efeitos retroactivos?

Estaríamos perante uma lesão grave da segurança jurídica se os comportamentos devidos pelos sujeitos passivos viessem a ter como parâmetro uma regra definida posteriormente ⁽¹⁹⁾.

E a sua impossibilidade de aplicação seria tanto maior que na questão da dedu-

⁽¹⁷⁾ É precisamente essa hipótese de ganho imediato que faz com que jurisprudência alemã distinga entre opções alienáveis e não alienáveis. Veja-se acórdão do BFH em BB. ano 56. 23 7-6-2001, 1180-1184.

⁽¹⁸⁾ PITTA E CUNHA, *A Reforma Fiscal* (Lisboa, 1989), 104.

⁽¹⁹⁾ A mesma posição tomou a Administração fiscal na sua informação n.º 324/01 onde tratando da aplicação do n.º 7 da al. c) do n.º 3 do art. 2.º do Código do IRS a rendimentos de 1999, concluem pela negativa, sem sequer citar a norma que lhes pretende atribuir carácter interpretativo. Afirmando “só com a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, o Código do IRS ficou dotado com normas relativas ao momento em que se consideram obtidos os ganhos e à respectiva quantificação”.

tibilidade da Contribuição Autárquica do lucro tributável em IRC a nova lei que pretendeu dar a esta norma carácter interpretativo foi considerada inconstitucional, perante a expressa proibição da retroactividade introduzida no texto constitucional ⁽²⁰⁾. E notemos que aqui não apenas estávamos perante uma lei interpretativa, como também perante uma situação em que dificilmente se poderia alegar lesão da segurança jurídica do contribuinte.

8 — CONCLUSÃO

Um regime equilibrado de tributação de planos de atribuição de acções de ser elaborado levando em conta o regime de tributação dos ganhos com alienação de valores mobiliários.

O novo regime ao não considerar as consequências do novo regime de tributação das mais-valias e ao não distinguir entre rendimentos potenciais e rendimento efectivos criou um regime desfavorável para os planos de aquisição de acções. E pode ter deixado por tributar os ganhos de alienação das opções no sentido próprio do termo.

A aplicação retroactiva do novo regime, como lei interpretativa, é inteiramente impossível dada a actual redacção da CRP e a interpretação que dela faz o Tribunal Constitucional.

⁽²⁰⁾ ATC n.º 172/00 (FERNANDA PALMA). Numa outra decisão (A. RIBEIRO MENDES) decisão publicada e comentada em *Lei Interpretativa e Retroactividade em Matéria Fiscal*, FISCALIDADE (n.º 1) 2000, 77, ainda antes da revisão constitucional foi tomada a decisão oposta por não haver lesão grave da confiança.