

Oliveira e Chaves: Dilemas das stock options

No mundo dos negócios, a segurança jurídica, sob o prisma da previsibilidade e coerência da aplicação das normas, é um elemento fundamental para o desenvolvimento das organizações e do próprio Estado, uma vez que, ao garantir uma maior estabilidade às relações jurídicas, gera-se uma maior atratividade



Em que pese isto não ser nenhuma novidade, convivemos em

nosso cenário nacional com diversas situações de completa insegurança jurídica. Ainda com um agravante, entendimentos e decisões diametralmente opostas, entre órgãos administrativos e judiciais que possuem competências completamente distintas.

A tributação sobre os planos de venda de ações a funcionários de uma empresa, mais conhecido como *stock options*, é um grande exemplo disso.

Antes de analisar a morada dessa insegurança, faz-se necessário contextualizar e conceituar este instituto.

As *stock options* constituem uma forma cada vez mais comum de remunerar administradores e colaboradores de uma companhia. Nos Estados Unidos, encontram-se normas que tratam dessa opção de remuneração desde 1948. Já no Brasil, o assunto encontra-se previsto no §3º, do artigo 168, da Lei 6.404/76, a Lei das S.A.

Trata-se, portanto, de um plano de remuneração com ações da própria companhia, que visa atrair e reter os seus colaboradores, dando o direito, a seu titular, de adquirir ações por meio de planos específicos.

Na prática, o adquirente manifesta a opção de compra por um determinado preço e, após o decurso do tempo previamente estipulado (*vesting period*), passa a ter o direito de exercê-la.

A *stock option* é, assim, a concessão futura do direito de opção de compra de ações de uma empresa a determinados destinatários. Os adquirentes passam a ter a prerrogativa de exercer um direito futuro de aquisição das ações, mediante o pagamento de um preço prefixado.



No contrato, deve constar o preço de emissão da ação, o prazo de carência para o exercício das opções e o termo final para a opção. O prazo de carência é o período mínimo que o adquirente deve estar vinculado à empresa, para que possa exercer o direito de compra de ações.

A controvérsia surge, então, sobre o entendimento acerca da natureza conferida a esses planos de venda de ações a funcionários; se é um contrato, e possui natureza mercantil, ou se tem natureza remuneratória, caracterizando salário indireto.

Ao considerar-se salário indireto, tem-se que seria devido o recolhimento das contribuições previdenciárias (patronal e do segurado), bem como a retenção de imposto de renda, com alíquota de até 27,5%*, quando do exercício da opção de compra das ações e sobre o ganho de capital na venda a terceiros.

Por outro lado, caracterizada a natureza mercantil, o imposto de renda incidirá, com alíquota de 15% a 22,5%, apenas sobre o ganho de capital decorrente da diferença entre o valor de aquisição da ação e o da venda a terceiro, não sendo exigido o recolhimento de contribuições previdenciárias.

O entendimento consolidado no Tribunal Superior do Trabalho (TST) é que se trata de um contrato mercantil, fundado na Lei societária (artigo 168, § 3º, da Lei nº 6.404/76), e que não representa um benefício automaticamente incorporado ao patrimônio do empregado e, sim, a expectativa de um direito que pode ser exercido, ou não. Nessa linha, enfatiza que o empregador não garante o lucro no exercício da compra das ações, cabendo ao empregado o risco característico do mercado de capitais. Todavia, não descarta que a análise fática feita caso a caso pode concluir pelo uso desvirtuado do contrato de *stock options* como meio de fuga à tributação inerente às verbas remuneratórias devidas pela prestação do trabalho [1].

Nos termos dos artigos 502 e 503 do CPC[2], coisa julgada é a autoridade que impede a modificação ou discussão de decisão de mérito judicial da qual não cabe mais recurso. Ao proferir a sentença, o juiz — utilizando-se do poder, da função e da atividade jurisdicional — não se limita a dizer o direito, mas também impõe o direito com definitividade e formação da coisa julgada material. A sentença judicial trabalhista é documento público, válido, que ostenta os atributos de definitividade e formação de coisa julgada material, com força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

Já no âmbito do contencioso tributário, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) até que converge quanto ao entendimento de que devem ser analisadas as premissas fáticas de cada caso. Contudo, não apresenta jurisprudência pacífica quanto à natureza do contrato.

Em julgado anterior à alteração promovida pelo artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.988/2020, no tocante ao desempate dos julgamentos por voto de qualidade, a 2ª Turma da Câmara Superior, pelo voto de qualidade, negou provimento ao recurso especial de contribuinte, sob o fundamento de ter as *stock options* caráter remuneratório, a despeito deste mesmo contribuinte ter tido o reconhecimento do caráter mercantil deste contrato.

O relator do acórdão proferido pelo Carf, conselheiro Maurício Nogueira Righetti, concluiu que *"as Stock Options são oferecidas em troca dos serviços prestados à empresa, como parte do pacote de remuneração. (...) No que pertine à temática do risco, diferentemente do caso de mercado de compra e venda de opções, no caso da Stock Option, quando o preço de exercício for maior do que a cotação, o titular da opção não experimentará qualquer perda, eis que nada precisou desembolsar para a aquisição da opção, não havendo, pois, qualquer risco na operação"*.

O conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, por sua vez, apresentou declaração de voto neste julgado firmando que *"os planos de opções de ações outorgados no contexto da relação de trabalho são de natureza mercantil e, em regra, são acessórios ao contrato laborativo, com a finalidade de estimular os empregados a serem mais produtivos e comprometidos com o negócio da empresa, já que passam a ter uma participação acionária. Sobre a natureza mercantil dos planos, cabe acrescentar que, também em regra, eles são voluntários e onerosos, além de trazerem um certo risco ao trabalhador"*.

Vê-se, portanto, que mesmo com o entendimento do TST favorável ao reconhecimento do caráter mercantil das *stock option*, órgão este que possui competência específica e originária para o reconhecimento de vínculo empregatício, a questão ainda é bastante dividida no contencioso tributário, sendo decidida por regra de desempate, sendo possível que a jurisprudência seja revertida com a já mencionada alteração promovida pelo artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002.

Cumprе mencionar, ainda, que, em agosto de 2021, a Procuradoria-geral da Fazenda Nacional pediu desistência do primeiro recurso especial apto a análise do tema perante o Superior Tribunal de Justiça, cuja homologação ocorreu no mesmo, prevalecendo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) quanto à natureza mercantil do contrato. Neste caso, a PGFN informou que avaliou aspectos processuais inerentes ao caso concreto, mas que não teria de fato reconhecido o posicionamento defendido pelo contribuinte.

Por todo o exposto, permanece a insegurança ao contribuinte que, mesmo na hipótese de ostentar uma sentença trabalhista definitiva e imutável concluindo pelo caráter mercantil do contrato de *stock options*, pode sofrer autuação fiscal sob o fundamento de tratar-se de uma verba remuneratória e ausência de recolhimento dos tributos devidos a esse título.

[1] Nesse sentido: AIRR-99100-87.2007.5.01.0014, 7ª Turma, relator ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 4/3/2022; AIRR-443-31.2015.5.02.0070, 3ª Turma, relator ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 4/2/2022; AIRR-11496-54.2015.5.01.0064, 8ª Turma, relatora ministra Dora Maria da Costa, DEJT 2/7/2021; Ag-AIRR-1714-66.2012.5.01.0019, 1ª Turma, relator ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 26/03/2021; entre outros.

[2] Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.