

# Oliveira e Chaves: Dilemas das stock options

05/08/2022

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 para os investimentos.



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.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-ago-05/oliveirae-chaves-dilemas-stock-options2/>